

Sentencia T-058/09

ARBITRAMENTO-Finalidad

JUSTICIA ARBITRAL-Características básicas de orden constitucional

La justicia arbitral tiene las siguientes características básicas de orden constitucional: (i) es el ejercicio de la función pública de administrar justicia en cabeza de particulares habilitados para el efecto; (ii) tiene origen en la voluntad de las partes que deciden libremente someter sus diferencias a la decisión directa de árbitros; (iii) en consecuencia, su naturaleza es temporal y transitoria, pues las actuaciones arbitrales terminan una vez se da por solucionada la controversia; (iv) los fallos son en derecho o en equidad; y (v) el legislador tiene amplias facultades para definir los términos bajo los cuales se configura este tipo de justicia.

JUSTICIA ARBITRAL-Otras características señaladas por la jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia constitucional ha estimado otras características de la justicia arbitral que se desprenden del texto Superior y de su desarrollo legal. En efecto, la Corte ha considerado que la justicia arbitral también se caracteriza por su naturaleza procesal, debido a que está sujeta a las reglas básicas de todo proceso: el respeto por los derechos fundamentales de las partes, especialmente de los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, y el acatamiento de las normas de orden público que reglamentan las actuaciones de los árbitros y de las partes

JUSTICIA ARBITRAL-Arbitros gozan de los mismos poderes procesales básicos de los jueces para administrar justicia

Los árbitros gozan de los mismos poderes procesales básicos de los jueces para administrar justicia, toda vez que (i) tienen poder de decisión para resolver la controversia, al punto que el laudo arbitral tiene efecto vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada; (ii) tienen poder de coerción para procurar el cumplimiento de su decisión; (iii) tienen el poder de practicar y valorar pruebas, a fin de adoptar la decisión que estimen ajustada a derecho; (iv) y en general, tienen el poder de adoptar todas las medidas permitidas para dar solución a la controversia

JUSTICIA ARBITRAL-Aspectos esenciales sobre los cuales funciona, definidos por el legislador

JUSTICIA ARBITRAL-Desarrollo legal de los recursos que proceden contra un laudo arbitral

JUSTICIA ARBITRAL-Causales de anulación de un laudo arbitral en materia de contratos estatales

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional contra laudo arbitral

LAUDOS ARBITRALES-Son equiparables a las sentencias judiciales

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Se aplican los mismos requisitos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Procedencia excepcional por vulneración de derechos fundamentales

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Doctrina constitucional de los Defectos

DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Tutela interpuesta por la ETB contra el tribunal de arbitramento que profirió un laudo arbitral en demanda arbitral promovida por Telefónica Móviles Colombia S.A. contra la ETB

ACCION DE TUTELA-Cumplimiento del principio de subsidiariedad en el presente caso/**RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL**-No es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales

Esta Sala encuentra que la presente acción satisface el principio de subsidiariedad, y en consecuencia, se debe revocar la decisión adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción. Esto por cuanto, aunque la E.T.B. interpuso ante el Consejo de Estado recurso de anulación contra el laudo arbitral referido y éste aún no ha sido decidido, la finalidad de dicho recurso no es la protección de los derechos fundamentales invocados. Así, es preciso anotar que en este sentido, el Consejo de Estado - juez competente para conocer y decidir el recurso de anulación interpuesto - tiene limitadas facultades que no guardan relación directa con el análisis cuidadoso que requiere la verificación de actos u omisiones que hayan violado los derechos fundamentales de las partes durante el trámite arbitral. Es decir, las facultades del juez de la jurisdicción administrativa son muy restringidas si se compara con las facultades del juez constitucional para determinar y decidir sobre la afectación de derechos fundamentales en estos casos. Entonces, queda claro que en el presente caso el recurso de anulación no es idóneo para obtener la protección constitucional invocada, pues la legislación y la jurisprudencia restringen las facultades del juez que conoce de dicho recurso a la valoración de las causales previstas en las normas que regulan la materia, y a su vez, a las alegadas por el interesado. En esta medida, dada la naturaleza constitucional de la acción de tutela, ésta

constituye el único mecanismo susceptible de ser invocado a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados por el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES-
Naturaleza y funciones/**COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES-**Desbordó las competencias asignadas por lo que incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico

Las comisiones de regulación son sólo órganos de carácter técnico que con arreglo a la ley y a los reglamentos y previa delegación del Presidente, diseñan e implementan los parámetros bajo los cuales actúan los prestadores de servicios públicos, a fin de “preservar el equilibrio y la razonabilidad en la competencia y de esta forma asegurar la calidad de aquéllos y defender los derechos de los usuarios.” En este sentido, es claro que sus funciones y competencias deben ser ejercidas de conformidad con la ley y en virtud de su delegación expresa por parte del Presidente, así mismo que no tienen competencia para sustituir al legislador en su actividad de crear las normas objeto de su especialidad. En el presente caso, la Corte encuentra que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones desbordó las competencias anotadas y resolvió de manera indebida el caso puesto a su consideración. La Comisión de Regulación, dado que desbordó sus competencias constitucionales y legales y resolvió de manera indebida el caso puesto a su consideración por Telefónica Móviles Colombia S.A., incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico, y en consecuencia, vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la E.T.B.

COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES-
Las normas aplicadas por la Comisión para resolver la controversia entre Telefónica y la ETB definen unas condiciones que solo pueden ser definidas por el legislador

La Sala encuentra que las normas aplicadas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para resolver la controversia entre Telefónica y la E.T.B., definen de manera general las condiciones con arreglo a las cuales las empresas de servicios públicos deben remunerar la utilización de las redes de interconexión. En criterio de esta Sala, en virtud del principio democrático y en consideración de las limitaciones constitucionales y legales dispuestas para el ejercicio de las funciones de las comisiones de regulación anotadas anteriormente, dichas condiciones sólo pueden ser definidas validamente por el legislador y no por una comisión de regulación -en este caso la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones-, pues no sólo afectan la ejecución de los contratos suscritos en esta materia, sino que también afectan los derechos e intereses de los ciudadanos y varían ostensiblemente la calidad de la prestación de un servicio público, razones suficientes para corroborar la competencia del legislador para expedir normas de intervención económica

como las señaladas y desvirtuar la actividad de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones respecto de la definición de los parámetros a los que deben sujetarse las empresas del sector en este sentido.

COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES-
Alteró la voluntad de las partes y los alcances de los contratos suscritos dando aplicación a normas expedidas con posterioridad a los mismos

Esta Sala encuentra que la Comisión de Regulación también actuó por fuera de su competencia constitucional y legal al alterar, mediante las resoluciones 1269 y 1303 de 2005, la voluntad de Telefónica y la E.T.B. expresada en los contratos suscritos entre estas empresas en 1998. En efecto, los contratos de interconexión celebrados entre Telefónica Móviles Colombia S.A y la E.T.B. sobre los cuales se pronunció la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, se suscribieron en 1998. Sin embargo, en las resoluciones 1269 y 1303 de 2005, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, distorsionando la voluntad de las partes sobre la forma de remuneración de lo acordado, alterando los alcances de los contratos suscritos y actuando en contra del ordenamiento jurídico, dio aplicación a normas expedidas con posterioridad a los mismos. Al respecto, esta Sala considera que a la luz del ordenamiento jurídico, no es aceptable que se pretenda aplicar a un contrato las normas posteriores a la celebración del mismo o incluso, aquellas cuya aplicación no ha sido validamente definida por las partes, tal y como lo hizo en este caso la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES-
No es aceptable su argumento que basado en el concepto de integralidad, el tipo de remuneración pactado en algunos de los contratos celebrados por la ETB sea aplicable a los demás contratos suscritos por ésta

No se puede aceptar en razón del “el concepto de integralidad”, como ocurrió en este caso, que el tipo de remuneración pactado en algunos de los contratos celebrados por una de las partes -en este caso la E.T.B.- sea aplicable a los demás contratos suscritos por ésta. Es decir, esta Sala encuentra equivocado el argumento expuesto por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en el sentido de afirmar que dado que la E.T.B. pactó en otros contratos el pago de acceso por minuto, esta condición contractual debe hacerse extensiva a los demás contratos suscritos por la E.T.B. cuyo objeto sea el mismo, en este caso, extensiva a los contratos celebrados con Telefónica. Esto implica que cada uno de los contratos celebrados por la E.T.B. -como por cualquier persona natural o jurídica- tiene una identidad propia y actúa de manera independiente a los demás contratos celebrados por la Empresa, a pesar de que tengan igual objeto o de que la contraparte sea la misma.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO-Razones por las cuales incurrió en vía de hecho por defecto orgánico

Para esta Sala el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico al pronunciarse sobre un caso ya decidido mediante actos administrativos particulares expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. En este sentido, para esta Sala, la conformación del Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir la controversia contractual entre la E.T.B. y Telefónica era incompatible con las decisiones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, pues la confrontación de dichas decisiones con el ordenamiento constitucional y legal es competencia exclusiva de la jurisdicción permanente y no de personas investidas transitoriamente de funciones judiciales. De conformidad con lo expuesto, esta Sala concluye que el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico porque (i) no se agotaron las etapas previstas con anterioridad a su conformación; y (ii) aunque en gracia de discusión se aceptara la tesis del Tribunal de Arbitramento en el sentido de afirmar que no era necesario agotar las etapas de arreglo directo previstas antes de su conformación, la decisión de la Comisión de Regulación de Telecomunicación hacía incompatible la conformación de dicho Tribunal pues el conflicto ya había sido dirimido mediante los actos administrativos expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO-Razones por las cuales incurrió en vía de hecho por defecto sustantivo

Al respecto, esta Sala reitera que encuentra equivocado aceptar que en virtud del “concepto de integralidad”, se obligue a la E.T.B. a aceptar un tipo de remuneración específica en todos los contratos de interconexión que suscriba. Como se señaló anteriormente, en criterio de la Sala esa interpretación del denominado concepto de integralidad resulta contraria al ordenamiento jurídico y vulnera los derechos de la esa Empresa. Así mismo, aunque se aceptara que el Tribunal tenía competencia para decidir el caso puesto a su consideración y ordenar la aplicación de normas expedidas con posterioridad a la celebración de los contratos suscritos entre la E.T.B. y Telefónica, dicha decisión sólo podía considerar los elementos fácticos y jurídicos posteriores a la expedición de las resoluciones 1269 y 1303 de 2005 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

CONDENA IMPUESTA POR EL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO A LA ETB-Nulidad de las disposiciones atacadas, por lo que la ETB podrá mantener las condiciones de remuneración pactada en los contratos

Entonces, para esta Sala es claro que el fundamento jurídico de la condena impuesta por el Tribunal de Arbitramento a la E.T.B., particularmente las disposiciones relativas a la fecha a partir de la cual los operadores

telefónicos debían ofrecer opciones de cargos de acceso a los operadores que demanden interconexión y la obligación de éstos de acogerse a una de dichas opciones, fueron declaradas nulas por la autoridad competente, y por tanto, han desaparecido del ordenamiento y no pueden ser el fundamento jurídico de decisión alguna. Así las cosas, en virtud de la nulidad de las disposiciones atacadas ante el Consejo de Estado y del decaimiento de los actos administrativos posteriores cuyo fundamento son esas disposiciones -entre ellos las resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005-, es razonable sostener que la E.T.B. podrá mantener las condiciones de remuneración pactadas en los contratos de Acceso, Uso e Interconexión de redes telefónicas celebrados el 11 y 18 de noviembre de 1998, frente a Telefónica Móviles Colombia S.A.. Esta Corte considera que a diferencia de lo sostenido por los jueces de instancia, la condena impuesta a la E.T.B. por el Tribunal de Arbitramento acusado sí causa un perjuicio a la Empresa. En efecto, aunque el auto mediante el cual se admitió el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral suspendió los efectos del mismo, es claro que los intereses moratorios decretados se seguirán causando hasta que se realice el pago de la suma impuesta en el laudo referido. En virtud de lo expuesto, debido a que quedó demostrado que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la E.T.B., la Corte Constitucional revocará la decisión adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta, y en su lugar, concederá la protección del derecho fundamental conculcado.

DEBIDO PROCESO DE LA ETB-Se vulneró por la Comisión de Regulación y por el Tribunal de Arbitramento

CORTE CONSTITUCIONAL-Nulidad del laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Telefónica contra la ETB

Referencia: expediente T-1960031

Acción de tutela instaurada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. contra el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., con vinculación oficiosa de Telefónica Móviles Colombia S.A., la Procuraduría Cuarta Judicial Administrativa de Bogotá, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Ministerio de Comunicaciones.

Magistrado Ponente:
Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D., dos (2) de febrero de dos mil nueve (2009).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ (E), JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que resolvieron la acción de tutela promovida por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., contra el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

I. ANTECEDENTES

El 5 de marzo de 2008, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. -en adelante E.T.B.- interpuso acción de tutela ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, contra el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo arbitral y la providencia que negó la solicitud de aclaraciones y complementaciones, dentro del trámite dado a la demanda arbitral promovida por Telefónica Móviles Colombia S.A. -en adelante Telefónica- contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia¹.

Fundamentó su acción en los siguientes:

1. Hechos:

¹ La presente acción de tutela fue coadyuvada por la Veedora distrital de Bogotá María Consuelo del Río Mantilla, la Contraloría de Bogotá y por el Alcalde Mayor de Bogotá Samuel Moreno Rojas, mediante escrito dirigidos a esta Corporación los días 20, 25 y 26 de agosto, respectivamente (Folios 12 a 71 del cuaderno 1).

1.1 Con la finalidad de establecer las condiciones para interconectar la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (RTBCLD) operada por la E.T.B., con la red telefónica móvil celular (RTMC), operadas en su momento por Celumóvil S.A. y Cotelco S.A. -hoy Telefónica Móviles Colombia S.A.-, el 11 y 18 de noviembre de 1998, esas empresas celebraron contratos de Acceso, Uso e Interconexión de redes telefónicas.

1.2 En virtud de dichos contratos, Telefónica Móviles Colombia S.A. se obligó con la E.T.B. a suministrar el servicio de acceso, uso e interconexión de sus redes de telecomunicaciones, debiendo recibir Telefónica Móviles Colombia S.A. el pago de una contraprestación por el servicio prestado a la E.T.B.

1.3 En los contratos referidos, se estableció la siguiente cláusula compromisoria:

“CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. PROCEDIMIENTO PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS.- En todos los asuntos que involucren la interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, las partes buscarán solucionar de forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. En caso de ser necesario, acuerdan acudir a los medios de solución de controversias contractuales siguientes:

1. COMITÉ MIXTO DE INTERCONEXIÓN: El Comité Mixto de Interconexión (...), es facultado por las partes para servir como mecanismo de arreglo directo de conflictos. Si en el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de la primera reunión, en la cual el mencionado comité sesiona tratando el tema motivo de diferencia, no se ha llegado a un arreglo directo, las partes acudirán a una segunda instancia de arreglo directo, contemplada en el siguiente literal.

2. REPRESENTANTES LEGALES DE LAS EMPRESAS CONTRATANTES: Se establece una segunda instancia de arreglo directo conformada por el Presidente o Gerente de cada una de las empresas contratantes, quienes buscarán una solución al conflicto planteado, dentro de los diez (10) días calendario siguientes al vencimiento del término previsto en el literal anterior. Durante esta etapa, los representantes legales de los operadores podrán solicitar la intervención de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

3. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS: Vencido el plazo anterior sin que existiere acuerdo, las partes deberán decidir conjuntamente, dentro del término de tres (3) días hábiles siguientes, si solicitan la intervención dirimente de la Comisión de

Regulación de Telecomunicaciones o del Ministerio de Comunicaciones, según su competencia. En caso de no darse una decisión conjunta dentro del término señalado, las partes acudirán al Tribunal de Arbitramento, contemplado en el siguiente numeral.

4. *TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO: En los casos en que las partes estén de acuerdo en no acudir a la C.R.T. [Comisión de Regulación de Telecomunicaciones] o al Ministerio de Comunicaciones, o de vencimiento de plazo establecido para decidir si se solicita la intervención de las autoridades, circunstancia en la que se entenderá que la decisión de las partes es negativa; se acudirá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento Institucional, para lo cual se procederá a la designación de los árbitros en la forma prevista en los Decretos 2279 de 1989, 2651 de 199[1], las leyes 377 de 1977, 23 de 1991, 446 de 1998 y las normas que las sustituyan, modifiquen o adicionen. Los árbitros desarrollarán su actividad en la ciudad de Santa fe de Bogotá, en el centro de arbitraje que acuerden las partes. El fallo de los árbitros será en derecho y tendrá los efectos que la Ley otorga a los laudos arbitrales. No obstante lo anterior, si las diferencias surgidas tienen el carácter de técnicas, los contratantes convienen en someterlas a un Tribunal de Arbitramento Institucional Técnico”.*

1.4 A fin de solicitar la solución de una controversia con la E.T.B. relacionada con la remuneración pactada en el contrato de acceso, uso e interconexión, Telefónica Móviles Colombia S.A. acudió ante la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Dada la actuación de Telefónica Móviles Colombia S.A., la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió las resoluciones 1269² y 1303 de 2005.

Así, en la resolución 1303 de 2005, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: *Admitir el recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. contra la Resolución CRT 1269 de 2005.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *Aclarar el artículo primero de la resolución recurrida en el sentido de indicar que si bien TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. no tiene derecho a elegir entre las opciones de cargos de acceso definidos en la Resolución CRT 463 de 2001, a la conexión existente entre la red de TMC de dicho operador y la RTPBCLDI de E.T.B. S.A. si se le aplica el concepto de integralidad definido en la parte final del*

² Mediante esta resolución, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones decidió: “**ARTÍCULO PRIMERO:** Negar la solicitud de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. por carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001.”

artículo 5 de la mencionada resolución, en consecuencia esta interconexión deberá remunerarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997.” (Negrilla del texto original).

1.5 En este orden, en consideración de la decisión de la Comisión, Telefónica Móviles Colombia S.A. presentó demanda arbitral contra la E.T.B. ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Por su parte, el 7 de noviembre de 2007, el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto emitió la siguiente decisión:

“PRIMERO: *Declarar que la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** incumplió el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión entre la Red de Telefonía Móvil Celular (RTMC) de **CELUMOVIL S.A.** (hoy **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**) y la Red de Telefonía Pública Conmutada de Larga Distancia (RTPCLD) de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** (hoy **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**) celebrado con esta entidad el 13 de noviembre de 1998 en los términos expuestos en las consideraciones de este laudo.*

SEGUNDO: *Declarar que la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** incumplió el Contrato de Interconexión celebrado con **COCELCO S.A.** (hoy **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**), el 11 de noviembre de 1998, en los términos expuestos en las consideraciones de este laudo.*

TERCERO: *Declarar que el incumplimiento al que se hace referencia en los dos numerales anteriores ha causado perjuicios a la parte demandante, en los términos a los que se hará referencia más adelante.*

CUARTO: *Declarar no probada la objeción al dictamen pericial formulada por el apoderado de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.***

QUINTO: *Ordenar a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** que cumpla los contratos de que tratan los numerales primero y segundo anteriores, pagando a la sociedad demandante, desde la fecha de ejecutoria de este laudo, el valor establecido como cargo de acceso por tráfico internacional entrante a la red de TMC de su propiedad, determinado en la resolución CRT-463 de 2001 “opción 1 cargos de acceso máximos por minuto” teniendo en cuenta que todas las fracciones se aproximan al minuto siguiente.*

SEXTO: Ordenar a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** al pago a favor de **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, por concepto de daño emergente causado desde el 22 de agosto de 2002 hasta el 31 de marzo de 2007, de la suma de **CIENTO NUEVE MIL DOCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$109.275.241.595)**, derivado del incumplimiento de los contratos a los que se hace referencia en los numerales primero y segundo anteriores, de conformidad con lo expresado en las consideraciones de este laudo.

SÉPTIMO: Condenar a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** a pagar a **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, la suma correspondiente al daño emergente causado a partir del 1 de abril de 2007 y hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, correspondiente a la diferencia entre el valor cancelado por [la] E.T.B. por concepto de cargos de acceso y la tarifa fijada por la Resolución CRT 463 de 2001, de conformidad con el tráfico cursado por minuto redondeado.

OCTAVO: Condenar a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** a pagar a **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, la suma correspondiente al lucro cesante derivado del incumplimiento de los contratos a que se ha hecho referencia en los numerales primero y segundo anteriores, correspondiente a los intereses de mora causados desde el 22 de agosto de 2002 hasta la fecha en que se realice el pago. Dichos intereses liquidados hasta el 31 de octubre de 2007 ascienden a la suma de **SESENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$64.452.447.966)**.

NOVENO: Negar la condena a pagar la actualización de las sumas correspondiente al daño emergente.

DÉCIMO: Condenar a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** a pagar a **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, la suma de **SETECIENTOS DIESCISIETE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$717.563.665)** por concepto de costas y agencias en derecho, de conformidad con la liquidación contenida en las consideraciones de este laudo.”

DÉCIMO PRIMERO: *Las sumas a que se refieren los numerales SEXTO, OCTAVO Y DÉCIMO de la parte resolutive de este laudo, se pagarán dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que quede ejecutoriado.*

DÉCIMO SEGUNDO: *En firme el presente laudo, el Presidente procederá a la protocolización del expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá.” (Negrilla del texto original).*

1.6 Como consecuencia de la decisión del Tribunal de Arbitramento, la E.T.B. interpuso ante el Consejo de Estado recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2007.

1.7 Mediante auto del 15 de febrero de 2008, la Sección Tercera del Consejo de Estado (M.P. Enrique Gil Botero) avocó el conocimiento del recurso de anulación interpuesto por la E.T.B. contra el laudo arbitral en cuestión. Adicionalmente, decidió la suspensión de la ejecución del laudo en los siguientes términos:

“3º) Declárese la suspensión de la ejecución del laudo arbitral de 7 de noviembre de 2007, dictado por el tribunal de arbitramento promovido por Telefónica Móviles Colombia S.A., contra la empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., en los términos establecidos en el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil.” (Negrilla fuera del texto original).

1.8 A la fecha de interposición de la presente acción de tutela y de la adopción de esta sentencia, de conformidad con consulta del proceso realizada en la base de datos del Consejo de Estado el día 2 de febrero de 2009 y de las sentencias proferidas los días 28 y 29 de enero de 2009 por la Sección Tercera de esa Corporación, el máximo Tribunal de la jurisdicción contenciosa administrativa no ha resuelto el recurso de anulación interpuesto por la E.T.B. contra el citado laudo arbitral.

2. Solicitud de tutela

2.1 Por lo anterior, el 5 de marzo de 2008, la E.T.B. interpuso acción de tutela ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, contra el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo arbitral y la providencia que negó la solicitud de aclaraciones y complementaciones, dentro del trámite dado a la demanda arbitral promovida por Telefónica Móviles Colombia S.A. contra la E.T.B., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

2.2 Para fundamentar su solicitud de tutela, en primer lugar, la E.T.B. indicó que la presente acción de tutela cumple el requisito de subsidiariedad, toda vez que aunque interpuso ante el Consejo de Estado recurso de anulación contra el

laudo arbitral referido, *“las causales ahí presentadas, de conformidad con la ley, no tienen la virtualidad ni la finalidad de proteger derechos fundamentales conculcados a la parte demandante (DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA).”* Por ello, en su criterio, *“debe concluirse que el único mecanismo idóneo y eficaz para lograr por este aspecto la protección inmediata de los derechos conculcados, (...) es el ejercicio de la presente acción de tutela.”* En el mismo sentido, precisó que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la violación al derecho fundamental al debido proceso no es causal de anulación de un laudo arbitral, razón por la cual la solicitud de nulidad de la decisión acusada en el presente caso carecería de efectividad.

2.3 Así mismo, señaló que de no concederse la tutela interpuesta se causaría un perjuicio irremediable, pues de acuerdo con lo dispuesto en el laudo arbitral referido, la E.T.B. debe cancelar considerables sumas de dinero y *“exorbitantes intereses que corren hasta que se pague la arbitraria condena impuesta y que en modo alguno suspendería la interposición del recurso de anulación.”* Al respecto, anotó: *“[D]ebe reiterarse que aunque con la interposición del recurso [de anulación] se solicitó la suspensión de la ejecución del laudo, este recurso no tiene la virtualidad de interrumpir los intereses decretados por el laudo demandado, que siguen corriendo porque el Tribunal de Arbitramento señaló que deberán cancelarse ‘hasta la fecha en que se realice el pago.’”*

2.4 Ahora bien, en su criterio, el Tribunal de Arbitramento accionado vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia por las siguientes razones:

2.4.1 De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula contractual transcrita, el Tribunal carece de competencia para dirimir la controversia planteada por Telefónica Móviles Colombia S.A. Esto por cuanto, aunque de acuerdo con dicha cláusula, antes de acudir ante la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y conformar un Tribunal de Arbitramento, las partes debían abogar por la integración de un Comité Mixto de Interconexión, este Comité nunca se conformó. Así, a su juicio, la violación de la cláusula contractual indicada derivó en la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento en cuestión, y en consecuencia, la decisión tomada por este Tribunal incurre en los defectos procesal y orgánico, de acuerdo con la doctrina de las vías de hecho desarrollada por la jurisprudencia constitucional.

En tal sentido, la E.T.B. manifestó que la obligatoriedad de conformar el Comité Mixto de Interconexión no sólo se sustenta en lo previsto en la citada cláusula contractual, sino que también hace parte de lo definido para el efecto por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. En efecto, de acuerdo con el artículo 4.4.15 de la Resolución 087 de 1997 de dicha Comisión, *“En los contratos de interconexión o en los actos administrativos de imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión, se establecerá la conformación de un Comité Mixto de Interconexión que **tendrá** la función de vigilar el*

desarrollo de la interconexión y de servir de mecanismo de arreglo directo de conflictos. El Comité Mixto de Interconexión estará compuesto paritariamente por representantes de ambos operadores.” (Negrilla del texto original).

Sobre el particular, la Empresa sostuvo que en varios laudos arbitrales proferidos con relación a los contratos de interconexión³, se exigió la conformación previa del Comité Mixto de Interconexión como requisito de procedibilidad para la constitución del Tribunal de Arbitramento.

2.4.2. La E.T.B. precisó que la decisión de acudir ante la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones o ante un tribunal de arbitramento, implica la exclusión de una de las dos instancias, pues se pretende evitar decisiones contradictorias frente a la litis planteada. Entonces, en su criterio, las decisiones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones conducían necesariamente a la falta de competencia del Tribunal de arbitramento para dirimir la controversia suscitada entre las partes, dado que al invocar la actuación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y al solicitar su pronunciamiento, se extinguía la posibilidad de utilizar el mecanismo arbitral.

2.4.3 En este orden de ideas, en sentir de la E.T.B., los actos administrativos de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones quedaron sin efectos mediante el laudo arbitral atacado, situación que a su juicio, deriva en la configuración de una vía de hecho por defecto orgánico y procedimental, debido a que de conformidad con la jurisprudencia, los tribunales de arbitramento no pueden decidir la legalidad de los actos administrativos, por ser contrario al debido proceso y menoscabar la competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa administrativa en este sentido.

Sobre el particular, la Empresa expresó que la decisión de fondo tomada por el Tribunal desvirtúa lo dispuesto en los actos administrativos proferidos por la C.R.T., especialmente la Resolución 1303 de 2005, pues aunque en esa resolución se resolvió que la **“E.T.B. no había escogido entre las opciones de la Resolución CRT 463 de 2001,”** el laudo arbitral condenó a la Empresa accionante a pagar a Telefónica la suma relativa al daño emergente causado a partir del 1 de abril de 2007 y hasta la fecha de ejecutoria de esa providencia, esto es, la diferencia entre el valor cancelado por la E.T.B. **“por concepto de cargos de acceso y la tarifa fijada por la Resolución CRT 463 de 2001, de conformidad con el tráfico cursado por minuto redondeado.”** (Negrilla del texto original).

2.4.4 Por último, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá sostuvo que el Tribunal de Arbitramento referido incurrió en una vía de hecho por defecto

³ Al respecto, la E.T.B. indicó los siguientes ejemplos: Tribunal de Arbitramento Teléfonos de Cartago S.A. Vs. Orbitel S.A. E.S.P (laudo arbitral del 25 de enero de 2007); Tribunal de Arbitramento Telepalmira S.A. E.S.P. Vs. Orbitel S.A. E.S.P (laudo arbitral del 20 de marzo de 2007); y, Tribunal de Arbitramento Unitel S.A. E.S.P. Vs. Orbitel S.A. E.S.P (laudo arbitral del 13 de diciembre de 2006).

fáctico, toda vez que *“dejó de practicar prueba que pudiera resultar determinante para dilucidar un punto controversial del proceso y en últimas no tomó todas las medidas que estaban a su alcance para llegar a la verdad de los hechos. Con el fin de validar su dicho, llegó incluso al absurdo de invertir la carga de la prueba, al atribuírsela a la demandada. Al respecto anotó el laudo: ‘Así pues, para el Tribunal no es admisible la postura del apoderado de la E.T.B., en el sentido de que la única prueba suficiente para demostrar que la controversia había sido debatida al interior del C.M.I. [Comité Mixto de Interconexión] eran las actas correspondientes, que, a su juicio, la parte convocante ha debido presentar, más aún cuando la parte convocada en ningún momento solicitó tales actas.’ Este aparte del laudo se torna en prueba fehaciente del DEFECTO FÁCTICO, por cuanto el Tribunal exoneró de la carga de la prueba a quién inició el conflicto y, de conformidad con el artículo 177 del C.P.C., a quien le incumbía probar el supuesto de hecho de las normas que consagra el efecto jurídico que perseguía, es decir, al demandante TELEFÓNICA MÓVILES.”*

2.5 Con fundamento en lo anterior, la E.T.B. solicitó al juez de tutela que **dejara sin efecto el laudo arbitral** proferido el 7 de noviembre por el Tribunal de Arbitramento, dentro del trámite dado a la demanda arbitral promovida por Telefónica Móviles Colombia S.A. contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

3. Trámite de instancia

3.1 La acción fue tramitada ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, la cual mediante auto del 10 de marzo de 2008 ordenó su notificación al Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. V.s Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., Telefónica Móviles Colombia S.A., a la Consejera de Estado de la Sección Cuarta Ligia López Díaz y a la Procuraduría Cuarta Judicial Administrativa de Bogotá.

Respuesta del Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

3.2 En escrito del 26 de marzo de 2008, los árbitros del Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A., solicitaron ante el juez de instancia que declarara la improcedencia de la presente acción, o que en su defecto, denegara la tutela interpuesta.

3.3 Para sustentar su petición, los árbitros señalaron que la presente acción de tutela es improcedente por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, pues existe otro medio de defensa judicial para obtener la protección de los derechos invocados y, en todo caso, la Entidad accionante no ha sufrido un perjuicio irremediable que permita conceder la tutela como mecanismo transitorio. Al respecto precisaron:

“[E]n el presente caso es claro que existe otro medio de defensa judicial, cual es el recurso de anulación que ha instaurado la E.T.B. ante el Consejo de Estado, mediante el cual pretende el mismo efecto que persigue a través de la tutela: dejar sin efecto el laudo arbitral de fecha 7 de noviembre de 2007.

Dicho recurso fue admitido mediante auto de fecha 15 de febrero de 2007, notificado el 26 de mismo mes, proferido por la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, cuya copia se anexa como prueba.”

En tal sentido, en criterio de los árbitros, a diferencia de lo sostenido en el escrito de tutela, en el presente caso el recurso de anulación si es efectivo para favorecer las pretensiones presentadas en la acción de tutela, toda vez que su resultado es el mismo que se persigue a través de la solicitud de amparo, esto es, dejar sin efectos el laudo arbitral en comento. En efecto, en sentir del Tribunal, *“en el presente caso no puede considerarse que los defectos que el accionante atribuye al laudo no estén ‘sujetos al control de la jurisdicción’, puesto que son precisamente tales ‘defectos’ sobre los que se ha edificado el recurso de anulación contra el laudo arbitral que cursa actualmente ante el Consejo de Estado.”*

Así, de acuerdo con lo informado por el Tribunal en su escrito, *“tanto en el recurso de anulación como en la tutela se atribuyen como vicios del laudo el no haber tenido en cuenta la instancia del Comité Mixto de Interconexión como requisito de procedibilidad para convocar el Tribunal de Arbitramento y el supuesto pronunciamiento sobre actos administrativos, esto es sobre las resoluciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.”*

En el mismo sentido, afirmó que *“resulta curioso que el accionante pretenda justificar la procedencia de la tutela sobre la base de que el recurso de anulación no permite la verificación de eventuales errores in judicando, cuando al sustentar tal recurso frente al Consejo de Estado, la E.T.B. sostuvo precisamente lo contrario, es decir, que dicha Corporación si es competente para conocer sobre defectos sustanciales de la providencia arbitral.”*

3.4 Ahora bien, con relación a la ausencia de perjuicio irremediable en los derechos fundamentales de la E.T.B., los árbitros sostuvieron que contrariamente a lo señalado por la accionante, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la condena a pagar una suma de dinero, junto con los correspondientes intereses, no tiene el carácter de perjuicio irremediable.

Con relación a los supuestos de hecho del presente caso, y en concordancia con las características del perjuicio irremediable definidas por la Corte Constitucional, los árbitros aclararon que la condena a cargo de la E.T.B. no resulta inminente, pues de conformidad con la decisión del Consejo de Estado

frente a la interposición del recurso de anulación, la ejecución del laudo arbitral se encuentra suspendida. Así mismo, señaló que si se tiene que la ejecución del laudo está suspendida, no parece urgente e impostergable obtener una decisión de tutela que impida el pago de las sumas a cargo de la E.T.B.

frente a la gravedad del perjuicio, los árbitros estimaron: *“En el presente caso, ciertamente las condenas a cargo de la E.T.B. son cuantiosas, sin embargo, dejando de la lado las circunstancias que llevaron a su imposición, pues no corresponde al juez de tutela adentrarse en tal análisis, debe tenerse en cuenta que el sólo hecho de su cuantía no permite deducir que su imposición reviste el carácter de perjuicio irremediable, más aún cuando la administración de la empresa ha realizado o debido realizar las provisiones necesarias, desde el momento en que se instauró la acción arbitral en su contra, para afrontar la contingencia que podría derivarse de una decisión en su contra.”*

3.5 Con relación a la configuración de una vía de hecho en el presente caso, los árbitros afirmaron que en su momento, consideraron todos los argumentos expuestos por la E.T.B. durante el trámite arbitral. En tal sentido, a su juicio, en concordancia con lo indicado en el laudo arbitral atacado, en esa oportunidad se llegó a las siguientes conclusiones:

(i) El Tribunal considera que la falta de cumplimiento de etapas, requisitos o trámites pactados por las partes para ser evacuados en forma previa a la convocatoria del Tribunal no inhibe su integración.

(ii) El Tribunal tuvo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado en virtud de la cual, admitir la obligatoriedad del agotamiento de etapas previas a la convocatoria del tribunal de arbitramento, bien podría traducirse en la vulneración del derecho al acceso a la administración de justicia del interesado.

(iii) La solicitud formulada por Telefónica Móviles Colombia S.A. a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones no implica la renuncia a convocar un Tribunal de Arbitramento, pues tal solicitud, dado que no fue formulada de común acuerdo, no puede ser considerada como el cumplimiento de la cláusula contractual de solución de controversias, *“sino como una decisión fundada en las atribuciones que la ley otorga a dicho organismo”*.

(iv) La naturaleza jurídica de las funciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones respecto de la solución de conflictos, es diferente de las funciones de un tribunal de arbitramento, toda vez que aquella tiene atribuciones administrativas y el tribunal tiene funciones judiciales; así, *“el análisis de la C.R.T. del asunto sometido a su consideración por Telefónica Móviles de Colombia S.A. se realizó desde el marco de la función regulatoria que le ha sido atribuida, mientras que el Tribunal de Arbitramento avocó el*

conocimiento de las pretensiones de la demanda desde el punto de vista de la relación contractual y de las normas que le son aplicables.”

3.6 Por su parte la Consejera de Estado de la Sección Cuarta Ligia López Díaz, guardó silencio sobre los hechos y consideraciones que fundamentan la presente acción de tutela.

II. LAS SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de primera instancia

1.1 En sentencia del 28 de marzo de 2008, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta.

1.2 Para el efecto, la Sala acogió los argumentos expuestos por el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. en su escrito de contestación de la acción, en el sentido de sostener que la tutela es improcedente por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, toda vez que existe otro medio defensa judicial para garantizar la protección de las pretensiones invocadas. Al respecto, precisó que el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral por la E.T.B. aún no ha sido decidido por el Consejo de Estado.

En este punto, la Sala explicó: *“Así las cosas, es evidente que se espera por parte de la accionada que esta Corporación dirima un asunto que planteó por iniciativa propia ante la autoridad que estimó competente para resolver sobre el particular, trámite alterno que deviene a todas luces improcedente, pues optar por asumir como válido dicho proceder sería tanto como aceptar que los administrados acudieran, ante dos autoridades distintas, activaran el aparato judicial y posiblemente, por esa vía se dieran pronunciamientos contradictorios.”*

1.3 En este orden, a juicio del juez de instancia, en el presente caso no se configura un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, pues *“los efectos del laudo arbitral se encuentran suspendidos, hasta tanto se emita decisión de fondo sobre el recurso de anulación impetrado.”*

1.4 Con relación a la configuración de una vía de hecho por defecto fáctico, la Sala manifestó: *“Se interrelaciona entonces íntimamente dicha alegación con la falta de competencia presentada como defecto orgánico y procedimental, de suerte que ha de correr dichas apreciaciones la misma suerte del primer planteamiento en el sentido de que no puede pronunciarse esta autoridad constitucional en las circunstancias anotadas por cuanto existe recurso de anulación que debe ser dirimido por la jurisdicción contenciosa.”*

2. Impugnaciones

Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

El 21 de mayo de 2008, la E.T.B. impugnó la sentencia de primera instancia y solicitó ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que concediera el amparo constitucional invocado.

Para fundamentar su petición, la E.T.B. señaló que contrariamente a lo sostenido por el juez de tutela de primera instancia, la presente acción es procedente, toda vez que el derecho fundamental al debido proceso de la Entidad sólo puede ser protegido mediante esta acción, y no a través del recurso de anulación interpuesto ante el Consejo de Estado.

De esta forma, la Empresa reiteró que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, las causales de anulación de un laudo arbitral son taxativas, y que entre ellas no se encuentra la violación al debido proceso de una de las partes por falta de competencia del tribunal de arbitramento, o por falta de agotamiento de las etapas previas a la constitución del mismo, como ocurrió en el presente caso.

Adicionalmente, la Entidad afirmó que a diferencia de lo estimado por el juez de amparo de primera instancia, en el presente caso sí existe un perjuicio irremediable, pues la condena impuesta a la E.T.B. implica el pago de una considerable suma de dinero. Sobre el particular la E.T.B. precisó que aunque el Consejo de Estado ordenó la suspensión del laudo arbitral, el recurso de anulación no interrumpe el pago de los intereses decretados.

Por último, la E.T.B. reiteró los hechos y consideraciones que fundamentaron la acción de tutela interpuesta, en el sentido de sostener que el Tribunal de Arbitramento incurrió en una vía de hecho al emitir su laudo sin que para el efecto se haya conformado previamente el Comité Mixto de Interconexión, y por desvirtuar a través de su pronunciamiento los actos administrativos proferidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

3. Intervenciones

3.1 Árbitro del Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

Mediante escrito remitido al juez de instancia el 20 de mayo de 2008, uno de los árbitros del Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A., solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

A su juicio, asiste razón a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de Judicatura de Cundinamarca al sostener que la presente acción de tutela no satisface el requisito de subsidiariedad, toda vez que la parte accionante interpuso el recurso de anulación contra el laudo arbitral y este recurso aún no ha sido decidido por el Consejo de Estado. Al respecto, afirmó

que de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente de tutela, los argumentos expuestos por la parte accionante para fundamentar la solicitud de amparo, son los mismos que manifestó en la sustentación del recurso de anulación contra el laudo arbitral aludido.

Adujo que la presente acción no procede como mecanismo transitorio, pues la E.T.B. no demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este punto, reitera que el laudo arbitral se encuentra suspendido en virtud de la decisión del Tribunal de Arbitramento, y en consecuencia, el pago de la condena impuesta a la Empresa depende de la decisión del Consejo de Estado.

Finalmente, precisó que en concordancia con la sentencia T-031 de 2007, debido a la cesación de las funciones de un Tribunal de Arbitramento, los árbitros ya no ostentan la condición de tales para el ejercicio de funciones judiciales, motivo por el cual, la tutela es improcedente. Sobre el particular, precisó que el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., cesó en sus funciones en el mes de noviembre de 2007.

3.2 Telefónica Móviles Colombia S.A.

Mediante escrito remitido al juez de tutela de segunda instancia, el apoderado judicial de Telefónica Móviles Colombia S.A. solicitó confirmar la sentencia impugnada por la E.T.B.

En primer lugar, Telefónica señaló: “[E]l ataque de la E.T.B. en realidad no se encamina a infirmar el laudo arbitral del 7 de noviembre de 2007, sino que pretende que se enjuicie en sede constitucional todo un proceso judicial.” En criterio de la empresa, para la E.T.B. la vulneración de sus derechos fundamentales no se predica del laudo arbitral en sí mismo, sino de la constitución del Tribunal de Arbitramento y del trámite arbitral posterior.

En segundo lugar, sostuvo que de acuerdo con lo expuesto en el laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2007, el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre su presunta falta de competencia y desestimó en debida forma las pretensiones que en este sentido presentó la E.T.B.

Adicionalmente, resaltó que los argumentos expuestos por la parte accionante para fundamentar la solicitud de amparo, son los mismos que manifestó en la sustentación del recurso de anulación contra el laudo arbitral aludido, razón por la cual la presente acción de tutela resulta improcedente.

De otro lado, indicó que a diferencia de lo sostenido por la E.T.B. en el escrito de tutela, la no conformación del Tribunal de Arbitramento hubiese conducido a la vulneración del derecho al acceso a la administración de justicia, pues en el presente caso sí se agotaron todas las etapas previas a la conformación del mismo, sin que se hubiera llegado a un acuerdo entre las partes. Así, “*habiéndose agotado las instancias de decisión de los representantes legales,*

habiéndose acudido a la C.R.T, habiéndose promovido dos encuentros conciliatorios, en un período que fue desde el 7 de junio de 2002 hasta el momento en que fue convocado el Tribunal de Arbitral en el año 2006, no dudo en indicar que la actitud de la E.T.B. siempre fue la de obstaculizar y dilatar el derecho al acceso a la justicia de Telefónica Móviles, adelantando todas las maniobras y engaños posibles, manejando un doble discurso, acorde con sus intereses, siempre con el objetivo de eludir la responsabilidad contractual que le asiste y que el H. Consejo Seccional de la Judicatura no puede patrocinar en este nuevo intento.”

Por último, precisó que el laudo arbitral atacado no se pronunció sobre la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por el contrario, informó que su análisis se limitó a determinar el alcance y la aplicación de tales resoluciones respecto del caso concreto.

4. Sentencia de segunda instancia

4.1 Mediante sentencia del 5 de junio de 2008, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura confirmó la decisión adoptada el 28 de marzo de 2008 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, que declaró la improcedencia de la presente acción de tutela.

4.2 Para argumentar su decisión, la Sala manifestó que en el presente caso existe otro medio de defensa judicial para obtener la protección de las pretensiones planteadas en sede de tutela, esto es, el recurso de anulación. Al respecto, la Sala precisó que contrariamente a lo señalado por la E.T.B. y el Ministerio Público, el Consejo de Estado sí tiene facultad para pronunciarse sobre la anulación del laudo arbitral con base en la presunta falta de competencia del Tribunal de Arbitramento. Así, el juez de tutela aclaró: *“[R]resulta que según la jurisprudencia del Consejo de Estado que es, precisamente, el órgano jurisdiccional que conoce en estos casos el recurso de anulación, el tema de la competencia de tribunal de arbitramento corresponde con una de las causales de anulación y es uno de los temas centrales del estudio que esa Corporación asume, aún por vía oficiosa dada su condición de presupuesto procesal.”*

4.3 Con relación a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la Sala estimó: *“[E]n el caso en estudio el perjuicio irremediable en forma alguna se ha demostrado, y si bien las condenas impuestas en el laudo cuestionado son cuantiosas, es evidente que la ejecución del mismo se encuentra suspendida, y que la subsistencia de dichas condenas depende del pronunciamiento del Consejo de Estado por vía de anulación, que determinará si el Tribunal de arbitramento tenía o no competencia para imponerlas.”*

III. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

En calidad de órgano de control entre cuyas funciones constitucionales y legales se encuentra la defensa de los intereses de la sociedad⁴, sin fungir como parte sino como sujeto imparcial en el litigio, mediante escrito dirigido al juez de tutela de primera instancia el 13 de marzo de 2008, la Procuraduría Sexta Judicial Administrativa delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, juzgados administrativos y tribunales de arbitramento, solicitó conceder el amparo invocado.

Para el efecto, el Ministerio Público reiteró lo sostenido en el escrito de tutela, en el sentido de afirmar que el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la E.T.B.

En primer lugar, la Procuraduría manifestó que dicho Tribunal carecía de competencia para dirimir la controversia surgida entre las partes, toda vez que aunque de acuerdo con el contrato de acceso, uso e interconexión suscrito, y la Resolución CRT 087 de 1997, los asuntos sobre la interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del mismo, deben ser conocidos en primera instancia por el Comité Mixto de Interconexión, este Comité no se conformó antes de constituir el Tribunal referido.

En segundo lugar, indicó que a su juicio, el laudo arbitral referido desvirtuó lo decidido en los actos administrativos proferidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en el presente caso, particularmente la Resolución 1303 de 2005, dado que a pesar de que mediante esta decisión se determinó que la *“E.T.B. no había escogido entre las opciones de la Resolución CRT 463 de 2001,”* el laudo arbitral acusado condenó a la misma a pagar a Telefónica Móviles Colombia S.A., la suma correspondiente a la diferencia entre el valor cancelado por la E.T.B. *“por concepto de cargos de acceso y la tarifa fijada por la Resolución CRT 463 de 2001, de conformidad con el tráfico cursado por minuto redondeado.”* Al respecto, el Ministerio Público señaló que esa decisión deriva en la configuración de una vía de hecho por defecto orgánico y procedimental, debido a que de conformidad con la Carta Política y la jurisprudencia constitucional, la jurisdicción contenciosa administrativa es la única autoridad judicial con competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos.

En igual sentido, en escrito dirigido al juez de tutela de segunda instancia el 7 de abril de 2008, la Procuraduría Cuarta Judicial Administrativa de Bogotá solicitó revocar la decisión de primera instancia y, en su lugar, conceder la tutela impetrada.

En tal sentido, el Ministerio Público afirmó que a diferencia de lo sostenido por el juez de instancia, la presente acción es procedente pues de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en su calidad de autoridad

⁴ Constitución Política, artículo 277.

competente para decidir el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral cuestionado, esa Corporación no tiene la potestad de examinar el fondo de la decisión arbitral, dado que no actúa como juez de segunda instancia del Tribunal de Arbitramento. Al respecto, precisó que el Consejo de Estado sólo se pronuncia sobre los errores *in procedendo*, y no sobre los errores *in judicando* en que hayan podido incurrir los tribunales de arbitramento al proferir sus laudos.

De otro lado, el Ministerio Público afirmó que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la acción de tutela es procedente *“aún si se encuentra pendiente de resolver un recurso de anulación, si existe efectivamente un perjuicio inminente que afecte, como en este caso, los intereses de la entidad pública que se acciona.”* En tal sentido, a juicio de la vista fiscal, el juez constitucional no tuvo en cuenta las considerables sumas de dinero que debe pagar la E.T.B. a Telefónica en cumplimiento del laudo. Al respecto resaltó: *“Las cifras hablan por sí solas y no requieren consideraciones mayores sobre el perjuicio inminente, que en el caso presente es ostensible.”*

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y con la selección y el reparto efectuados el 18 de julio de 2008, esta Sala es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas.

2. Integración del contradictorio y pruebas ordenadas por la Corte Constitucional

2.1 En mérito de los antecedentes expuestos, a fin de contar con mayores elementos de juicio para proferir la decisión que tomará la Corte Constitucional es este caso, el 23 de septiembre de 2008 la Sala Primera de Revisión decretó la práctica de algunas pruebas y ordenó la suspensión del término para resolver el trámite de revisión de los fallos proferidos dentro del proceso de la referencia.

En efecto, en primer lugar, dispuso que la Secretaría General de esta Corporación pusiera en conocimiento de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y del Ministerio de Comunicaciones, la solicitud de tutela y el auto de su admisión proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca el 10 de marzo de 2008, para que esas entidades se pronunciaran sobre los hechos y consideraciones que fundamentan la presente acción.

En segundo lugar, por intermedio de la Secretaria General de la Corte, solicitó a la Sección Tercera del Consejo de Estado que informara al despacho judicial del suscrito magistrado, la etapa procesal en la cual se encuentra el trámite dado al recurso de anulación interpuesto por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., contra el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. el 17 de noviembre de 2007.

2.2 Por su parte, en comunicación del 26 de septiembre de 2008, el Ministerio de Comunicaciones resaltó que la Resolución 463 de 2001 expedido por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –modificatorio de la Resolución 087 de 1997-, como parte del sustento jurídico de la condena impuesta a la E.T.B por el Tribunal de Arbitramento atacado, dispone que *“Los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores vigentes en las interconexiones actualmente existentes a la fecha de expedición de la presente resolución o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en la presente resolución para todas sus interconexiones.”*

En tal sentido precisó:

“TMC significa ‘telefonía móvil celular’ y TPBCLD significa ‘telefonía pública básica conmutada de larga distancia’. Del texto del artículo 5º Res 463 CRT se tiene que:

- 1. Los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen pueden seguir con las condiciones de interconexión existentes, o*
- 2. Acogerse por completo a las condiciones de la Res. 463.*

Así las cosas, la aplicación de lo previsto en el artículo 4.2.2.19 de la Res 87/97 (introducido por la Res. 463), solamente cabe a contratos existentes al momento de publicación de la Res. 463 en la segunda hipótesis, que supone un acto de voluntad y no opera automáticamente.”

2.3 De otro lado, mediante escrito dirigido a esta Corporación el 25 de septiembre de 2008, la secretaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado informó:

“[E]l proceso de nuestra referencia, contentivo del recurso extraordinario de anulación propuesto contra el laudo arbitral de noviembre 17 de 2007, fue repartido el 24 de enero de 2008 al Consejero Enrique Gil Botero, quien mediante auto de febrero 15 siguiente avocó su conocimiento y dispuso las traslados sucesivos de rigor. Esta providencia fue notificada por estado el 26 de febrero, y una vez surtidas las intervenciones de las partes, el 12 de

marzo de 2008 el expediente fue enviado en traslado especial al Procurador Cuarto Delegado ante esta Sección, funcionario que el 2 de abril siguiente emitió el concepto respectivo.

Cumplidos así los trámites previos a dictar sentencia, el expediente ingresó al Despacho el 4 de abril de 2008 y, posteriormente, el 15 de julio, fue registrado el proyecto de sentencia correspondiente, el cual fue discutido en sesión de 13 y 14 de agosto, pero la decisión de fondo fue aplazada sin que hasta la fecha se haya producido.”

2.4 La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones guardó silencio sobre la notificación de la presente acción, dispuesta en auto del 23 de septiembre de 2008.

3. Problemas Jurídicos

3.1 Antes de abordar los problemas jurídicos del presente caso, esta Corte debe resaltar que en concordancia con los artículos 2 y 14 del Decreto 2591 de 1991, dado que el objeto de la acción de tutela es la protección de los derechos fundamentales, esta acción se rige por el principio de informalidad. Este principio se traduce en que si la persona que acude a la acción de tutela omite en su petición indicar de forma expresa la norma constitucional infringida, en caso de que con base en los hechos y consideraciones que fundamentan la solicitud el juez de tutela deduzca dicha violación, es su deber garantizar su protección y efectividad.

3.2 De acuerdo con los antecedentes expuestos, en primera medida, corresponde a la Corte determinar si la presente acción de tutela es procedente para amparar los derechos fundamentales invocados, a pesar de encontrarse en trámite ante el Consejo de Estado el recurso de anulación interpuesto por la E.T.B. contra el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

3.3 En segunda medida, de verificarse la procedencia de la presente acción de tutela, la Corte deberá ocuparse del siguiente problema jurídico de fondo: ¿El Tribunal de Arbitramento accionado vulneró los derechos fundamentales de la E.T.B. al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, al decidir sobre la demanda arbitral instaurada por Telefónica contra la E.T.B.?

3.4 Para dar solución a los problemas jurídicos planteados, esta Corporación abordará los fundamentos constitucionales y legales de la justicia arbitral y sus características más sobresalientes; los requisitos jurisprudenciales definidos por la Corte para admitir la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales; y la doctrina constitucional relativa a las vías de hecho, particularmente cuando se trata de laudos arbitrales que vulneran o amenazan derechos fundamentales.

3.5 Por último, con base en lo anterior, la Corte determinará si es menester amparar los derechos fundamentales de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., presuntamente vulnerados por el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo arbitral y la providencia que negó la solicitud de aclaraciones y complementaciones, dentro del trámite dado a la demanda arbitral promovida por Telefónica Móviles Colombia S.A.

4. Aproximación a la naturaleza constitucional y legal de la justicia arbitral y sus características más sobresalientes

4.1 De conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 116 de la Constitución Política, *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”* A la luz de la norma constitucional, entonces, el arbitramento es un mecanismo mediante el cual las partes involucradas resuelven voluntaria y libremente sustraer de la justicia estatal la solución de un conflicto, a fin de que un tercero particular, luego de conducir el trámite procesal definido por el legislador para el efecto, produzca una decisión de carácter definitivo y vinculante para las partes, denominada laudo arbitral.

4.2 Así, bajo el entendido de que la justicia arbitral amplía el ámbito orgánico y funcional de la administración de justicia en cabeza del Estado, en el sentido de revestir transitoriamente a terceros para cumplir esta función con fundamento en la voluntad de las partes⁵, se puede concluir que la justicia arbitral tiene las siguientes características básicas de orden constitucional⁶: (i) es el ejercicio de la función pública de administrar justicia en cabeza de particulares habilitados para el efecto; (ii) tiene origen en la voluntad de las partes que deciden libremente someter sus diferencias a la decisión directa de

⁵ Sentencia C-294 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía. En esta oportunidad, la Corte Constitucional señaló: *“Cuando los tribunales y jueces enumerados en el inciso primero del artículo 116 administran justicia, ejercen una función pública cuya razón de ser está en la existencia misma del Estado: no puede pensarse en un Estado que no administre justicia a sus súbditos. Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento. Pero en cada caso concreto tienen que ser ‘habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad’. Dicho en otros términos: según la Constitución, las leyes que regulen el arbitramento tienen que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar. Y se dice que ésta es la diferencia fundamental, porque si los árbitros administran justicia ‘en los términos que determine la ley’, también los jueces de la República administran justicia de conformidad con la ley procesal que determina la competencia y, en general, las formas propias de cada juicio.”*

⁶ En la sentencia C-242 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara, esta Corporación precisó las siguientes características de la justicia arbitral: *“1. Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o árbitros. 2. El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional que con carácter de función pública y se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad. 3. En la función pública de administrar justicia, los árbitros deben estar habilitados por las partes en conflicto, en cada caso concreto. 4. El ejercicio arbitral de la función pública de administrar justicia se hace en forma transitoria y excepcional, dado el propósito y finalidad consistente en la solución en forma amigable de un determinado conflicto, por lo que las funciones de los árbitros terminan una vez proferido el laudo arbitral. 5. Corresponde a la Ley definir los términos en los cuales se ejercerá dicha función pública, lo que supone que el legislador adopte las formas propias del proceso arbitral. 6. Las materias susceptibles de arbitramento son aquellas que pueden ser objeto de su transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición.”*

árbitros; (iii) en consecuencia, su naturaleza es temporal y transitoria, pues las actuaciones arbitrales terminan una vez se da por solucionada la controversia; (iv) los fallos son en derecho o en equidad; y (v) el legislador tiene amplias facultades para definir los términos bajo los cuales se configura este tipo de justicia.

Dichas características han sido desarrolladas ampliamente por la jurisprudencia constitucional. Por ejemplo, con relación a la naturaleza jurisdiccional de la decisión arbitral⁷, en la sentencia C-247 de 1997⁸, la Corte explicó:

“[L]a decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad.”

No cabe, entonces, duda alguna de que el arbitramento constituye una institución importante para la obtención de una eficaz administración de justicia.” (Negrilla fuera del texto original).

Así mismo, respecto del origen de la justicia arbitral en el acuerdo de las partes como fundamento del desplazamiento de la justicia estatal para dar solución a una controversia⁹, y de la estructura misma de los alcances y efectos de la decisión de los árbitros, en la sentencia C-330 de 2000¹⁰, esta Corte señaló:

“La decisión de presentar las disputas surgidas en una relación jurídica ante un tribunal de arbitramento (antes que acudir a los jueces ordinarios), es el resultado de un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes. El arbitramento, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, ‘tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar’.

Así, el fundamento de esta figura procesal es, entonces, la determinación voluntaria de acudir a una forma alternativa de resolver conflictos, con la garantía de que, como acontece en los demás procesos, los derechos consagrados en la Constitución y la ley tienen plena vigencia. Es deber de las partes, con el propósito

⁷ En la sentencia SU-174 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte explicó que la naturaleza jurisdiccional de la justicia arbitral deviene de dos aspectos esenciales: (i) la decisión de los árbitros, dado que resuelve de manera definitiva la controversia planteada, tiene fuerza vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada; y (ii) el arbitraje tiene naturaleza procesal, y como tal está sujeto a un marco legal, así como a lo dispuesto por las partes sobre el procedimiento a seguir.

⁸ M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁹ En igual sentido, se pueden consultar las sentencias: C-098 de 2001 y C-163 de 1999.

¹⁰ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

de dotar de eficacia a sus determinaciones, establecer con precisión los efectos que se siguen de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas subsiguientes a su decisión; sólo así se puede hablar de un verdadero acuerdo.” (Negrilla fuera del texto original).

Sobre el carácter transitorio de la actividad arbitral, en el sentido de su limitación en el tiempo en consideración de la solución del conflicto que la origina, en la misma sentencia, la Corte afirmó:

“No es posible pensar que las atribuciones judiciales que se confieren a particulares en calidad de árbitros, puedan ejercerse de manera indefinida, pues de la naturaleza del arbitramento se deriva la existencia de una jurisdicción meramente transitoria, limitada en el tiempo, a la resolución del conflicto específico que las partes deciden llevar ante el tribunal. De no ser así, se crearía una jurisdicción paralela a la ordinaria que, con grave perjuicio del orden público, debilitaría la estructura estatal¹¹ y menoscabaría la función pública¹² de administrar justicia. En palabras de la Corte: ‘no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (C.P. Art. 113)¹³.’”(Negrilla fuera del texto original).

En consideración de la naturaleza del fallo, particularmente respecto de las características de los fallos en equidad en contraposición de los laudos en derecho, en la sentencia SU-837 de 2002¹⁴, la Corte precisó:

“En el caso de la decisión en equidad, es claro que las razones de respaldo no requieren ser normativas, a diferencia de lo que sucede con la decisión en derecho. Aún cuando el marco mínimo en el que se adopta la decisión en equidad esté fijado en la Constitución y la ley – los árbitros en equidad deben decidir respetando los derechos y facultades constitucionales, legales y convencionales de las partes (art. 458 CST) –, el referente para justificar la decisión es otro, diferente a las normas jurídicas. La decisión en equidad ausculta las circunstancias concretas del conflicto y propugna por la justicia del caso, sin necesidad de basarse en referentes normativos positivos. La decisión en equidad se basa en una constelación de factores diferentes y relevantes relativos a las especificidades de cada caso – como por ejemplo los intereses en juego, las necesidades de los involucrados en el conflicto o la situación económica de las partes. En cuanto a su justificación, la decisión en equidad debe entonces presentar

¹¹ Cfr. Capítulo V, Título I C.P.: “De la estructura del Estado”.

¹² Cfr. Artículo 228 de la Constitución Política.

¹³ Corte Constitucional Sentencia T-057 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

razones para entenderse motivada. Cuando no existen razones que sustenten la decisión en equidad, ésta no puede ser tenida como ejercicio legítimo de una función pública, al tornarse incontestable y sinónimo de un acto inexpugnable y arbitrario.” (Negrilla fuera del texto original).

De igual manera, frente a la libertad de configuración legal que posee el legislador para definir el marco en el cual opera la justicia arbitral¹⁵, en la sentencia C-163 de 1999¹⁶, la Corte aclaró:

“[L]a Corte Constitucional comparte plenamente el argumento expuesto por el actor, según el cual la justicia arbitral sólo está permitida constitucionalmente si está habilitada por las partes. Sin embargo, resulta equivocado deducir de esta premisa que el Legislador está impedido para regular el procedimiento que rige este tipo de mecanismos de solución de conflictos, pues si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse “en los términos que determine la ley” (C.P. Art. 116).

En este orden de ideas, el artículo 116 de la Carta debe interpretarse en armonía con el artículo 29 superior, según el cual toda persona tiene derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, lo cual permite concluir que, en situaciones donde los particulares no acordaron procedimiento especial que los regule, le corresponde al Legislador fijar las formas procesales de cada juicio, lo que incluye, el proceso arbitral. Por consiguiente, si los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia, es razonable que el Legislador configure el marco general y las directrices de la actuación arbitral, dentro del marco de la Constitución¹⁷.” (Negrilla fuera del texto original).

4.3 Con base en lo indicado, la jurisprudencia constitucional ha estimado otras características de la justicia arbitral que se desprenden del texto Superior y de su desarrollo legal.

4.3.1 En efecto, la Corte ha considerado que la justicia arbitral también se caracteriza por su naturaleza procesal, debido a que está sujeta a las reglas básicas de todo proceso: el respeto por los derechos fundamentales de las

¹⁵ En la sentencia C-431 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara, la Corte explicó: “Ya se ha expresado que el arbitramento surge por voluntad de las partes de someter un conflicto ante un tercero -árbitro-, habilitado por ellas para proferir un fallo en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. De esa manera, entonces, es a la ley a quien corresponde determinar: a) los asuntos y la forma en que los particulares pueden administrar justicia en la condición de árbitros; b) los límites y términos en que los árbitros están habilitados para administrar justicia, y c) sus funciones y facultades, que son las mismas que tienen los jueces ordinarios.” (Negrilla y subraya del texto original).

¹⁶ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷ Sobre este tema pueden consultarse las sentencias C-037 de 1996, C-431 de 1995 y C-226 de 1993.

partes, especialmente de los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, y el acatamiento de las normas de orden público que reglamentan las actuaciones de los árbitros y de las partes¹⁸.

4.3.2 En tal sentido, esta Corporación ha sostenido que los árbitros gozan de los mismos poderes procesales básicos de los jueces para administrar justicia, toda vez que (i) tienen poder de decisión para resolver la controversia, al punto que el laudo arbitral tiene efecto vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada; (ii) tienen poder de coerción para procurar el cumplimiento de su decisión; (iii) tienen el poder de practicar y valorar pruebas, a fin de adoptar la decisión que estimen ajustada a derecho; (iv) y en general, tienen el poder de adoptar todas las medidas permitidas para dar solución a la controversia¹⁹.

4.3.3 De otro lado, este Tribunal ha resaltado que la justicia arbitral se caracteriza por su carácter excepcional, en el sentido de que no todo problema jurídico puede ser sometido al examen y decisión de un tribunal de arbitramento²⁰. Al respecto, la Corte ha estimado que aunque el acuerdo de las partes es el fundamento esencial de la justicia arbitral, ésta tiene limitaciones expresas en el tipo de controversias que pueden someterse al arbitraje²¹. Así, sólo controversias de tipo transigible, es decir, de libre disposición, negociación o renuncia por parte del titular del derecho en discusión²², podrán ser del conocimiento de los tribunales de arbitramento.

¹⁸ Al respecto, se pueden consultar las sentencias SU-174 de 2007, C-330 de 2000 y C-163 de 1999.

¹⁹ En la sentencia C-431 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara, se indicó que los jueces como autoridades que ejercen en forma permanente la función de administrar justicia, gozan de los siguientes poderes: “a) El poder de decisión, por medio del cual resuelven con fuerza obligatoria la controversia. b) El poder de coerción, mediante el cual se procuran los elementos necesarios para el cumplimiento de la decisión. c) El poder de documentación o investigación, en virtud del cual se le otorga la facultad de decretar y practicar pruebas, ya sea de oficio o a petición de parte, para llegar con la valoración de ellas, a una verdad real y de esa forma poder adoptar la decisión que en derecho corresponda, y d) El poder de ejecución, que está íntimamente ligado con el de coerción, pero que tiene su propio sentido, pues si bien implica el ejercicio de coacción y aún de la fuerza contra una persona, no persigue facilitar el proceso sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que se derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor y al cual la ley le asigne ese mérito. En principio, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 114 de la Ley 23 de 1991, estos poderes son atribuibles tanto al juez como al árbitro, en cuanto éste goza de los mismos deberes, poderes y facultades que para los jueces consagran las normas del Código de Procedimiento Civil, así como por su asimilación a los jueces del circuito.”

²⁰ En la sentencia C-330 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte expuso: “La habilitación de particulares para solucionar conflictos por medio del arbitramento cuenta también con claras limitaciones materiales, pues no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo. El legislador ha sido consciente de que la equiparación funcional que se hace entre los funcionarios del Estado y ciertos ciudadanos, temporalmente investidos de poder jurisdiccional, no puede extenderse a todas las materias, pues es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas. Principios como el de la seguridad jurídica hacen necesario que ciertos asuntos sean ventilados a través de la jurisdicción ordinaria, pues se trata de eventos que se relacionan con la garantía de derechos constitucionales fundamentales, con el reconocimiento de facultades legalmente reconocidas a favor de ciertos ciudadanos -Vg. derechos mínimos de los trabajadores-, o con el ejercicio del control estatal sobre ciertas circunstancias jurídicamente relevantes como “la fijación del estado civil, las cuestiones que tengan que ver con derechos de incapaces o derechos sobre los cuales la ley prohíbe a su titular disponer” (Corte Constitucional Sentencia C-431 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara).”

²¹ Sentencia C-098 de 2001, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

²² Sentencia SU-174 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4.3.4 En este punto, por ejemplo, la Corte ha dicho que aspectos relacionados con el estado civil de las personas²³, los derechos de los incapaces, los derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer²⁴, y los derechos mínimos de los trabajadores²⁵, no pueden ser sometidos a la decisión de un tribunal de arbitramento, pues a la luz del ordenamiento jurídico tales derechos no son renunciables por sus titulares de ninguna manera.

4.4 Ahora bien, en desarrollo del texto constitucional, el legislador ha definido los aspectos esenciales sobre los cuales funciona la justicia arbitral.

4.4.1 En efecto, el numeral 3 del artículo 13 de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de Administración de Justicia, en concordancia con el artículo 8 que prevé la posibilidad de establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos, con fundamento en la Constitución Política dispone el ejercicio de la función jurisdiccional en cabeza de particulares en calidad de árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción y de conformidad con lo definido por las mismas para el efecto. Igualmente, la Ley 446 de 1998²⁶, en su artículo 111 define la justicia arbitral como “*un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral*”.

4.4.2 De manera específica, el Decreto 1818 de 1998 “*Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.*” compiló las diversas disposiciones que regulan los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y en su parte segunda se ocupó particularmente del arbitramento; por ello se puede sostener que esa norma tuvo un carácter unificador de la legislación existente hasta el momento²⁷.

4.4.3 Así, en el título I de la segunda parte, el Decreto 1818 de 1998 se ocupó de la definición y modalidades del arbitraje, las clases de arbitramento, la naturaleza del pacto arbitral, el nombramiento de los árbitros, la integración del tribunal de arbitramento y el trámite prearbitral. En el título II, se señaló el trámite arbitral propiamente dicho, la intervención de terceros, la práctica de pruebas, el decreto de medidas cautelares, las características del laudo arbitral y los recursos que proceden contra el mismo. Por su parte, en el Título III se definen normas especiales sobre el arbitramento técnico, en materia de contratos de concesión para la prestación del servicio público de electricidad, en materia laboral, el arbitraje internacional y en contratos de arrendamiento.

²³ Sentencia C-242 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

²⁴ Sentencia C-294 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

²⁵ Sentencia C-330 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁶ Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

²⁷ Sentencia T-244 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Las disposiciones allí contenidas se pueden confrontar con el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, la Ley 80 de 1993 y la ley 446 de 1998.

Por último, en el Título IV se desarrollan las normas relativas a la justicia arbitral en el marco de los contratos estatales.

4.5 En este orden, y por revestir especial importancia para el presente caso, es necesario hacer referencia sobre el desarrollo legal de los recursos que proceden contra un laudo arbitral.

4.5.1 En primer lugar, el artículo 228 del Decreto 1818 de 1998 prevé la posibilidad de que en los contratos estatales se incluya una cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En tal sentido, precisa que el arbitramiento será en derecho y que los árbitros serán tres, a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. Por último, señala que la designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramiento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

4.5.2 Así mismo, con relación a la interposición del recurso de anulación, el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, incorporado en el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998 dispone:

“DEL RECURSO DE ANULACION CONTRA EL LAUDO ARBITRAL. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramiento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

El recurso se surtirá ante la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.²⁸”

4.5.3 Al respecto, las causales de anulación de un laudo arbitral en materia de contratos estatales se encuentran definidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que a su vez incorporó el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 *“Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones.”* A su tenor, dicho artículo establece:

“Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso

²⁸ Cfr. Artículo 162 del Decreto 1818 de 1998: *“El Consejo de Estado, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...) 5. Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión.”*

arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.

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

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

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

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

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

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

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

4.6 En suma, la justicia arbitral tiene pleno respaldo constitucional. De hecho, del propio texto Superior se deriva que el arbitramento es un mecanismo mediante el cual las partes involucradas resuelven voluntaria y libremente sustraer de la justicia estatal la solución de un conflicto, a fin de que un tercero particular, luego de conducir el trámite procesal definido por el legislador para el efecto, produzca una decisión de carácter definitivo y vinculante para las partes. Por ello, con base en las amplias facultades que le confiere la Constitución, el legislador se ha ocupado de los aspectos esenciales sobre los cuales funciona la justicia arbitral, particularmente, de la definición de los parámetros que convierten al arbitramento en un verdadero procedimiento alternativo de administración de justicia.

5. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales. Doctrina constitucional de las vías de hecho. Reiteración de Jurisprudencia

5.1 En reiterada jurisprudencia²⁹, la Corte Constitucional ha sostenido que los laudos arbitrales son equiparables a las sentencias judiciales, en la medida en

²⁹ Sobre el particular, se pueden consultar en otras, las sentencias T-443 de 2008, T-972 de 2007, T-244 de 2007, SU-174 de 2007, T-1017 de 2006 y T-839 de 2005.

que, como se dijo anteriormente, ponen fin a un proceso, deciden de manera definitiva la controversia planteada, tienen plenos efectos vinculantes para las partes y hacen tránsito a cosa juzgada. Al respecto, en la sentencia T-244 de 2007³⁰, la Corporación concluyó:

*“[C]orresponde a los árbitros desatar la controversia presentada a su examen, potestad que ejercen mediante la expedición **del laudo arbitral, providencia que pone fin al trámite arbitral y que tanto por su contenido formal como material corresponde a una verdadera sentencia**, y en esa medida tiene alcances y efectos similares, pues hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito a ejecutivo.”*(Negrilla fuera del texto original).

5.2 De la misma forma, como se indicó, si los laudos arbitrales son equivalentes a las sentencias judiciales, se puede concluir que la actividad de los árbitros es semejante a la llevada a cabo por los jueces de la República. Al respecto, ha dicho la Corte, los árbitros tienen los mismos poderes y deberes de un juez respecto de la protección de los derechos fundamentales de las partes al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, y en general, la obligación de acatar las normas de orden público que reglamentan sus actuaciones y la intervención de las partes³¹.

5.3 Ahora bien, si se tiene que materialmente los laudos arbitrales son equiparables a las sentencias judiciales, y que la actividad de los jueces y árbitros es similar en cuanto al deber de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales; así como la acción de tutela procede de manera excepcional contra las sentencias judiciales cuando incurren en una vía de hecho, es decir, cuando vulneran o amenazan derechos fundamentales, es necesario concluir que esa acción también procede excepcionalmente contra los laudos arbitrales que incurran en la misma transgresión del ordenamiento constitucional³².

En efecto, en la sentencia T-443 de 2008³³, la Corte afirmó:

“Teniendo en cuenta el respeto que merece la voluntad de las partes de someter sus controversias a la justicia arbitral y la procedencia restrictiva de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros, es claro que por regla general, la acción de tutela no procede ni contra los laudos arbitrales ni contra el procedimiento que se adelanta ante los tribunales de arbitramento, ni contra las decisiones judiciales que resuelven los recursos de anulación, salvo que se incurra claramente en una vía de hecho en dichas actuaciones, que implique una vulneración de derechos fundamentales.”

³⁰ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³¹ Sentencia C-431 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara

³² Al respecto, se pueden consultar en otras, las sentencias T-920 de 2004, T-136 de 2003, T-1228 de 2003 y T-608 de 1998.

³³ M.P. Mauricio González Cuervo.

5.4 Dado lo anterior, la Corte ha justificado la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales y las decisiones que resuelven los recursos que se interponen contra los mismos, en los siguientes aspectos³⁴: (i) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (iii) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello, y no a los jueces estatales; y (iv) el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no debe ser invadido por el juez de tutela y que le impide pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a la justicia arbitral.

5.5 Entonces, es claro que los árbitros están sujetos al cumplimiento de los parámetros mínimos dispuestos en la Constitución, y en consecuencia, sus actuaciones pueden ser excepcionalmente controladas mediante la acción de tutela cuando menoscaben un derecho fundamental³⁵. Sin embargo, con el propósito de armonizar los alcances de la acción de tutela contra estas decisiones y la necesidad de hacer efectivos principios y valores constitucionales como la seguridad jurídica, la cosa juzgada y la autonomía e independencia de los árbitros en el cumplimiento de sus funciones, esta Corte ha insistido en que la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales y las decisiones que resuelven los recursos que se interponen contra los mismos, se deriva del cumplimiento estricto de los requisitos jurisprudenciales que esta Corporación ha definido para el efecto³⁶.

5.6 Así pues, a la luz de la jurisprudencia constitucional³⁷, de manera general, tales requisitos se circunscriben al cumplimiento de las siguientes condiciones esenciales: (i) el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, esto es, el agotamiento de todos los recursos previstos en la ley para atacar la decisión arbitral, y a pesar de ello, la persistencia de la vulneración directa de un derecho fundamental; y (ii) la configuración de una vía de hecho, en el sentido de la existencia de uno o varios de los defectos considerados por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales.

³⁴ Sentencias T-443 de 2008 y SU-174 de 2008.

³⁵ Sentencia SU-837 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁶ En la sentencia T-244 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto, la Corte señaló los siguientes requisitos de procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales: *“En conclusión, cuando se trata de laudos arbitrales también son aplicables mutatis mutandis los mismos requisitos de procedibilidad señalados en la jurisprudencia respecto a la tutela contra providencias judiciales, los cuales son: 1. Que el asunto objeto de debate sea de evidente relevancia constitucional. 2. Que se haya hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios- a disposición del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable. 3. Que se cumpla el requisito de la inmediatez. Así, la tutela debe haber sido interpuesta en un término razonable y proporcionado desde el momento de ocurrencia de la vulneración del derecho fundamental. 4. Cuando se trate de una irregularidad procesal, que ésta tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y afecte los derechos fundamentales de la parte actora. 5. En la solicitud del amparo tutelar se deben identificar los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados y que se hubiere alegado tal vulneración dentro del trámite arbitral, siempre que ello hubiere sido posible.”*

³⁷ Sentencias T-443 de 2008, SU-174 de 2007, T-920 de 2004, T-1228 de 2003, SU-058 de 2003, SU-837 de 2002 y T-608 de 1998.

5.7 Con relación al cumplimiento del requisito de subsidiariedad, en primer lugar, la Corte ha considerado que de conformidad con las normas que regulan la materia, es necesario tener en cuenta que aunque las decisiones de los árbitros son ejercicio de una función jurisdiccional, el carácter transitorio de la actividad arbitral, en el sentido de su limitación en el tiempo en virtud de la solución del conflicto que la origina, y la decisión de las partes de separarse de los medios ordinarios de control de las decisiones jurisdiccionales³⁸, por expreso mandato legal los laudos arbitrales no están sujetos al trámite de segunda instancia a través del recurso de apelación³⁹.

5.7.1 Ahora bien, como lo ha expresado esta Corporación, los mecanismos de control del procedimiento arbitral no fueron diseñados por el legislador para revisar integralmente la controversia resuelta por los árbitros, como podría ocurrir si se tratara de una segunda instancia en virtud del recurso de apelación⁴⁰. Es más, por ejemplo, las causales para acudir al recurso de anulación son limitadas si se comparan con las motivaciones que se pueden alegar y sustentar durante el trámite del recurso de apelación. Incluso, la Corte ha precisado que *“los jueces de anulación deben restringir su estudio a las causales específicamente invocadas por los recurrentes, dentro del marco restrictivo fijado por el legislador.”*⁴¹

5.7.2 No obstante, como se señaló anteriormente, el ordenamiento jurídico prevé los mecanismos necesarios para controlar las decisiones de los árbitros⁴². En efecto, contra los laudos arbitrales únicamente proceden los recursos de homologación -en materia laboral-, de anulación -en materia civil, comercial y contencioso administrativa- y, contra la providencia que resuelve el recurso de anulación, el recurso extraordinario de revisión⁴³.

³⁸ En la sentencia T-570 de 1994, M.P. Calor Gaviria Díaz, la Corte señaló: *“Al hacer uso de esa excepción regulada por la ley en desarrollo del mandato constitucional, los particulares se someten a la decisión judicial de una corporación esencialmente transitoria, que no tiene superior jerárquico y, por ende, quienes a ella acuden, optan por una organización excepcional de la administración de justicia, donde la naturaleza de las cosas hace imposible la aplicación de la regla general de la doble instancia (a través del recurso ordinario de apelación), que rige en la Rama Judicial (artículo 3° del Código de Procedimiento Civil).”*

³⁹ Sentencias T-972 de 2007, T-1017 de 2006 y T-1228 de 2003.

⁴⁰ En la sentencia T-136 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte precisó: *“Las facultades del juez que conoce del recurso de anulación se limitan a la verificación de las causales de nulidad invocadas por el actor, causales que han sido consagradas por el legislador y que son de interpretación restrictiva. No se trata, entonces, de una nueva oportunidad para revivir el debate planteado ante el tribunal de arbitramento pues al juez ordinario o contencioso le está vedado pronunciarse sobre el fondo del litigio conocido por aquél. Por ello, la labor del juez que conoce del recurso de anulación se circunscribe a la verificación de la validez del compromiso o cláusula compromisoria y del laudo arbitral y ateniéndose siempre a las causales invocadas por el recurrente.”*

⁴¹ SU-174 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴² Fundamento jurídico 4.5 de esta sentencia.

⁴³ Contra todo laudo arbitral nacional que verse sobre materias civiles, comerciales o referentes a contratos estatales procede el recurso extraordinario de anulación, respecto de los laudos proferidos por los tribunales convocados para dirimir un conflicto laboral está consagrado el recurso de homologación (art. 143 del C. S. T. compilado por el artículo 195 del decreto 1818 de 1998). Las causales que pueden ser invocadas para interponer el recurso varían de acuerdo a la materia del asunto examinado por la justicia arbitral. Respecto de los laudos proferidos por tribunales arbitrales convocados para dirimir controversias originadas en contratos estatales las causales aplicables son las previstas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (compiladas en el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998), en las restantes materias las causales de anulación aplicables son las previstas en el artículo 38 del Decreto 1279 de 1989 (compiladas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998). Los motivos de impugnación previstos en estas disposiciones son de naturaleza esencialmente formal (falta de competencia del tribunal, fallos *ultra* y *extrapetita*, etc.) y *prima facie* impiden que la justicia estatal

5.7.3 Con fundamento en lo anterior, en consideración del principio de subsidiariedad, la Corte ha señalado de manera reiterada dos reglas que permiten determinar la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales y las decisiones que los cuestionan como resultado de la interposición de los recursos respectivos: (i) Dado el carácter residual de la acción de tutela, ésta no es procedente contra laudos arbitrales cuando las partes no hayan hecho uso de los medios de defensa previstos durante el trámite arbitral⁴⁴; y, (ii) la acción de tutela será improcedente si no se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios que contempla la ley contra los laudos arbitrales⁴⁵, salvo que se acuda al amparo constitucional como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable⁴⁶.

5.7.4 En suma, la acción de tutela procede excepcionalmente contra laudos arbitrales cuando la decisión arbitral vulnera o amenaza los derechos fundamentales de una de las partes. En este sentido, de manera general, la procedencia de la acción de tutela en estos casos depende del lleno de dos condiciones básicas: el cumplimiento del principio de subsidiariedad, esto es, el agotamiento de los recursos previstos en la ley para atacar la decisión arbitral; y, la configuración de una vía de hecho, en el sentido de la existencia de uno o varios de los defectos considerados por la jurisprudencia constitucional en el marco de la doctrina de las vías de hecho.

Ahora bien, a continuación, se abordará brevemente las consideraciones de la Corte respecto de la doctrina constitucional de los defectos y la acción de tutela contra laudos arbitrales.

haga un examen de los argumentos formulados para adoptar la decisión. Ahora bien, las causales enunciadas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 con relación a los laudos que versen sobre controversias en materia de contratación estatal son aún más limitadas que aquellas previstas por el artículo 38 del Decreto 1279 de 1989 respecto de los laudos arbitrales en asuntos civiles y comerciales porque no están contemplados como motivos para interponer el recurso de nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita, ni los demás motivos de nulidad absoluta o relativa del pacto arbitral alegados en el proceso arbitral y no saneados o convalidados en el transcurso del mismo, ni el haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga entre otras. Sin embargo, la Sección Tercera de la Sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, al conocer de los recursos de nulidad interpuestos contra laudos arbitrales mediante los cuales se resolvían controversias originadas en contratos estatales, ha sostenido que es competente para declarar nulidad del pacto arbitral en el evento en que constate la ocurrencia de cualquiera de las causales de nulidad absoluta del mismo y se cumplan los requisitos señalados en el inciso 3 del artículo 87 del C. C. A., esto es, que la causal de nulidad haya sido plenamente demostrada en el proceso y que en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes (Ver sentencia de junio 8 de 2000, Radicación 16973 M. P. Alíer Hernández Enríquez). Del mismo modo ha interpretado la causal prevista en el numeral 4 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998 (haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros) en un sentido amplio, pues entiende que cubre tanto los asuntos que las partes decidieron excluir de la competencia del tribunal, como aquellos que la ley previó excluir de su conocimiento, como por ejemplo el haber proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga (Ver sentencia de 23 de agosto de 2001, Radicación 19090 C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros reiterada, entre otras, en la sentencia proferida el 4 de julio de 2002, expediente 21217).

⁴⁴ Al respecto se puede consultar la sentencia T-1228 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis. En el mismo sentido, se puede consultar la sentencia T-294 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴⁵ Entre otras, se pueden consultar las sentencias SU-058 de 2003, SU-837 de 2002 y T-294 de 1999.

⁴⁶ Sentencias T-1017 de 2006 y T-839 de 2005.

Consideraciones sobre la doctrina constitucional de los defectos y la acción de tutela contra laudos arbitrales

5.8 De manera reiterada, en el marco de la doctrina de las vías de hecho, la Corte ha clasificado los tipos de defectos en los que puede incurrir una providencia, a fin de determinar si una decisión vulnera o amenaza un derecho fundamental⁴⁷.

Así, a la luz de la jurisprudencia constitucional⁴⁸, para que la acción de tutela proceda contra un laudo arbitral, el actor debe acreditar que éste incurre, al menos, en uno de los siguientes defectos:

5.8.1 Defecto orgánico, el cual se presenta cuando el árbitro o tribunal que profirió la providencia cuestionada carece por completo de competencia para surtir dicha actuación.

Al respecto, en la sentencia SU-174 de 2007⁴⁹, la Corte concluyó:

“Existe vía de hecho por defecto orgánico cuando se presenta ‘el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular’⁵⁰, que ‘se refiere a aquellas situaciones en las cuales el funcionario judicial carece absolutamente de competencia para resolver el asunto de que se trate’⁵¹.

En el campo del arbitramento, la vía de hecho por defecto orgánico tiene requisitos particularmente exigentes para su configuración, puesto que en virtud de la regla kompetenz-kompetenz –ver aparte 3.2.1. (a) subsiguiente-, los tribunales arbitrales tienen un margen autónomo de interpretación para determinar el alcance de su propia competencia. En consecuencia, para que se presente este tipo de vía de hecho es necesario que los árbitros hayan obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la ley,

⁴⁷ Entre muchas otras, se pueden consultar las sentencias: T-441 de 2007, T-808 de 2006, T-797 de 2006, T-731 de 2006, T-578 de 2006, T-450 de 2006, T-402 de 2006, T-357 de 2005, T-345 de 2005, T-1189 de 2004, T-930 de 2004, T-873 de 2004, T-381 de 2004, SU-132 de 2002.

⁴⁸ Adicionalmente, con relación a los defectos en el caso de las providencias judiciales, en la sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte adicionó los siguientes defectos: que una providencia judicial incurre en una vía de hecho que haría admisible su consideración en sede de tutela, cuando “*el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*”; carece de motivación suficiente, situación que “*implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.*”; la autoridad judicial que la profiere, “*aplica una ley limitando sustancialmente [el] alcance de un derecho fundamental*” establecido previamente por la Corte Constitucional; y, cuando conlleva a una “*Violación directa de la Constitución.*”

⁴⁹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁰ Sentencia T-231 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵¹ Sentencia SU-014 de 2001, M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez; reiterada en la sentencia SU-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

al pronunciarse sobre materias no transigibles.” (Negrilla fuera del texto original).

5.8.2 Defecto procedimental, se presenta cuando se adelanta el proceso arbitral por fuera del procedimiento establecido en el acuerdo suscrito por las partes y las normas correspondientes, siempre y cuando dicha irregularidad tenga un efecto definitivo en la decisión.

Al respecto, en la sentencia T-443 de 2008⁵², esta Corporación afirmó:

“La vía de hecho procedimental en materia arbitral ocurre, cuando se ha adoptado el laudo en forma completamente ajena al procedimiento establecido legal o convencionalmente para el proceso arbitral respectivo, y con ello se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción de las partes. Además, cuando dicha vulneración directa ha sido determinante del sentido del laudo atacado de forma tal que si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una decisión arbitral distinta en ese caso concreto⁵³. Dijo la Corte que, cuando alguna de las partes de un proceso arbitral considere que en su caso el Tribunal de arbitramento incurrió en una arbitrariedad que desconoce el debido proceso y esta no cuadre dentro de las cuales de los recursos existentes, procederá la tutela para estudiar de fondo el problema jurídico existente⁵⁴.” (Negrilla fuera del texto original).

5.8.3 Defecto fáctico, se origina cuando el supuesto legal del cual se deriva la decisión arbitral no tiene sustento en el material probatorio allegado al proceso; o de manera arbitraria se niega la práctica de las pruebas necesarias para llegar a una decisión en derecho.

Sobre el particular, en la sentencia T-972 de 2007⁵⁵, este Tribunal consideró:

“En cuanto al defecto fáctico ha sostenido esta Corporación que tiene lugar ‘cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado...’⁵⁶. Y ha aseverado de igual manera, que la acción de tutela únicamente procede cuando se hace manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia. Así, ha indicado que ‘el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse

⁵² M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵³ Sentencia T-1228 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis,

⁵⁴ sentencia T-920 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁵ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁶ Ver sentencia T-567 de 1998.

en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia...⁵⁷.

La Corte ha identificado dos dimensiones en las que se presentan defectos fácticos: Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa⁵⁸ u omite su valoración⁵⁹ y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente⁶⁰. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez⁶¹. Y una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnere la Constitución.⁶² (Negrilla fuera del texto original).

5.8.4 Defecto sustantivo, surge cuando las normas acogidas para tomar la decisión no son aplicables al caso concreto, o la interpretación que de ellas se hace genera un perjuicio a los derechos fundamentales del actor.

En la sentencia T-244 de 2007⁶³, la Corte precisó sobre el defecto sustantivo en el caso de laudos arbitrales:

En diferentes pronunciamientos, esta Corporación ha delimitado el campo de aplicación del defecto sustantivo en las providencias judiciales, al señalar que se presenta, entre otras razones, (i) cuando la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, es decir, por ejemplo, la norma empleada no se ajusta al caso o es claramente impertinente⁶⁴, o no se encuentra vigente por haber sido derogada⁶⁵, o por haber sido declarada inconstitucional⁶⁶, (ii)

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Cfr. sentencia T-239 de 1996. Para la Corte es claro que, “cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”.

⁶⁰ Ver Sentencia T-576 de 1993.

⁶¹ Ver, por ejemplo, la ya citada sentencia T-442 de 1994.

⁶² Ver Sentencia T-538 de 1994.

⁶³ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁴ Sentencias T-008 de 1998 y T-189 de 2005.

⁶⁵ Ver sentencia T-205 de 2004.

⁶⁶ Al respecto, consultar sentencias T-804 de 1999 y T-522 de 2001.

cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance⁶⁷, (iii) cuando la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática⁶⁸, (iv) cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada⁶⁹, o (v) porque a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador⁷⁰.

En materia de laudos arbitrales la Corte Constitucional ha afirmado que además de las causales antes señaladas se configura un defecto sustantivo cuando éste carece de motivación material o la motivación es manifiestamente irrazonable⁷¹. Adicionalmente se ha aseverado que los árbitros cuentan con un margen razonable de interpretación no sólo de las disposiciones legales sino también de las cláusulas contractuales y que en esa medida sólo se produciría una vulneración iusfundamental susceptible de ser subsanada en sede de tutela ante interpretaciones manifiestamente arbitrarias, caprichosas o equivocadas por parte del tribunal⁷².” (Negrilla fuera del texto original).

Así, con base en los fundamentos jurídicos expuestos, esta Corte pasará a determinar si se debe conceder la protección constitucional invocada.

6. Estudio del caso concreto

⁶⁷ Esta Corporación, mediante la sentencia T-1244 de 2004 manifestó que la autoridad judicial (juez laboral) había incurrido en una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por defecto sustantivo, al negar la indexación de la primera mesada pensional, al argumentar que la norma aplicable no lo permitía, a pesar de que la interpretación que había hecho la Corte Constitucional en varias sentencias de constitucionalidad señalaban el sentido de la norma y la obligación de indexar. Ver también, sentencia T-462 de 2003.

⁶⁸ Consultar sentencias T-694 de 2000 y T-807 de 2004.

⁶⁹ Corte constitucional, Sentencia T-056 de 2005.

⁷⁰ Sentencia SU-159 de 2002.

⁷¹ Sentencia SU-837 de 2002.

⁷² En la sentencia SU-038 de 2003 sostuvo esta Corporación: “De lo anterior se desprende que (i) el juez constitucional tiene facultades limitadas para estudiar el proceso y la sentencia judicial sometida a su control; (ii) únicamente podrá cuestionar aquellos aspectos del trámite del proceso y la sentencia que, de suyo, conlleven a la violación de un derecho fundamental. Así las cosas, frente al caso que ocupa a la Corte, salvo que resulte claro que la interpretación que hizo el juez natural (tribunal de arbitramento) del contrato y las obligaciones de las partes, viole un derecho fundamental, no le corresponde al juez de tutela invalidar o desconocer la postura del juez natural.”

En el mismo sentido se afirma en la sentencia T-920 de 2004: “De aceptarse vía de hecho frente a interpretaciones razonables se estaría llegando a afirmar que sería procedente dejar sin efectos una providencia judicial simplemente porque el criterio del juez de tutela no coincide con el del fallador accionado. No obstante, cuando se evidencia que el alcance dado por el juez o el particular que administre justicia a la norma aplicable al caso es **totalmente** caprichoso, arbitrario o equivocado sí es dable hablar de vía de hecho” (Negrilla del texto).

6.1 De conformidad con el escrito de tutela, la E.T.B. interpuso acción de tutela contra el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo arbitral y la providencia que negó la solicitud de aclaraciones y complementaciones, dentro del trámite dado a la demanda arbitral promovida por Telefónica Móviles Colombia S.A. contra la E.T.B., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Para fundamentar su solicitud de tutela, en primer lugar, la E.T.B. indicó que la presente acción de tutela cumple el requisito de subsidiariedad, toda vez que su representada interpuso ante el Consejo de Estado recurso de anulación contra el laudo arbitral referido, *“pero las causales ahí presentadas, de conformidad con la ley, no tienen la virtualidad ni la finalidad de proteger derechos fundamentales conculcados a la parte demandante.”* Así mismo, señaló que de no concederse la tutela interpuesta se causaría un perjuicio irremediable, pues de acuerdo con lo dispuesto en el laudo arbitral referido, la E.T.B. debe cancelar considerables sumas de dinero y *“exorbitantes intereses que corren hasta que se pague la arbitraria condena impuesta y que en modo alguno suspendería la interposición del recurso de anulación.”*

En segundo lugar, la E.T.B. sostuvo que el Tribunal de Arbitramento accionado vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, porque el Tribunal carecía de competencia para dirimir la controversia planteada por Telefónica Móviles Colombia S.A., debido a que no se agotaron las etapas de arreglo directo previas a su conformación previstas en los contratos suscritos por las partes en 1998. Igualmente, porque los actos administrativos expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones como resultado de la solicitud de Telefónica, quedaron sin efectos mediante el laudo arbitral proferido. Y, porque, el Tribunal de Arbitramento dejó de practicar las pruebas necesarias para determinar si en cumplimiento de la cláusula compromisoria, se agotaron las etapas de arreglo directo previas a su conformación.

6.2 Ahora bien, para dar solución al problema jurídico planteado, en los fundamentos normativos de esta sentencia, la Corte concluyó que la justicia arbitral tiene pleno respaldo constitucional. De hecho, señaló que del propio texto Superior se deriva que el arbitramento es un mecanismo mediante el cual las partes involucradas resuelven voluntaria y libremente sustraer de la justicia estatal la solución de un conflicto, a fin de que un tercero particular, luego de conducir el trámite procesal definido por el legislador para el efecto, produzca una decisión de carácter definitivo y vinculante para las partes.

Así mismo, afirmó que la acción de tutela procede excepcionalmente contra laudos arbitrales cuando la decisión arbitral vulnera o amenaza los derechos fundamentales de una de las partes. En este sentido, dijo que, de manera general, la procedencia de la acción de tutela en estos casos depende, en primera medida, del cumplimiento del principio de subsidiariedad, esto es, el

agotamiento de los medios de defensa previstos durante el trámite arbitral y de los recursos que contempla la ley para atacar los laudos arbitrales, salvo que se acuda al amparo constitucional como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable.

Por último, la Corte señaló que a la luz de la jurisprudencia constitucional, la prosperidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales se circunscribe a la configuración de una vía de hecho, es decir, a que el laudo atacado presente uno o varios de los defectos considerados por la jurisprudencia constitucional para la prosperidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, a saber: defecto orgánico, defecto procedimental, defecto fáctico o defecto sustantivo.

6.3 Cumplimiento del principio de subsidiariedad en el presente caso

En primer lugar, con base en lo anterior, esta Sala encuentra que la presente acción satisface el principio de subsidiariedad, y en consecuencia, se debe revocar la decisión adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción.

Esto por cuanto, aunque la E.T.B. interpuso ante el Consejo de Estado recurso de anulación contra el laudo arbitral referido y éste aún no ha sido decidido, la finalidad de dicho recurso no es la protección de los derechos fundamentales invocados. En efecto, como se señaló en las consideraciones generales de esta sentencia, los mecanismos de control del procedimiento arbitral no fueron diseñados por el legislador para revisar integralmente la controversia resuelta por los árbitros⁷³. En este sentido, es claro que las causales para acudir al recurso de anulación son limitadas y prevén la posibilidad de atacar un laudo arbitral por aspectos de naturaleza esencialmente formal⁷⁴.

Al respecto, es preciso tener en cuenta que, como se indicó en los enunciados normativos de esta decisión, las facultades del juez que conoce del recurso de anulación se limitan a la verificación de las causales de nulidad invocadas por el actor, causales que, en todo caso, han sido consagradas por el legislador y que son de interpretación restrictiva⁷⁵. Así, es preciso anotar que en este sentido, el Consejo de Estado -juez competente para conocer y decidir el recurso de anulación interpuesto- tiene limitadas facultades que no guardan relación directa con el análisis cuidadoso que requiere la verificación de actos u omisiones que hayan violado los derechos fundamentales de las partes durante el trámite arbitral. Es decir, las facultades del juez de la jurisdicción administrativa son muy restringidas si se compara con las facultades del juez constitucional para determinar y decidir sobre la afectación de derechos fundamentales en estos casos.

⁷³ Fundamento jurídico 5.7.1.

⁷⁴ Fundamento jurídico 4.5.3.

⁷⁵ Fundamento jurídico 5.7.1.

En efecto, en concordancia con los antecedentes de esta decisión, esta Corte comparte el criterio del Ministerio Público -órgano de control entre cuyas funciones se encuentra la defensa de los intereses de la sociedad-, en el sentido de sostener que la presente acción es procedente pues de conformidad con las facultades del Consejo de Estado para decidir el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral cuestionado, esa Corporación no tiene la potestad de examinar el fondo de la decisión arbitral, dado que no actúa como juez de segunda instancia del Tribunal de Arbitramento ni como máximo juez de los derechos fundamentales. Al respecto, es necesario resaltar que la vista fiscal precisó que el Consejo de Estado sólo se pronuncia sobre los errores *in procedendo*, y no sobre los errores *in iudicando* en que hayan podido incurrir los tribunales de arbitramento al proferir sus laudos, argumento que a juicio de esta Corte permite reafirmar las limitaciones del juez natural para verificar la afectación de los derechos fundamentales de las partes.

En todo caso, es preciso anotar que en virtud de los artículos 8 y 9 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación⁷⁶, la acción de tutela puede ser presentada de manera simultánea con otras acciones administrativas o judiciales, pues la finalidad y alcance de estas acciones son diferentes, los fundamentos de las mismas no necesariamente guardan relación entre sí y los jueces de conocimiento tienen competencias y facultades precisas para decidir cada una de ellas. Así las cosas, se entiende que la interposición de la acción de tutela de manera simultánea con la presentación una acción o recurso, por sí sola no hace improcedente la solicitud de amparo constitucional.

Entonces, queda claro que en el presente caso el recurso de anulación no es idóneo para obtener la protección constitucional invocada, pues la legislación y la jurisprudencia restringen las facultades del juez que conoce de dicho recurso a la valoración de las causales previstas en las normas que regulan la materia, y a su vez, a las alegadas por el interesado. En esta medida, dada la naturaleza constitucional de la acción de tutela, ésta constituye el único mecanismo susceptible de ser invocado a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados por el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

6.4 Aplicación de la doctrina de las vías de hecho en el presente caso

Ahora bien, esta Sala considera que el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la E.T.B., por las siguientes razones:

6.4.1 De conformidad con los contratos de interconexión suscritos por las partes en 1998⁷⁷, Telefónica Móviles Colombia S.A. se obligó con la E.T.B. a

⁷⁶ Al respecto, se pueden consultar entre muchas otras, las sentencias T-135 de 2008 y T-049 de 2008.

⁷⁷ Cfr. Folios 439 a 531, cuaderno 2.

suministrar el servicio de acceso, uso e interconexión de sus redes de telecomunicaciones, debiendo recibir Telefónica Móviles Colombia S.A. el pago de una contraprestación por el servicio prestado a la E.T.B.

Con posterioridad a la celebración de dichos contratos, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió la Resolución 463 del 27 de diciembre de 2001, mediante la cual se dispuso que a partir del 1° de enero de 2002 las empresas dueñas de las redes de telecomunicaciones -en este caso Telefónica-, estaban obligadas a ofrecer por lo menos dos opciones de cargos de acceso a los operadores que les demandaran interconexión -en este caso la E.T.B.-: (1) cargos de acceso máximo por minutos y (2) cargos de acceso máximo por capacidad.

Con base en ese marco normativo, Telefónica solicitó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones imponer a la E.T.B. la obligación de optar por la modalidad de remuneración relativa al cargo de acceso máximo por minuto⁷⁸. De esta manera, mediante la Resolución 1269 de 2005, la Comisión decidió que Telefónica carecía de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001⁷⁹, pues era la E.T.B. quien debía escoger una de las dos opciones y no necesariamente adoptar la señalada por el operador celular.

Al resolver el recurso de reposición interpuesto por Telefónica contra la Resolución 1269 de 2005, en la Resolución 1303 de 2005 la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones confirmó la decisión, pero en su parte motiva aclaró que *“dado que E.T.B. para algunas de sus interconexiones ya optó por la alternativa de **cargos de acceso por capacidad** tal y como se indicó en la resolución recurrida, debido a la aplicación integral de las disposiciones contenidas en la Resolución 463 de 2001 que el artículo 5 de la misma impone, la interconexión entre la E.T.B. y TELEFÓNICA también deberá ser remunerada según las condiciones prevista[s] en la resolución anteriormente mencionada.”* (Negrilla fuera del texto original).

En este sentido, para el caso de la E.T.B., y dada la celebración del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito en 1998, en dicha Resolución la Comisión aclaró que si los operadores habían pactado su relación de interconexión antes de la entrada en vigencia de la Resolución 463 de 2001, el

⁷⁸ Cfr. Antecedentes de la Resolución 1269 de 2005 expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones: *“Mediante comunicación del 20 de abril de 2005, TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., en adelante TELEFÓNICA, solicitó a la CRT su intervención para efectos de dirimir el conflicto surgido con la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., en adelante E.T.B., y en consecuencia establecer: (...). (ii) ‘En cumplimiento de lo establecido en la reglamentación, que le corresponde a E.T.B. remunerar a partir del 1° de enero de 2002 la interconexión existente entre la Red TPBCLD de E.T.B. y la Red de TMC de TELEFÓNICA para el tráfico de larga distancia internacional entrante hacia la red de TMC, que funciona bajo el esquema por minuto a los valores establecidos en la Tabla ‘Opción 1: cargos de acceso máximos por minuto’ para redes de TMC y PCS del artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463 de 2001, modificatoria de la Resolución 087/97.”*

⁷⁹ Resolución CRT 463 de 2001, artículo 5: *“Los operadores TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores vigentes en las interconexiones actualmente existentes a la fecha de expedición de la presente resolución, o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en la presente resolución para todas sus interconexiones.”*

operador que demandara interconexión podía decidir acogerse a esa Resolución, caso en el cual estaba en la libertad de optar por una de las dos opciones de cargos de acceso: (1) cargos de acceso máximo por minutos y (2) cargos de acceso máximo por capacidad.

Así, en la Resolución 1303 de 2005 la Comisión resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: *Admitir el recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. contra la Resolución CRT 1269 de 2005.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *Aclarar el artículo primero de la resolución recurrida en el sentido de indicar que si bien TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. no tiene derecho a elegir entre las opciones de cargos de acceso definidos en la Resolución CRT 463 de 2001, a la conexión existente entre la red de TMC de dicho operador y la RTPBCLDI de E.T.B. S.A. sí se le aplica el concepto de integralidad definido en la parte final del artículo 5 de la mencionada resolución, en consecuencia esta interconexión deberá remunerarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997.”*
(Negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, con base en lo anterior, en primer lugar, esta Sala encuentra que el ejercicio de las competencias y funciones de las comisiones de regulación se hallan limitadas por las disposiciones contenidas en el Capítulo 5, Título XII de la Constitución Política y en el Capítulo 3, Título V de la Ley 142 de 1994, en el sentido de que éstas sólo actúan por delegación del Presidente de la República para el ejercicio de sus funciones de administración y control de eficiencia de los servicios públicos, funciones que de conformidad con la jurisprudencia constitucional de ninguna manera pueden ser entendidas como la facultad para legislar sobre esa materia⁸⁰.

⁸⁰ En la sentencia C-1162 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad “sólo en los términos de esta providencia” del parágrafo del artículo 69 de la Ley 142 de 1992 mediante el cual se dispone que “Cada comisión [de regulación] será competente para regular el servicio público respectivo.” Al respecto, la Corte aclaró: “En materia de servicios públicos domiciliarios, **debe resaltarse que la regulación -como función presidencial delegable en las referidas comisiones- no es lo que ha considerado alguna parte de la doctrina, es decir, un instrumento normativo para “completar la ley”, o para llenar los espacios que ella pueda haber dejado, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto, pues ello significaría la inaceptable y perniciosa posibilidad de entregar al Presidente de la República -y, más grave todavía, a sus delegatarios- atribuciones de legislador extraordinario, distintas a las señaladas por la Carta, en manifiesta contravención de los postulados del Estado de Derecho, entre los cuales se encuentran el principio de separación de funciones de los órganos del Estado, el carácter singular del Presidente como único funcionario que puede ser revestido de facultades extraordinarias temporales y precisas y las estrictas condiciones exigidas por la Constitución para que a él sean transferidas transitoria y delimitadamente las funciones legislativas.** En efecto, “completar” según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa “añadir a una magnitud o cantidad las partes que le faltan”, y ello implica que “regular” ha sido erróneamente asimilado a “legislar”, en tanto ha sido entendida como la función de llenar los vacíos legales. Y como se vio, el artículo 370 de la Constitución condiciona la potestad reguladora del Presidente a que ella se haga “con sujeción a la ley”, no ‘para completar la ley’.” (Negrilla fuera del texto original).

Y es que en concordancia con la jurisprudencia de esta Corte, las comisiones de regulación son sólo órganos de carácter técnico que con arreglo a la ley y a los reglamentos y previa delegación del Presidente, diseñan e implementan los parámetros bajo los cuales actúan los prestadores de servicios públicos, a fin de “*preservar el equilibrio y la razonabilidad en la competencia y de esta forma asegurar la calidad de aquéllos y defender los derechos de los usuarios.*”⁸¹ En este sentido, es claro que sus funciones y competencias deben ser ejercidas de conformidad con la ley y en virtud de su delegación expresa por parte del Presidente, así mismo que no tienen competencia para sustituir al legislador en su actividad de crear las normas objeto de su especialidad⁸².

Dado lo anterior, en el presente caso, la Corte encuentra que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones desbordó las competencias anotadas y resolvió de manera indebida el caso puesto a su consideración.

Esto por cuanto, en primera instancia, de acuerdo con los hechos que fundamentan la presente acción, la Sala encuentra que las normas aplicadas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para resolver la controversia entre Telefónica y la E.T.B., es decir, el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001 y el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, definen de manera general las condiciones con arreglo a las cuales las empresas de servicios públicos deben remunerar la utilización de las redes de interconexión.

En criterio de esta Sala, en virtud del principio democrático y en consideración de las limitaciones constitucionales y legales dispuestas para el ejercicio de las funciones de las comisiones de regulación anotadas anteriormente, dichas condiciones sólo pueden ser definidas validamente por el legislador y no por una comisión de regulación -en este caso la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones-, pues no sólo afectan la ejecución de los contratos suscritos en esta materia, sino que también afectan los derechos e intereses de los ciudadanos y varían ostensiblemente la calidad de la prestación de un servicio público, razones suficientes para corroborar la competencia del legislador para expedir normas de intervención económica como las señaladas y desvirtuar la actividad de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones respecto de la definición de los parámetros a los que deben sujetarse las empresas del sector en este sentido.

⁸¹ Sentencia C-1162 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández.

⁸² Sobre este punto, en la citada sentencia, la Corte señaló: “*Para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquella tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios.*” (Negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, en segunda instancia, esta Sala encuentra que la Comisión de Regulación también actuó por fuera de su competencia constitucional y legal al alterar, mediante las resoluciones 1269 y 1303 de 2005, la voluntad de Telefónica y la E.T.B. expresada en los contratos suscritos entre estas empresas en 1998.

En efecto, los contratos de interconexión celebrados entre Telefónica Móviles Colombia S.A y la E.T.B. sobre los cuales se pronunció la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, se suscribieron en 1998. Sin embargo, en las resoluciones 1269 y 1303 de 2005, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, distorsionando la voluntad de las partes sobre la forma de remuneración de lo acordado, alterando los alcances de los contratos suscritos y actuando en contra del ordenamiento jurídico, dio aplicación a normas expedidas con posterioridad a los mismos, esto es, al artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001, y a normas no consideradas por las partes en dichos contratos como lo es el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997⁸³.

Y es que como se señaló anteriormente, en la Resolución 1269 de 2005, la Comisión resolvió: *“Negar la solicitud de Telefónica Móviles Colombia S.A. por carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en le artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001.”* Igualmente, en la Resolución 1303 del mismo año, decidió: *“(…) si bien TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. no tiene derecho a elegir entre las opciones de cargos de acceso definidos en la Resolución CRT 463 de 2001, a la conexión existente entre la red de TMC de dicho operador y la RTPBCLDI de E.T.B. S.A. sí se le aplica el concepto de integralidad definido en la parte final del artículo 5 de la mencionada resolución, en consecuencia esta interconexión deberá remunerarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997.”* (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Al respecto, esta Sala considera que a la luz del ordenamiento jurídico, no es aceptable que se pretenda aplicar a un contrato las normas posteriores a la celebración del mismo o incluso, aquellas cuya aplicación no ha sido validamente definida por las partes, tal y como lo hizo en este caso la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. De hecho, de conformidad con los principios esenciales que fijan las reglas de interpretación de los contratos⁸⁴, a éstos sólo puede aplicarse las normas vigentes al momento de su celebración o en su defecto, las previstas expresamente por los contratantes. En este sentido, es claro que la variación sobre los términos en que será ejecutado un contrato, sólo procede por el común acuerdo de las partes y con arreglo a las normas vigentes que regulan la materia.

⁸³ Cfr. Folios 439 a 531, cuaderno 2.

⁸⁴ Código Civil, Libro Cuarto, Título XIII.

Así las cosas, es claro que en gracia de discusión, aunque se admitiera la competencia de la Comisión de Regulación para expedir las normas señaladas, éstas sólo podrían aplicarse a los contratos suscritos a partir de la publicación de las resoluciones en comento. Entonces, es necesario concluir que la E.T.B. no se encuentra obligada a acogerse a las mismas condiciones de remuneración en todos sus contratos, pues cada relación contractual es diferente y autónoma de las demás.

En este orden, en tercera instancia, tampoco se puede aceptar en razón del “*el concepto de integralidad*”, como ocurrió en este caso, que el tipo de remuneración pactado en algunos de los contratos celebrados por una de las partes -en este caso la E.T.B.- sea aplicable a los demás contratos suscritos por ésta. Es decir, esta Sala encuentra equivocado el argumento expuesto por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en el sentido de afirmar que dado que la E.T.B. pactó en otros contratos el pago de acceso por minuto, esta condición contractual *debe* hacerse extensiva a los demás contratos suscritos por la E.T.B. cuyo objeto sea el mismo, en este caso, extensiva a los contratos celebrados con Telefónica. Al respecto, se reitera que la variación sobre los términos en que será ejecutado un contrato, sólo procede por el común acuerdo de las partes y con arreglo a las normas vigentes que regulan la materia. Esto implica que cada uno de los contratos celebrados por la E.T.B. - como por cualquier persona natural o jurídica- tiene una identidad propia y actúa de manera independiente a los demás contratos celebrados por la Empresa, a pesar de que tengan igual objeto o de que la contraparte sea la misma.

En virtud de lo expuesto, esta Sala concluye que la Comisión de Regulación, dado que desbordó sus competencias constitucionales y legales y resolvió de manera indebida el caso puesto a su consideración por Telefónica Móviles Colombia S.A., incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico, y en consecuencia, vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la E.T.B.

6.4.2 Ahora bien, a pesar de que mediante las decisiones anotadas la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones decidió el fondo del asunto y resolvió las pretensiones incoadas por Telefónica, el operador celular presentó demanda arbitral contra la E.T.B. con la finalidad de que se declarara el incumplimiento de los contratos celebrados en 1998 y de que, en consecuencia, esa Empresa fuera condenada a pagar a Telefónica el valor establecido como cargo de acceso determinado en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463 de 2001 “Opción 1”, esto es, el cargo de acceso máximo por minutos⁸⁵.

Con base en las pretensiones de Telefónica, en fallo del 7 de noviembre de 2007, el Tribunal de Arbitramento resolvió:

⁸⁵ Cfr. Tribunal de arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., Laudo arbitral del 7 noviembre de 2007, pretensiones de Telefónica Móviles S.A. Folios 89 y 90, cuaderno 2.

“QUINTO: Ordenar a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** que cumpla los contratos de que tratan los numerales primero y segundo anteriores, **pagando a la sociedad demandante, desde la fecha de ejecutoria de este laudo, el valor establecido como cargo de acceso por tráfico internacional entrante a la red de TMC de su propiedad, determinado en la resolución CRT- 463 de 2001 “opción 1 cargos de acceso máximos por minuto” teniendo en cuenta que todas las fracciones se aproximan al minuto siguiente.**

SEXTO: Ordenar a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** al pago a favor de **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, por concepto de daño emergente causado desde el 22 de agosto de 2002 hasta el 31 de marzo de 2007, de la suma de **CIENTO NUEVE MIL DOCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$109.275.241.595)**, derivado del incumplimiento de los contratos a los que se hace referencia en los numerales primero y segundo anteriores, de conformidad con lo expresado en las consideraciones de este laudo.

SÉPTIMO: Condenar a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** a pagar a **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, la suma correspondiente al **daño emergente causado a partir del 1 de abril de 2007 y hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, correspondiente a la diferencia entre el valor cancelado por [la] E.T.B. por concepto de cargos de acceso y la tarifa fijada por la Resolución CRT 463 de 2001, de conformidad con el tráfico cursado por minuto redondeado.**

OCTAVO: Condenar a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** a pagar a **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, la suma correspondiente al lucro cesante derivado del incumplimiento de los contratos a que se ha hecho referencia en los numerales primero y segundo anteriores, correspondiente a los intereses de mora causados desde el 22 de agosto de 2002 hasta la fecha en que se realice el pago. Dichos intereses liquidados hasta el 31 de octubre de 2007 ascienden a la suma de **SESENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$64.452.447.966).**”
(Negrilla fuera del texto original).

Dado lo anterior, esta Sala encuentra que aunque en gracia de discusión se aceptara que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones actuó de

conformidad con el ordenamiento jurídico y resolvió adecuadamente la solicitud de Telefónica respecto de la remuneración de los contratos suscritos con la E.T.B. en 1998, en todo caso, posteriormente, la decisión del Tribunal de Arbitramento accionado incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico y sustantivo, y por tanto, vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la E.T.B. Esto, en consideración de las siguientes razones:

6.4.2.1 Existencia de defecto orgánico en el presente caso

En primera instancia, la Corte concluye que resulta equivocado el argumento expuesto por el Tribunal de Arbitramento durante el presente trámite, con relación a que la falta de cumplimiento de etapas, requisitos o trámites pactados por las partes para ser evacuados en forma previa a la convocatoria del Tribunal, no inhibe la integración del mismo.

En efecto, de acuerdo con los contratos suscritos por la E.T.B. y Telefónica, en todos los asuntos que involucraran la interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación de esos contratos, las partes buscarían solucionar de forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Así las cosas, decidieron acudir a los siguientes “*medios de solución de controversias contractuales*”: **1. COMITÉ MIXTO DE INTERCONEXIÓN:** (...) Si en el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de la primera reunión, en la cual el mencionado comité sesiona tratando el tema motivo de diferencia, no se ha llegado a un arreglo directo, las partes acudirán a una segunda instancia de arreglo directo, contemplada en el siguiente literal. **2. REPRESENTANTES LEGALES DE LAS EMPRESAS CONTRATANTES:** (...). **3. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS:** Vencido el plazo anterior sin que existiere acuerdo, las partes deberán decidir conjuntamente, dentro del término de tres (3) días hábiles siguientes, si solicitan la intervención dirimente de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones o del Ministerio de Comunicaciones, según su competencia. **En caso de no darse una decisión conjunta dentro del término señalado, las partes acudirán al Tribunal de Arbitramento, contemplado en el siguiente numeral. 4. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO:** En los casos en que las partes estén de acuerdo en no acudir a la C.R.T. [Comisión de Regulación de Telecomunicaciones] o al Ministerio de Comunicaciones, (...) se acudirá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento Institucional,”. (Negrilla fuera del texto original).

Dado lo anterior, queda claro que de manera libre y autónoma las partes decidieron acudir a medios de solución de controversias alternativos a la justicia estatal. Así mismo, que sólo en caso de falta de acuerdo de las partes en cada etapa de arreglo directo, o de vencimiento de la misma, quedaba habilitada la etapa siguiente, y que la conformación de un tribunal de arbitramento era la última instancia a la cual se podía acudir. En este sentido, sólo se puede concluir que si la controversia se solucionaba en una de las

etapas se entendía terminado el trámite; igualmente, que la consecución de cada etapa dependía de que se surtiera la anterior.

Entonces, esta Sala concluye que a diferencia de lo afirmado por el Tribunal de Arbitramento, la falta de conformación del Comité Mixto de Interconexión, así como de las demás etapas previstas de manera previa a la conformación de dicho Tribunal, inhabilitaba la constitución de éste y lo hacía incompetente para decidir sobre el conflicto propuesto por Telefónica. Al respecto, es necesario reiterar que el fundamento constitucional y legal de las formas de arreglo directo previstas por las partes de un contrato para la solución de las controversias que surjan entre ellas, se encuentra en su voluntad de someter sus diferencias por fuera del ámbito de la justicia estatal y, en esa medida, no puede entenderse que esta decisión no sea tomada en cuenta a la hora de finiquitar el conflicto y verificar si se agotaron los medios no judiciales previstos para ello.

En este punto, la Sala debe manifestar que no comparte el criterio expuesto por el Tribunal de Arbitramento en su escrito de contestación de la acción, relativo a que admitir la obligatoriedad del agotamiento de etapas previas a la convocatoria del tribunal de arbitramento podría traducirse en la vulneración del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia de Telefónica. Esto por cuanto, como se indicó anteriormente, si se tiene que las partes decidieron resolver sus controversias por fuera de la administración de justicia del Estado, es claro que dicha decisión no puede configurar una violación del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia de quien la toma.

En segunda instancia, aunque en gracia de discusión se aceptara la tesis del Tribunal de Arbitramento en el sentido de afirmar que no era necesario agotar las etapas de arreglo directo previstas antes de su conformación, esta Sala encuentra que aunque era claro que la decisión de la Comisión de Regulación de Telecomunicación hacía incompatible la conformación de un Tribunal de Arbitramento pues el conflicto ya había sido dirimido mediante actos administrativo en firme y que gozaban de la presunción de legalidad -actos administrativos cuya legalidad sólo podía ser cuestionada por la jurisdicción contenciosa y no por la justicia arbitral⁸⁶-, dicho Tribunal asumió la competencia del caso propuesto y concedió las pretensiones de Telefónica.

En efecto, aunque mediante las resoluciones 1269 y 1303 de 2005 la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones decidió que “*TELEFÓNICA MÓVILES*

⁸⁶ Ley 142 de 1994, artículo 73: “*Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrá las siguientes funciones y facultades especiales: (...) 73.8: Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad.*” (Negrilla fuera del texto original).

*COLOMBIA S.A. no tiene derecho a elegir entre las opciones de cargos de acceso definidos en la Resolución CRT 463 de 2001”, con base en las pretensiones incoadas por esa empresa relativas a declarar que la E.T.B. incumplió los contratos celebrados en 1998 dado que no había efectuado la remuneración de los mismos con base en las tarifas de cargo de acceso máximo por minutos, el Tribunal de Arbitramento condenó a la E.T.B. a pagar “el valor establecido como cargo de acceso por tráfico internacional entrante a la red de TMC de su propiedad, determinado en la resolución CRT- 463 de 2001 **“opción 1 cargos de acceso máximos por minuto”** teniendo en cuenta que todas las fracciones se aproximan al minuto siguiente., así como “la suma correspondiente al daño emergente causado a partir del 1 de abril de 2007 y hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, correspondiente a la diferencia entre el valor cancelado por [la] E.T.B. por concepto de cargos de acceso y la tarifa fijada por la Resolución CRT 463 de 2001, **de conformidad con el tráfico cursado por minuto redondeado.**” (Negrilla fuera del texto original).*

De lo anterior se desprende que el laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2007 por el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. se pronunció implícitamente sobre el alcance de los actos administrativos particulares expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, pues con base en las pretensiones de Telefónica condenó a la E.T.B. a pagar “el valor establecido como cargo de acceso por tráfico internacional entrante a la red de TMC de su propiedad, determinado en la resolución CRT- 463 de 2001 **“opción 1 cargos de acceso máximos por minuto”** , a pesar de que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones había decidido que “**TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. no tiene derecho a elegir entre las opciones de cargos de acceso definidos en la Resolución CRT 463 de 2001.**” A juicio de esta Sala, es evidente que con esta actuación, el Tribunal de Arbitramento desbordó la competencia de la justicia arbitral por cuanto a ésta le está vedado pronunciarse sobre los actos administrativos proferidos por una autoridad administrativa en el ejercicio de sus funciones.

Entonces, para esta Sala el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico al pronunciarse sobre un caso ya decidido mediante actos administrativos particulares expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. En este sentido, para esta Sala, la conformación del Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir la controversia contractual entre la E.T.B. y Telefónica era incompatible con las decisiones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, pues la confrontación de dichas decisiones con el ordenamiento constitucional y legal es competencia exclusiva de la jurisdicción permanente y no de personas investidas transitoriamente de funciones judiciales.

Bajo estas circunstancias, en principio, para la fecha en que el Tribunal de Arbitramento profirió su decisión, las resoluciones 1269 y 1303 de 2005 de la

Comisión de Regulación de Telecomunicaciones eran válidas y gozaban de la presunción de legalidad y veracidad de todos los actos administrativos.

De conformidad con lo expuesto, esta Sala concluye que el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico porque (i) no se agotaron las etapas previstas con anterioridad a su conformación; y (ii) aunque en gracia de discusión se aceptara la tesis del Tribunal de Arbitramento en el sentido de afirmar que no era necesario agotar las etapas de arreglo directo previstas antes de su conformación, la decisión de la Comisión de Regulación de Telecomunicación hacía incompatible la conformación de dicho Tribunal pues el conflicto ya había sido dirimido mediante los actos administrativos expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

6.4.2.2 Existencia de defecto sustantivo en el presente caso

El accionante en su demanda (Folios 4 y siguientes del cuaderno 2) indica las razones por las cuales a su juicio existe una vía de hecho por defecto sustantivo.

En primer lugar, al igual que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, el Tribunal de Arbitramento aplicó de manera equivocada el aludido *concepto de integralidad* supuestamente previsto en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001. En efecto, como se señaló anteriormente, en virtud de dicho concepto, el Tribunal pretendió que el tipo de remuneración pactado en algunos de los contratos celebrados por la E.T.B. fuera aplicable a los demás contratos suscritos por la empresa. Al respecto, esta Sala reitera que encuentra equivocado aceptar que debido a que la E.T.B. pactó en otros contratos el pago de acceso por minuto, esta condición contractual *debe* hacerse extensiva a los contratos suscritos por la E.T.B. con Telefónica. Al respecto, se insiste una vez más que la variación sobre los términos en que será ejecutado un contrato, sólo procede por el común acuerdo de las partes y con arreglo a las normas vigentes que regulan la materia, situación que implica que cada uno de los contratos celebrados por la E.T.B. es independiente y autónomo de los demás contratos celebrados por la Empresa, a pesar de que tengan igual objeto o de que la contraparte sea la misma.

En segundo lugar, de igual manera, el Tribunal de Arbitramento, distorsionando la voluntad de las partes sobre la forma de remuneración de los contratos y actuando en contra del ordenamiento jurídico, dio aplicación a la Resolución CRT 463 de 2001, norma expedida con posterioridad a la celebración de los mismos. En efecto, el Tribunal declaró “*que la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** incumplió el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión entre la Red de Telefonía Móvil Celular (RTMC) de **CELUMOVIL S.A.** (hoy **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**) y la Red de Telefonía Pública Conmutada de Larga*

Distancia (RTPCLD) de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (hoy EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.) celebrado con esta entidad el 13 de noviembre de 1998” Sin embargo, luego de aceptar que los contratos en comento fueron celebrados en 1998, decidió “Ordenar a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. que cumpla los contratos de que tratan los numerales primero y segundo anteriores, pagando a la sociedad demandante, desde la fecha de ejecutoria de este laudo, el valor establecido como cargo de acceso por tráfico internacional entrante a la red de TMC de su propiedad, determinado en la resolución CRT-463 de 2001 “opción 1 cargos de acceso máximos por minuto” teniendo en cuenta que todas las fracciones se aproximan al minuto siguiente.” (Subraya fuera del texto original).

Al respecto, se insiste en que a la luz del ordenamiento jurídico, no es aceptable que se pretenda aplicar a un contrato las normas posteriores a la celebración del mismo o incluso, aquellas cuya aplicación no ha sido validamente definida por las partes, tal y como hizo el Tribunal de Arbitramento al conceder las pretensiones incoadas por Telefónica en su demanda.

Así, es necesario concluir que la E.T.B. no se encuentra obligada a acogerse a las mismas condiciones de remuneración en todos sus contratos, pues cada relación contractual es diferente y autónoma de las demás. El hecho de que haya optado por una remuneración en particular en algunos contratos de interconexión celebrados con otros operadores o con el mismo operador celular -en este caso Telefónica-, no es una razón suficiente para pretender obligar a la Empresa a aceptar ese tipo de remuneración en sus demás contratos. Esto es contrario a derecho y viola la autonomía y voluntad de la E.T.B. para contratar.

En tercer lugar, aunque se aceptara la competencia de la Comisión de Regulación para expedir normas de intervención económica como la Resolución 463 de 2001, y la procedencia de aplicar a los contratos en cuestión regulaciones posteriores a su celebración como lo hizo la misma Comisión y el Tribunal accionado, es inaceptable pretender ajustado a derecho que la remuneración de los contratos de interconexión se efectúe de conformidad con el cargo de acceso por minuto en los casos en que los usuarios del servicio emplean menos de treinta segundos en la comunicación. En efecto, para efectos del cobro, eventualmente la aproximación al minuto sólo tiene sentido si los usuarios utilizan por más de treinta segundos el servicio, de otra forma esta tarifa resulta desproporcionada y afecta seriamente los derechos de los consumidores.

En cuarto lugar, esta Sala resalta que de conformidad con los numerales sexto y octavo de la parte resolutive del laudo arbitral aludido, el Tribunal de Arbitramento condenó a la E.T.B. a pagar a favor de Telefónica por concepto de **daño emergente causado desde el 22 de agosto de 2002 hasta el 31 de**

marzo de 2007, la suma \$109.275.241.595, derivado del incumplimiento de los contratos de interconexión celebrados en 1998, así como la suma correspondiente al **lucro cesante** originado en el mismo incumplimiento, correspondiente a los **intereses de mora** causados **desde el 22 de agosto de 2002 hasta la fecha en que se realice el pago**.

De acuerdo con el laudo arbitral del 7 de noviembre de 2007, el Tribunal tomó el 22 de agosto de 2002 como fecha de inicio para calcular el pago del daño emergente y lucro cesante correspondientes al incumplimiento del contrato, pues en esa fecha la E.T.B. dio respuesta a la oferta que le formuló Telefónica de acogerse a las modalidades establecidas en la Resolución CRT 463 de 2001, *“optando por una alternativa no admitida por la regulación, a la luz del principio de integralidad,⁸⁷”*.

Al respecto, esta Sala reitera que encuentra equivocado aceptar que en virtud del *“concepto de integralidad”*, se obligue a la E.T.B. a aceptar un tipo de remuneración específica en todos los contratos de interconexión que suscriba. Como se señaló anteriormente, en criterio de la Sala esa interpretación del denominado concepto de integralidad resulta contraria al ordenamiento jurídico y vulnera los derechos de la esa Empresa.

Así mismo, aunque se aceptara que el Tribunal tenía competencia para decidir el caso puesto a su consideración y ordenar la aplicación de normas expedidas con posterioridad a la celebración de los contratos suscritos entre la E.T.B. y Telefónica, dicha decisión sólo podía considerar los elementos fácticos y jurídicos posteriores a la expedición de las resoluciones 1269 y 1303 de 2005 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Esto por cuanto, dado que la Comisión ya se había pronunciado sobre las opciones posibles para remunerar los contratos celebrados entre la E.T.B. y Telefónica, se entiende que la controversia respecto del supuesto incumplimiento de los contratos suscitado desde 1998 hasta 2005 ya había sido resuelto y, como se sostuvo en varios apartes de esta sentencia, las decisiones de la Comisión sólo podían ser desvirtuadas por la jurisdicción contenciosa administrativa y no por la justicia arbitral.

6.4.3 De otro lado, esta Sala encuentra que en sentencia del 21 de agosto de 2008, la Sección Primera del Consejo de Estado declaró la nulidad de la expresión *“A partir del primero de enero de 2002”*, contenida en el artículo 4.2.2.19 y 4.3.8 de la Resolución CRT 489 de 2002; y de la expresión *“o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución para todas sus interconexiones”*, contenida en el artículo 9 de la Resolución CRT 489 de 2002.

⁸⁷ Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., laudo arbitral del 7 de noviembre de 2007, Pág. 199 (Folio 282, cuaderno 2).

En su sentencia, el Consejo de Estado precisó que aunque la Resolución CRT 463 de 2001 -acto administrativo mediante el cual la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones fijó las opciones de cargo de acceso que debían pagar quienes demandaban la interconexión, y fundamento jurídico de la condena impuesta por el Tribunal de Arbitramento a la E.T.B. y de las resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005- modificó los títulos IV y V de la Resolución CRT 087 de 1997, el artículo 3 de la Resolución CRT 469 de 2002 expresamente derogó las normas contenidas en el Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997.

En este sentido, el Consejo de Estado advirtió que a pesar de lo anterior, el artículo 2 de la Resolución CRT 489 de 2002 revivió el Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997 al disponer: “*Artículo 2º. El Título IV de la Resolución 087 de 1997 quedará así...*”

Con base en lo expuesto, el Consejo de Estado señaló:

“[R]esulta contradictorio que el artículo 2 de la Resolución 489, contentivo de los numerales acusados [4.2.2.19, 4.3.8 y 9], esté refiriéndose al Título IV de la Resolución 087 de 1997, para disponer obligaciones a los operadores telefónicos, con retroactividad al primero de enero de 2002, siendo que el 4 de enero de 2002 se expidió la Resolución 469, cuyo artículo 3º derogó expresamente el Título IV de la Resolución 087 de 1997, título éste que a su vez, había sido modificado y adicionado por la Resolución 463 [de 2001].

(...)

Teniendo en cuenta que, como ya se dijo, la expresión ‘a partir del primero de enero de 2002’, contenida en los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 del artículo 2º de la Resolución 489 [de 2002], no está llamada a producir efectos, pues los mismos fueron regulados por la Resolución 463 de 2001, derogada en lo que a dicho título se refiere por la Resolución 469 [de 2002], artículo 3, necesariamente la nulidad de tal expresión incide en el artículo 9º también acusado, (...)pues precisamente respecto de estas condiciones es que la CRT pretende hacer producir efectos desde el ‘primero de enero de 2002’, no obstante el referido numeral fue adicionado mediante la Resolución 463 [de 2001], que conforme al artículo 3º de la Resolución 469 [de 2002], debe entenderse derogada, ya que su objeto recae sobre el título IV de la Resolución 087 [de 1997], expresamente derogado.

En consecuencia, el párrafo del artículo 9º relativo a que ‘los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución 463 de 2001’, se entiende ajustado a la legalidad, pues el mismo se sustrae de los alcances de la citada Resolución 463, cuyos numerales adicionados, que fueron

compilados por la Resolución 489 acusados, no podían producir efectos, por las razones antes anotadas.” (Negrilla fuera del texto original).

Entonces, para esta Sala es claro que el fundamento jurídico de la condena impuesta por el Tribunal de Arbitramento a la E.T.B., particularmente las disposiciones relativas a la fecha a partir de la cual los operadores telefónicos debían ofrecer opciones de cargos de acceso a los operadores que demanden interconexión y la obligación de éstos de acogerse a una de dichas opciones, fueron declaradas nulas por la autoridad competente, y por tanto, han desaparecido del ordenamiento y no pueden ser el fundamento jurídico de decisión alguna.

Así las cosas, en virtud de la nulidad de las disposiciones atacadas ante el Consejo de Estado y del decaimiento de los actos administrativos posteriores cuyo fundamento son esas disposiciones -entre ellos las resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005-, es razonable sostener que la E.T.B. podrá mantener las condiciones de remuneración pactadas en los contratos de Acceso, Uso e Interconexión de redes telefónicas celebrados el 11 y 18 de noviembre de 1998, frente a Telefónica Móviles Colombia S.A., pues como se señaló anteriormente, en criterio del alto Tribunal, *“el párrafo del artículo 9° relativo a que ‘los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución 463 de 2001’, se entiende ajustado a la legalidad, pues el mismo se sustrae de los alcances de la citada Resolución 463, cuyos numerales adicionados, que fueron compilados por la Resolución 489 acusados, no podían producir efectos, por las razones antes anotadas.”*

6.4.4 Ahora bien, esta Corte considera que a diferencia de lo sostenido por los jueces de instancia, la condena impuesta a la E.T.B. por el Tribunal de Arbitramento acusado sí causa un perjuicio a la Empresa. En efecto, aunque el auto mediante el cual se admitió el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral suspendió los efectos del mismo, es claro que los intereses moratorios decretados se seguirán causando hasta que se realice el pago de la suma impuesta en el laudo referido, toda vez que éste ordenó: ***“OCTAVO: Condenar a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. a pagar a TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., la suma correspondiente al lucro cesante derivado del incumplimiento de los contratos a que se ha hecho referencia en los numerales primero y segundo anteriores, correspondiente a los intereses de mora causados desde el 22 de agosto de 2002 hasta la fecha en que se realice el pago.”*** (Subraya fuera del texto original). En este sentido, esta Corporación comparte lo sostenido por el Ministerio Público durante el trámite de la presente acción, al indicar que al momento de considerar el perjuicio causado a la E.T.B. en virtud de la decisión arbitral, los jueces de instancia no tuvieron en cuenta las considerables sumas de dinero que debe pagar la Empresa a Telefónica en cumplimiento del laudo acusado, así como el carácter público de los recursos debidos a la empresa privada demandante.

6.5 En virtud de lo expuesto, debido a que quedó demostrado que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la E.T.B., la Corte Constitucional revocará la decisión adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta, y en su lugar, concederá la protección del derecho fundamental conculcado. En tal sentido, declarará la nulidad del laudo arbitral en comento.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- REANUDAR el término para resolver la revisión, suspendido por esta Sala mediante Auto del día 23 de septiembre de 2008.

Segundo.- REVOCAR la decisión adoptada el cinco (5) de junio de 2008 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. contra el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., con vinculación oficiosa de Telefónica Móviles Colombia S.A., la Procuraduría Cuarta Judicial Administrativa de Bogotá, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Ministerio de Comunicaciones, y en su lugar, **CONCEDER** la tutela del derecho fundamental al debido proceso.

Tercero.- DECLARAR la nulidad del laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2007 por el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., dentro del trámite dado a la demanda arbitral instaurada por Telefónica Móviles Colombia S.A. contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

Cuarto.- DESE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado Ponente

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ
Magistrada (E)
Con salvamento de voto

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA
CLARA ELENA REALES GUTIERREZ**

A LA SENTENCIA T-058/09

ACCION DE TUTELA-Improcedencia como mecanismo principal cuando se encuentra en trámite el recurso de anulación contra el laudo arbitral (Salvamento de voto)

La coincidencia de los defectos señalados por el accionante para sustentar la supuesta existencia de un defecto orgánico y procedimental y los que respaldan el recurso de anulación que se está tramitando simultáneamente ante el Consejo de Estado, en particular los relativos a la falta de competencia del tribunal, hacían improcedente la acción de tutela como mecanismo principal. Los reproches acerca de la competencia del Tribunal como fundamento de vulneración del derecho al debido proceso pueden ser, y han sido, admitidos por el Consejo de Estado para su estudio mediante los recursos de anulación de laudos arbitrales. En consecuencia, la presente controversia, incluida la protección del derecho al debido proceso del accionante, puede ser idónea y efectivamente tramitada a través del recurso de anulación, volviendo improcedente la acción de tutela como mecanismo principal. En resumen, las causales para la anulación de los laudos arbitrales, así como también la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, protegen el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia de la ETB. Por ello, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha señalado la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo principal cuando está en curso el trámite el recurso de anulación del laudo arbitral.

ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES POR FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO-
Jurisprudencia del Consejo de Estado (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Procedencia excepcional por vía de hecho establecido en la SU-174 de 2007 (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA-Improcedencia como mecanismo transitorio por no configurarse la existencia de un perjuicio irremediable (Salvamento de voto)

*La presente decisión de tutela también se aparta de la jurisprudencia de la Corte acerca de la existencia de un perjuicio irremediable. En el asunto bajo estudio no se estaba ante un perjuicio irremediable que cumpliera los requisitos exigidos por la Corte Constitucional, a saber: que fuera (a) **inminente**, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (b) **grave**, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (c) que las medidas*

*que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean **urgentes**; y (d) que la acción de tutela sea **impostergable** a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. A pesar de la alta cuantía de dinero que involucra el presente proceso, la ejecución del laudo cuestionado se encontraba suspendida, por lo que no se trataba de un perjuicio inminente que requiriera medidas urgentes y por lo mismo, la tutela era postergable. En el caso que se analiza en esta ocasión, la suspensión del laudo arbitral mediante dentro del recurso de anulación hizo desaparecer la inminencia del supuesto perjuicio. Adicionalmente la ETB no alegó que su existencia como persona jurídica dependiera del no pago de los daños y perjuicios ordenados por el Laudo Arbitral. A dicha deducción tampoco se puede llegar de manera independiente. Adicionalmente, la jurisprudencia es clara en que los daños económicos no generan por sí solos un perjuicio irremediable, por más de que su cuantía sea elevada. En el caso que se analiza en esta ocasión, la suspensión del laudo arbitral mediante dentro del recurso de anulación hizo desaparecer la inminencia del supuesto perjuicio. Adicionalmente la ETB no alegó que su existencia como persona jurídica dependiera del no pago de los daños y perjuicios ordenados por el Laudo Arbitral. A dicha deducción tampoco se puede llegar de manera independiente.*

ACCION DE TUTELA-Inexistencia de defecto sustantivo (Salvamento de voto)

El laudo arbitral contra el que se interpone la tutela, no incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo. Lejos de esto, los argumentos y el análisis de dicha providencia fueron razonables, balanceados y exhaustivos en confrontar y rebatir uno a uno los argumentos de la ETB y no se advierte en ellos un error manifiesto o una arbitrariedad. Por esta razón, consideré que la decisión de tutela se aparta de la jurisprudencia constitucional acerca la configuración de los defectos orgánico, procedimental, fáctico y sustantivo en las providencias judiciales y sobre el papel que tiene el juez de tutela al examinar una supuesta vulneración del derecho al debido proceso por parte de una providencia judicial.

PROCESO ARBITRAL-Tribunal de arbitramento no incurrió en ningún defecto en cuanto a la decisión de avocar competencia para decidir el caso (Salvamento de voto)

SENTENCIA DE TUTELA-No refuta los argumentos del laudo arbitral y no existen razones para demostrar que la providencia incurrió en vía de hecho (Salvamento de voto)

El fundamento de la decisión de tutela es en realidad una diferencia de criterio acerca de si la etapa del CMI excluye a la etapa arbitral. Pero en la sentencia no se refutan los argumentos del laudo. No se indica la razón por la cual su interpretación del contrato es equivocada o arbitraria. Tampoco se

contradice el análisis probatorio que estableció que en realidad dicha etapa sí se había agotado. El análisis realizado en la sentencia se dirige a mostrar la manera como el magistrado hubiere solucionado el problema; pero no expone razones tendientes a demostrar que la providencia acusada incurre en un defecto protuberante. De otra parte, la sentencia de tutela señala que el Tribunal incurrió en un defecto orgánico. Contra este argumento es posible hacer dos reproches: Primero, de nuevo, en la sentencia no se tienen en cuenta los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Arbitramento para contradecir la posición asumida por la ETB en el proceso arbitral y en la acción de tutela. No se hace siquiera mención del razonamiento del Tribunal. De nuevo, ante dicha omisión es imposible concluir que en el laudo se incurrió en una vía de hecho. Segundo, es equivocada la lectura que la Sala hace de las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005 a partir de la cual concluye que el Laudo modificó dichos actos. Al contrario, en el Laudo se confirmó la apreciación legal realizada en las mencionadas resoluciones.

PROCESO ARBITRAL-Tribunal de arbitramento no incurrió en un defecto sustantivo al definir el mecanismo de remuneración (Salvamento de voto)

VIA DE HECHO CONTRA LAUDO ARBITRAL-La sentencia de tutela no respetó el precedente/**VIA DE HECHO CONTRA LAUDO ARBITRAL**-La Sala no fundamentó que los argumentos desarrollados en el laudo incurrieran en vía de hecho y no se evaluó el razonamiento adelantado por el Tribunal de Arbitramento (Salvamento de voto)

La misma providencia de la que difiero cita varias sentencias en las que se exponen los criterios para decidir si en un laudo arbitral se incurre una vía de hecho y si en consecuencia es procedente una acción de tutela en su contra. Al aplicar los criterios establecidos en la sentencia SU-174 de 2007 al caso bajo estudio, observamos que la Sala no respetó el precedente. En el presente asunto la Sala de tutela no fundamentó que los argumentos desarrollados en el Laudo fueran errores protuberantes y manifiestos, tal como es necesario para que una providencia de un Tribunal de Arbitramento pueda incurrir en un defecto sustancial, orgánico, fáctico o procedimental. La providencia de tutela ni siquiera considera los argumentos del Laudo. La Sala decide que en éste se incurre en una vía de hecho sin evaluar el razonamiento adelantado por el Tribunal y sin señalar por qué lo consideraba arbitrario, irrazonable o producto de un error manifiesto. Aún menos probó que existía una vía de hecho.

Referencia: expediente T-1960031

Acción de tutela instaurada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. contra el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs.

Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., con vinculación oficiosa de Telefónica Móviles Colombia S.A., la Procuraduría Cuarta Judicial Administrativa de Bogotá, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Ministerio de Comunicaciones.

Magistrado Ponente:
Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, a continuación expongo las razones que me llevaron a salvar el voto en la sentencia que T-058 de 2009, adoptada por la Sala Primera de Revisión. Las razones de mi discrepancia se resumen en el desconocimiento de los precedentes jurisprudenciales en materia de tutela contra laudos arbitrales, en relación con tres puntos: (i) la procedencia de la tutela como mecanismo principal cuando se encuentra en trámite el recurso de anulación contra el laudo cuestionado; (ii) la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela como mecanismo transitorio; y (iii) el papel del juez de tutela al examinar la supuesta existencia de un defecto sustantivo en un laudo arbitral.

1. Improcedencia de la presente acción de tutela como mecanismo principal.

1.1. La coincidencia de los defectos señalados por el accionante para sustentar la supuesta existencia de un defecto orgánico y procedimental y los que respaldan el recurso de anulación que se está tramitando simultáneamente ante el Consejo de Estado, en particular los relativos a la falta de competencia del tribunal, hacían improcedente la acción de tutela como mecanismo principal.

La sentencia de la que me aparto considera que la acción de tutela presentada por la ETB era procedente a pesar de que, para la fecha en que se profirió esta sentencia, aún no se había decidido el recurso de anulación interpuesto por dicho organismo contra el laudo arbitral. Señala la sentencia que *“la finalidad de dicho recurso no es la protección de los derechos fundamentales invocados”*, que *“los mecanismos de control del procedimiento arbitral no fueron diseñados por el legislador para revisar integralmente la controversia resuelta por los árbitros”*, y que *“las causales para acudir al recurso de anulación son limitadas y prevén la posibilidad de atacar un laudo arbitral por aspectos de naturaleza esencialmente formal.”* Más específicamente, la sentencia indica que el Consejo de Estado *“no actúa como juez de segunda instancia del Tribunal de Arbitramento ni como máximo juez de los derechos fundamentales [...], sólo se pronuncia sobre errores in procedendo y no sobre errores in judicando en que hayan podido incurrir los tribunales de arbitramento al proferir sus laudos.”* Por estas razones, concluye para el caso concreto que *“el recurso de anulación no es idóneo para obtener la protección constitucional invocada, pues la legislación y la jurisprudencia*

restringen las facultades del juez que conoce de dicho recurso a la valoración de las causales previstas en las normas que regulan la materia, y a su vez, a las alegadas por el interesado.” La acción de tutela interpuesta por la ETB se funda en argumentos similares a los invocados en el recurso de anulación: que el tribunal de arbitramento, por carecer de competencia para dirimir la controversia planteada por Telefónica, había vulnerado sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

1.2. Los reproches acerca de la competencia del Tribunal como fundamento de vulneración del derecho al debido proceso pueden ser, y han sido, admitidos por el Consejo de Estado para su estudio mediante los recursos de anulación de laudos arbitrales. En consecuencia, la presente controversia, incluida la protección del derecho al debido proceso del accionante, puede ser idónea y efectivamente tramitada a través del recurso de anulación, volviendo improcedente la acción de tutela como mecanismo principal.

En efecto, la acción de tutela controvierte la competencia del tribunal de arbitramento para resolver la disputa entre la ETB y Telefónica. Considera que (i) el contrato entre la ETB y Telefónica establecía que antes de acudir a un tribunal de arbitramento, había de finalizar una etapa de resolución de conflictos consistente en acudir a un Comité Mixto de Interconexión (CMI), lo cual, en su entender, no sucedió en este caso. Adicionalmente la sentencia de la que me aparto señala que el laudo modifica y “*deja sin efectos*” las resoluciones 1269 de 2005 y 1303 de 2005 de la CRT, que ya habían resuelto el conflicto entre la ETB y Telefónica, y por lo tanto, el Tribunal, al pronunciarse incurrió en una vía de hecho, pues un tribunal de arbitramento no cuenta con la competencia de reformar actos administrativos.

1.3. Los dos argumentos descritos se refieren a la competencia del Tribunal de Arbitramento para resolver el conflicto ente ETB y Telefónica. En ambos casos se cuestiona su capacidad para constituirse y para solventar el debate entre las dos organizaciones y, por lo mismo, pueden ser valorados en el recurso de anulación. Las causales de anulación de los laudos arbitrales incluyen el “*no haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.*”⁸⁸ Bajo esta norma, el Consejo de Estado puede decidir que el Tribunal contra el cual se interpone la acción de tutela no tenía competencia para conformarse, bien sea en razón a que no se agotó la etapa relativa al CMI, o porque el Tribunal no era competente para resolver un tema que ya había sido solucionado por un acto administrativo. De esta manera, el recurso de anulación es efectivo para proteger los derechos al debido proceso o al acceso a la justicia que considera vulnerados por el laudo.

⁸⁸ Segunda causal del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Las causales de anulación de los laudos arbitrales respecto de controversias contractuales (artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y artículo 230 del Decreto 1818 de 1998) ya han sido integradas con las causales de anulación respecto de los laudos en controversias entre particulares del artículo 163 precitado.

1.4. Así, en varias sentencias el Consejo de Estado ha señalado cuándo procede la anulación de laudos arbitrales por falta de competencia del tribunal de arbitramento. Así en la sentencia del 3 de diciembre de 2008, Expediente No.35.483,⁸⁹ se señaló lo siguiente:

La Sala ha considerado, además, que la aludida causal contenida en el numeral 4, artículo 72 de la ley 80 de 1993, que corresponde a la contemplada en el numeral 9, artículo 38 del decreto ley 2279 de 1989, comprende eventos de incompetencia, cuando se somete al juzgamiento de los árbitros la legalidad de los actos administrativos, en el entendido de que esta materia no es transigible. Así en sentencia proferida el 23 de febrero de 2000, explicó:

*“(…)no todas las controversias que se susciten entre la administración y los particulares pueden ser objeto de conciliación o de transacción, puesto que de ello deben excluirse aquellas controversias o discrepancias que tengan relación directa con los poderes y prerrogativas propias del poder público, de las cuales no puede válidamente la administración desprenderse o renunciar, en la medida en que tales poderes y facultades le son otorgadas por la Constitución y la Ley como uno de los medios para atender y satisfacer las necesidades de los administrados y, en general, para proveer a la realización de los fines esenciales del Estado, de donde surge de modo necesario e indiscutible la imposibilidad de disposición y negociación de tales materias. La protección de los derechos de los particulares en este campo encuentra soporte y garantía, de una parte, en los mecanismos de autocontrol de la administración, como lo son la vía gubernativa y la revocatoria directa y, de otra, en el control judicial que de los actos administrativos está asignado al juez contencioso administrativo, sin perjuicio de que pueda acudir a otros medios y acciones de control y de defensa que consagran la Constitución y la Ley.”*⁹⁰
(Subraya por fuera del texto original)

Con fundamento en que el ejercicio del poder público no es una materia susceptible de transacción, la Sala consideró, en la providencia precitada que la justicia arbitral carece de facultad legal para juzgar la legalidad de los actos administrativos “*en los cuales la administración ejerce las potestades exorbitantes que en materia de contratación le atribuye la ley, como por ejemplo, entre otros, cuando declara el incumplimiento unilateral del contratista; ni tampoco le es factible pronunciarse sobre los efectos de ese tipo de actos, y menos restarles su eficacia, toda vez que, sólo es posible someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento*

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, 3 de diciembre de 2008, Ref. Recurso de anulación laudo arbitral (exp.35.483)

⁹⁰ Sentencia de febrero 23 del 2000, Exp. 16394, Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

aquellas controversias contractuales que versen sobre aspectos susceptibles de transacción. (...)”

Mediante el análisis de lo previsto en la Constitución y en la ley, la Sala en sentencia 19090 del 23 de agosto de 2001, expresó:

“La competencia atribuida a los árbitros, dentro de esos límites, se traduce en la facultad para conocer y para pronunciarse; el quebranto a esa regla de atribución, por exceso o por disminución se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal en comento, prevista en el numeral 4 del artículo 72 de la ley 80 de 1993.

Para deducir el espacio de competencia de los particulares en función judicial, desde un punto de vista positivo, o su límite, desde un punto de vista negativo, es necesario remitirnos a la Constitución de 1991, la cual los facultó expresamente para administrar justicia en forma transitoria en calidad de árbitros o conciliadores, dictar fallos en derecho o en equidad cuando las partes involucradas en el conflicto así lo dispusieran (...).

*Partiendo de la base constitucional de atribución de competencia, el Congreso delimitó la de los árbitros a las materias de controversia que sean susceptibles de transacción; es así como inicialmente **la ley 23 de 1991 – Art. 96** - que reformó el 1° del decreto ley 2.279 de 1989 dispuso que podrán someterse a arbitramento las controversias **susceptibles de transacción** que surjan entre personas capaces de transigir.*

*A su vez dicha norma fue modificada por el **artículo 111 de la ley 446 de 1998**; esta disposición al referirse al arbitraje mantuvo como materia de arbitramento los conflictos susceptibles de transacción.*

Ese terreno del arbitramento, señalado por el legislador, permite inferir que la función de los árbitros está limitada y por tanto no es abierta, no sólo respecto de la transitoriedad de su operador jurídico (sujeto activo de la definición) sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento (objeto del mecanismo); así lo definió la jurisprudencia constitucional.

La Sala advierte que dentro del ámbito de competencia del arbitramento dirigido a la solución de conflictos contractuales estatales, no se encuentra comprendido el control jurídico de los actos administrativos; (...)”

Así también, en sentencia de 4 de julio de 2002, Exp. 21.217:

“...Se ha entendido que dicha causal tiene que ver con el principio de la congruencia, que consiste en que laudo arbitral deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, y con las excepciones que aparezcan probadas y que hubieren sido alegadas. La causal prospera cuando el laudo decide más allá de lo pedido, esto es, ultra petita o, cuando el laudo decide sobre puntos no sometidos a la decisión arbitral, es decir, extra petita.

Sin embargo, dicha causal es aplicable también cuando los árbitros exceden los límites de su competencia determinada en la ley. (...)...”

Las anteriores posturas fueron reiteradas recientemente por la Sala entre otras⁹¹, en sentencia del 13 de agosto de 2008, expediente 34912, cuando concluyó:

“En suma, aunque la falta de competencia, desde la perspectiva procesal de los juicios de instancia constituye un hecho constitutivo de nulidad insaneable (art. 140 No. 2 del CPC), en cuanto al recurso de anulación se refiere, materialmente, según lo ha explicado la Sala en varias oportunidades, se encuadra en la causal de “Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido” (Numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, o numeral 4 del artículo 72 original de la Ley 80 de 1993), pues, en esencia, lo que envuelve esta causal de anulación es que los árbitros se han extralimitado total o parcialmente en su competencia, al otorgar más de lo pedido o resolver asuntos que no estaban sometidos a arbitramento por la ley, el pacto arbitral y las pretensiones y excepciones formuladas en el proceso.”⁹²

1.5. Además, a pesar de la aparente rigidez del recurso de anulación, el Consejo de Estado ha proferido sentencias mediante las cuales amplía la interpretación de las causales de anulación de los laudos arbitrales. Así, entre otras providencias, esa Corporación ha estudiado la posible aplicación de la causal de nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, aún cuando la misma no se encuentra explícitamente consagrada como una causal para solicitar la nulidad de laudos surgidos de contratos regidos por la Ley 80 de 1993. Ha dicho el Consejo de Estado que *“(...)cabe el pronunciamiento de anulación de laudos por fuera de las citadas causales establecidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes eventos a saber: a) cuando exista nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, caso en el*

⁹¹ Sentencia proferida el 6 de marzo de 2008; expediente 34.193.

⁹² Providencia que a la vez fue reiterada en sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente 34302.

*cual procede su declaratoria incluso de oficio y, por ende, invalida también el laudo (...)*⁹³.

En otra sentencia, el Consejo de Estado se refirió a una causal de nulidad de los laudos arbitrales no fijada expresamente en la Ley. Indicó que procedía la nulidad del laudo, por violación del artículo 29 de la Constitución, cuando en el proceso se habían obtenido pruebas con violación del debido proceso: *“(…) procede la causal de nulidad de pleno derecho por la obtención de prueba con violación del debido proceso, establecida en el artículo 29 de la Constitución, pues si bien es cierto que las causales de nulidad son las establecidas taxativamente en la ley, lo cual contribuye ‘a la realización jurídica y material del debido proceso y a la seguridad jurídica’, la disposición constitucional citada establece una causal adicional que por mandato del artículo 4 ibídem impera sobre cualquiera otra disposición de orden inferior. La causal de nulidad referida afecta sólo la prueba viciada o puede comprometer la decisión cuando aquélla constituye su fundamento.”*⁹⁴

1.6. En resumen, las causales para la anulación de los laudos arbitrales, así como también la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, protegen el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia de la ETB. Por ello, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha señalado la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo principal cuando está en curso el trámite el recurso de anulación del laudo arbitral.

Así, en la sentencia SU-174 de 2007, se reiteró que la acción de tutela contra laudos arbitrales sólo es admisible cuando en dichas actuaciones se incurre en una vía de hecho que implique una vulneración directa de un derecho fundamental. El carácter excepcional de la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales se deriva de: *“(a) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales, (b) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje, (c) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales, y (d) la procedencia taxativa de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros.”*

En esta providencia se especificó la doctrina de las vías de hecho para adaptarse a las características propias del proceso arbitral. En relación con la vía de hecho por defecto sustantivo, la Corte afirmó que sólo se configura cuando: *“el laudo, al fundarse en una norma clara y evidentemente*

⁹³ En esta sentencia el Consejo de Estado declaró infundado el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver un conflicto entre el Distrito turístico, cultural e histórico de Santa Marta, en calidad de parte convocada en el trámite arbitral, y la Sociedad concesionaria obras y proyectos del caribe S.A. Sentencia del 8 de junio de 2006, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio

⁹⁴ En esta sentencia el Consejo de Estado negó el recurso de anulación interpuesto por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil contra el laudo arbitral proferido por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre esta entidad y la Planta Terminal de Distribución de Productos del Petróleo Antioquia S.A. -Terpel Antioquia S.A. Sentencia del 19 de junio de 2000, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque

inaplicable al caso concreto, ha vulnerado de manera directa un derecho fundamental. Las discrepancias interpretativas o los errores argumentativos no tienen la entidad suficiente para que se configure una vía de hecho. En efecto, las interpretaciones de la ley y del contrato efectuadas por los árbitros gozan, como se vio, de una sólida protección constitucional debido a que las partes de forma voluntaria les han confiado la resolución de sus controversias a pesar de haber podido seguir la regla general de acudir a la justicia estatal. En esa medida, únicamente se configura una vía de hecho por defecto sustantivo cuando con el fundamento esencial del sentido del laudo se vulnera de manera directa un derecho fundamental.”

La vía de hecho por defecto orgánico, según la Corte “*tiene requisitos particularmente exigentes para su configuración, puesto que [...], los tribunales arbitrales tienen un margen autónomo de interpretación para determinar el alcance de su propia competencia. En consecuencia, para que se presente este tipo de vía de hecho es necesario que los árbitros hayan obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la ley, al pronunciarse sobre materias no transigibles. Así mismo, dado que las causales de procedencia del recurso de anulación incluyen hipótesis relativas a la falta de jurisdicción o competencia del tribunal, es indispensable que se haya interpuesto dicho recurso en forma oportuna contra el laudo que se ataca, y que luego de su resolución subsista el defecto orgánico. Las meras discrepancias respecto de la interpretación de la propia competencia efectuada por el tribunal arbitral no son suficientes para configurar este tipo de vías de hecho. Dado que son en principio los árbitros quienes están llamados a decidir el alcance de su competencia con base en la habilitación de las partes, el juez de tutela sólo podrá determinar si han incurrido en un exceso manifiesto, por salirse en forma protuberante del ámbito de su competencia.”*

Por su parte, el defecto procedimental en laudos arbitrales “*se configura cuando se ha adoptado el laudo en forma completamente por fuera del procedimiento establecido legal o convencionalmente para el proceso arbitral respectivo, y con ello (a) se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción de las partes, o de una garantía constitucional integrante del derecho fundamental al debido proceso, y (b) dicha vulneración directa de derechos fundamentales ha sido determinante del sentido del laudo atacado, es decir, si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una decisión arbitral distinta en ese caso concreto”*

Finalmente, el defecto fáctico se da en los eventos en que “*los árbitros han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso, han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable [...], eventos que conllevan una vulneración directa de derechos fundamentales. Es necesario que en estos casos, el defecto haya sido determinante del sentido de la*

decisión finalmente plasmada en el laudo. Al igual que con los otros tipos de vía de hecho, es indispensable que las partes interesadas hayan hecho uso de los recursos que consagra el ordenamiento jurídico para controlar el laudo que les afecta, y que con posterioridad a la resolución de dichos recursos, persista el defecto fáctico con clara violación de un derecho fundamental.”

Además, en diferentes ocasiones la Corte ha considerado que el recurso de anulación es idóneo y efectivo para la solución de controversias particulares.⁹⁵

De esta manera, la jurisprudencia de la Corte ha rechazado precisamente los argumentos esgrimidos en la sentencia de la que discrepo.

2. Improcedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio

2.1. La presente decisión de tutela también se aparta de la jurisprudencia de la Corte acerca de la existencia de un perjuicio irremediable. En el asunto bajo estudio no se estaba ante un perjuicio irremediable que cumpliera los requisitos exigidos por la Corte Constitucional, a saber: que fuera (a) **inminente**, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (b) **grave**, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (c) que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean **urgentes**; y (d) que la acción de **tutela sea impostergradable** a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. A pesar de la alta cuantía de dinero que involucra el presente proceso, la ejecución del laudo cuestionado se encontraba suspendida, por lo que no se trataba de un perjuicio inminente que requiriera medidas urgentes y por lo mismo, la tutela era postergable.

Adicionalmente, la jurisprudencia es clara en que los daños económicos no generan por sí solos un perjuicio irremediable, por más de que su cuantía sea elevada. En esta sentencia, ni siquiera se hace referencia a los casos excepcionales en los que la jurisprudencia ha admitido que un daño

⁹⁵ En la sentencia T-608 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa) la Corte consideró que el recurso de anulación del laudo arbitral, que había sido presentado aunque no había sido decidido, le impedía estudiar la tutela presentada por el convocado que consideraba que el laudo arbitral era un vía de hecho: *“Así las cosas, no podría el juez constitucional, y en particular esta Sala de Revisión, invadir la órbita de competencia asignada por la ley al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, decidiendo en forma paralela y casi simultánea sobre el mismo asunto: la presunta ilegalidad del laudo arbitral recurrido. Más aún, si como obra en las pruebas recogidas por esta Sala de Revisión (a folio 276), Fiberglass sustentó el recurso de anulación en varias de las causales consagradas en el artículo 38 del Decreto 2779/89, particularmente las contenidas en los numerales 2°, 8° y 9°, para lo cual utilizó, respecto de las dos últimas, los mismos fundamentos jurídicos que ahora promueven la acusación en sede de tutela; es decir, aquellos dirigidos a demostrar el error de interpretación del tribunal de arbitramento al reconocer la existencia de un contrato de agencia comercial entre las partes y desconocer el de suministro.”* En la sentencia T-1223 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil) la Corte estudió una tutela interpuesta por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que consideraba que un laudo arbitral, en el cual había sido condenada dicha entidad, constituía una vía de hecho, por diversas razones. El Ministerio no había ejercido todos los recursos en el proceso arbitral ni había interpuesto el recurso de anulación del laudo. Para la Corte, los mecanismos de defensa previstos en la Ley eran suficientes e idóneos, por lo que la tutela resultaba improcedente: *“pero la acción es improcedente, porque el ordenamiento cuenta con mecanismos adecuados para que las partes contradigan las decisiones arbitrales, que los apoderados de La Nación no utilizaron, y la acción de tutela no ha sido establecida para solventar la incuria procesal de las partes.”*

económico resulte en un perjuicio irremediable - aunque resultaba evidente que el presente caso no hacía parte de dichas excepciones.

2.2. La Corte ha considerado los daños económicos no generan perjuicios irremediables desde el punto de vista constitucional. En la sentencia de unificación SU-544 de 2001⁹⁶, la Corte declaró improcedente una acción de tutela entablada contra la decisión de designar a una persona en un cargo público, cuando se alegaba que dicho nombramiento provocaba un perjuicio económico a quien no había sido seleccionado. Acerca de la acción de tutela como mecanismo transitorio, la Corte señaló que *“la medida cautelar reforzada que constituye la tutela como mecanismo transitorio, exige que la amenaza que se cierne sobre los derechos fundamentales de las personas sea de tal naturaleza que, salvo que intervenga la justicia constitucional, se presentará un menoscabo en extremo gravoso para la persona. [...] || En la tutela como mecanismo transitorio, no basta con la existencia de un peligro inminente para el Derecho Fundamental. Se requiere un presupuesto más: que de consumarse la vulneración, se ocasione un perjuicio irremediable. Es decir, que hay urgencia de tomar medidas cautelares, porque de no hacerlo, se consumaría un daño irreparable. [...] || Como corolario de lo anterior, resulta que si el mecanismo principal únicamente permite una indemnización, [...] resulta imposible acudir a la tutela como mecanismo transitorio. En estos casos el perjuicio no es irremediable, porque el ciudadano siempre obtendrá la satisfacción de sus derechos a través de la acción principal, sin peligro alguno de daños irreparables, pues está de por medio una satisfacción meramente patrimonial, que en todo caso le será reconocida de manera integral.”*

Adicionalmente, en la sentencia T-1017 de 2006⁹⁷ la Corte declaró la improcedencia de una tutela interpuesta por una unión temporal a quien se había declarado la nulidad y la liquidación de un contrato de concesión. La accionante estimaba que mientras se controvertía judicialmente dicha decisión se configuraba un perjuicio irremediable por el hecho de que la liquidación del contrato resultaba en la reclamación de unos valores adeudados por ella. La Corte señaló que:

“[...] es claro que los reclamos de la parte demandante no prueban suficientemente la existencia de dicho perjuicio, porque la naturaleza del daño invocado por la unión temporal es económica, al punto que el abogado de la misma reconoce que en la liquidación del contrato, el Municipio de Cali ha decidido cobrar unas sumas de dinero que supuestamente [...] deben ser pagadas por sus clientes.

Ahora bien, la Corte ha reconocido que excepcionalmente controversias que en principio son de naturaleza económica, pueden resultar en la vulneración de

⁹⁶ MP Eduardo Montealegre Lynett, SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Álvaro Tafur Galvis

⁹⁷ MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

derechos fundamentales y en la configuración de perjuicios irremediables que ameritan la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio. En la sentencia SU-219 de 2003⁹⁸ la Sala Plena estudió la admisibilidad de una acción de tutela presentada por varias sociedades que habían constituido un consorcio con el fin de perfeccionar un contrato de concesión con INVIAS para la construcción, mantenimiento y operación de un proyecto vial. Los accionantes buscaban proteger sus derechos fundamentales dado que INVIAS había declarado la caducidad del contrato e inhabilitado a los socios del consorcio para contratar con el Estado por un término de 5 años. La Corte consideró que para verificar la eficacia e idoneidad de la acción contencioso administrativa era necesario analizar si y en dicho caso existía un perjuicio irremediable, pues *“el conflicto planteado trasciend[e] el ámbito puramente legal, sobre la interpretación y aplicación de la ley contractual, para comprender un aspecto de naturaleza constitucional que demande la protección especial del juez de tutela de manera inmediata.”* En esa ocasión, la Sala Plena determinó que era necesario admitir la procedibilidad de la tutela como mecanismo transitorio, pues sin la acción de tutela, las sociedades accionantes perderían la capacidad jurídica para desempeñar y desarrollar su objeto social. Dijo lo siguiente sobre lo que significa para una sociedad contratista *“la reducción prácticamente total del ámbito de su capacidad jurídica”*:

“[C]onstata la Corte que el acto administrativo objeto de análisis en el presente proceso incide de manera grave, directa y prolongada sobre el derecho fundamental de las personas jurídicas a ejercer su personalidad jurídica (artículo 14 C. P.). Uno de los efectos del acto administrativo, en este caso, consiste en impedir que los socios de COMMSA S.A. ejerzan de manera efectiva su capacidad jurídica por el lapso de cinco años, dado que esa es la consecuencia de la inhabilidad sobre sociedades cuyo objeto principal es contratar con el Estado. Constituye un perjuicio irremediable la reducción prácticamente total del ámbito de su capacidad jurídica. De tal manera, que la Corte pasará a analizar si dicho efecto es la consecuencia legítima de un acto administrativo expedido de conformidad con la Constitución, en especial respetando el debido proceso administrativo.”

En el mismo sentido, en la sentencia T-1017 de 2006 precitada la Corte indicó

tampoco encuentra probado un perjuicio de tal magnitud que pudiera poner en peligro la existencia de las empresas que conforman la unión temporal, pese a que el informe de la contadora se refiera a los efectos negativos de la liquidación. Para la Sala, la proyección de los efectos económicos negativos de la liquidación no prueba por sí misma la existencia de un perjuicio irremediable, pues no magnifica sus efectos para el caso concreto. Por demás, los perjuicios derivados de la

⁹⁸ MP Clara Inés Vargas Hernández; SV Álvaro Tafur Galvis.

liquidación del contrato están condicionados por la decisión final que adopte la jurisdicción contencioso administrativa, hecho que impide considerarlos como irremediables. Adicionalmente, respecto de las consecuencias negativas que en el terreno laboral pueden presentarse a raíz de la liquidación del contrato, esta Sala considera que además de que las mismas no pueden ser invocadas por la unión temporal como prueba de un perjuicio irremediable propio, sólo los trabajadores afectados estarían legitimados para invocarlo.”

En síntesis, la jurisprudencia ha señalado que cuando se alega la existencia de un daño económico generado en una controversia contractual como justificación para la procedencia de la acción de tutela proceda como mecanismo transitorio, es necesario que además existan daños distintos de los económicos, tales como la pérdida de la capacidad jurídica para realizar el objeto social de la persona jurídica, que hagan impostergable la acción de tutela.

2.3. En el caso que se analiza en esta ocasión, la suspensión del laudo arbitral mediante dentro del recurso de anulación hizo desaparecer la inminencia del supuesto perjuicio. Adicionalmente la ETB no alegó que su existencia como persona jurídica dependiera del no pago de los daños y perjuicios ordenados por el Laudo Arbitral. A dicha deducción tampoco se puede llegar de manera independiente. En esa medida, no existía un perjuicio irremediable, grave, e inminente que hiciera procedente la tutela como mecanismo transitorio. La presente sentencia de tutela se aparta de esa clara línea jurisprudencia al considerar la eventualidad que daños económicos para una de las partes y el alto monto de los mismos como un perjuicio irremediable.

3. Inexistencia de defectos sustantivos que permitan concluir que se está frente a una vulneración del debido proceso que hicieran procedente la acción de tutela.

3.1. Inexistencia de defectos sustantivos que hicieran procedente la acción de tutela.

Aun cuando considero que la presente tutela ha debido ser declarada improcedente, la sentencia de la que me aparto también señala la existencia de defectos sustantivos que supuestamente hacían procedente la acción de tutela.

En relación con este punto, aun cuando los demandantes se limitaron a alegar la existencia de defectos fácticos, procedimentales y orgánicos, una lectura generosa de la demanda podría llevar a evaluar la posible existencia de un defecto sustantivo no alegado expresamente. Si bien la informalidad de la acción de tutela permite que el juez proteja todos aquellos derechos que resulten vulnerados con la actuación u omisión alegados, así éstos no hayan sido alegados expresamente por las partes, esta posibilidad debe ser estudiada más cuidadosamente cuando se trata de tutela contra providencias judiciales.

A continuación controvierto los argumentos esgrimidos en la sentencia sobre los supuestos defectos sustantivos en que incurrió el laudo arbitral.

En la demanda de tutela se afirma que el laudo atacado incurre en varios defectos que configuran una vía de hecho. Primero, señala la existencia de un defecto orgánico y procedimental, por desarrollar un proceso arbitral sin haber agotado la etapa relativa al comité mixto de interconexión. Segundo, indica que existe un defecto fáctico por no haber tenido en cuenta, o valorado correctamente, pruebas que evidenciaban que no se agotó dicha etapa de solución de controversias. Tercero, sostiene que se incurrió en un defecto orgánico y procedimental por haber alterado el contenido de actos administrativos que gozan de la presunción de legalidad y no pueden ser modificados por un tribunal de arbitramento.

Además, en la sección del escrito de tutela en la que se trata el tema del defecto orgánico y procedimental por modificar actos administrativos, el apoderado de la ETB indica que el laudo arbitral también “*incurrió en una vía de hecho*” al aplicar al caso el régimen de retribución establecido en la resolución 463 de 2001. Este argumento sólo se deduce del escrito de tutela y no se lee directamente de ella. Por esta razón, considero que la Sala no ha debido siquiera entrar a resolver si en el laudo se incurría en un defecto sustantivo. Aunque es la obligación de un juez de tutela identificar los puntos de vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes así éstos no los hayan alegados en el escrito de tutela, en mi parecer, dicha regla se dirige a proteger a personas que por sus condiciones de indefensión o desconocimiento del derecho no pueden distinguir con exactitud los argumentos jurídicos acerca de la vulneración de sus derechos. Esta misma regla debe ser aplicada de manera más restrictiva en casos como el presente en los que participan abogados con gran experiencia y conocimiento, que han asesorado a las partes desde la misma negociación del contrato y los han acompañado en el proceso arbitral y en el trámite del recurso de anulación ante el Consejo de Estado.

En el presente caso, la sentencia de tutela de la que me aparto decidió anular el laudo bajo argumentos que no son explícitos en la acción de tutela, haciendo como si los defectos analizados vinieran del mismo escrito de tutela y sin hacer explícito por qué se estaba pronunciando frente a una vulneración no alegada por los accionantes. A pesar de lo anterior, paso a desvirtuar el análisis de fondo de la sentencia.

Como explicaré en detalle en esta sección, el laudo arbitral contra el que se interpone la tutela, no incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo. Lejos de esto, los argumentos y el análisis de dicha providencia fueron razonables, balanceados y exhaustivos en confrontar y rebatir uno a uno los argumentos de la ETB y no se advierte en ellos un error manifiesto o una arbitrariedad. Por esta razón, consideré que la decisión de tutela se aparta de la jurisprudencia constitucional acerca la configuración de los defectos orgánico, procedimental, fáctico y sustantivo en las providencias judiciales y sobre el

papel que tiene el juez de tutela al examinar una supuesta vulneración del derecho al debido proceso por parte de una providencia judicial.

A continuación analizo todos los supuestos defectos descritos en los considerandos de la sentencia, explico el problema jurídico que debía resolver el laudo arbitral y describo la forma como dicha providencia les dio solución, con el fin de hacer evidentes las argucias argumentativas a las que debió acudir la sentencia de tutela para poder concluir que existía una vía de hecho.

3.2. El Tribunal de Arbitramento no incurrió en un defecto en cuanto a la decisión de avocar competencia para decidir el caso.

3.2.1. Desde el inicio del proceso arbitral, la ETB argumentó que el tribunal de arbitramento no era competente para resolver la disputa entre ella y Telefónica. Consideró que (i) el contrato entre la ETB y Telefónica establecía que antes de acudir a un Tribunal de arbitramento había de conformar al Comité Mixto de Interconexión (CMI), lo cual no sucedió en este caso. (ii) En entender del accionante, el laudo modificó y “dejó sin efectos” dos resoluciones de la CRT que ya habían dado solución a la disputa entre las dos organizaciones. El Tribunal de Arbitramento refutó dichos argumentos de la siguiente manera:

3.2.1.1. Respecto de la supuesta obligación de acudir al CMI, el Tribunal esgrimió dos argumentos. En primer lugar, evidenció que “o bien las partes acordaron tácitamente prescindir de la instancia del CMI para resolver el conflicto, o bien esa instancia fue cumplida, sin que hubiera aportado solución alguna a la controversia.” Tras un estudio de las pruebas, el Tribunal concluye que se demostró (i) que “no existe evidencia de que la ETB, en algún momento hubiera expresado la necesidad de llevar la discusión a dicho Comité, o siquiera su interés en hacerlo”⁹⁹ (ii) el hecho de que “la ETB

⁹⁹ A continuación se transcribe parte del análisis probatorio realizado por el Tribunal: “[O]bra en el expediente [...] una comunicación dirigida por el representante legal de Telefónica al Presidente de la ETB, de fecha 30 de marzo de 2005 en la que manifiesta: ‘Con el fin de procurar un arreglo directo entre los representantes legales de nuestras empresas en relación con el valor del cargo de acceso que reconoce ETB a Telefónica móviles Colombia S.A. por el uso de la red en las llamadas internacionales entrantes, nos gustaría reunirnos con usted de acuerdo con el procedimiento para la solución de diferencias planteada (Sic) en el contrato suscrito entre las partes el 13 de noviembre de 1998.’” [A] folio 311 del Cuaderno de Pruebas número 1 del expediente, obra otra comunicación de fecha 11 de abril de 2005, dirigida por el presidente de Telefónica al presidente de la ETB, en la que expresa: ‘De acuerdo con lo previsto en la cláusula Décima Segunda del contrato [...] me permito invitarlo a una reunión el próximo jueves 14 de abril de 2005, a las 4:00 P.M. en las oficinas de Telefónica Móviles Colombia S.A. ubicadas en la Calle 100 número 7-33 piso 18, con el fin de agotar la última instancia de arreglo directo y buscar un acuerdo entre los

*considerara cumplida la etapa de discusión al interior del CMI o su conformidad con prescindir de ella*¹⁰⁰, (iii) que “los representantes legales de las partes se reunieron para debatir la controversia relacionada con los cargos de interconexión, sin que hubieran logrado un acuerdo”¹⁰¹, y más importante, (iv) que el conflicto sí había sido debatido al interior del CMI¹⁰².

representantes legales de las compañías en el conflicto suscitado por la aplicación de la regulación en relación del (Sic) valor del cargo de acceso que ETB reconoce a Telefónica Móviles Colombia S.A. por el uso de la red en las llamadas internacionales entrantes.”

¹⁰⁰ Esto lo confirma con “la comunicación de fecha 9 de noviembre de 2005, suscrita por su representante legal, mediante la cual devuelve la cuenta de cobro que le ha enviado Telefónica y en la que expresa: ‘ETB propone que se lleve a cabo una nueva reunión para intercambiar opiniones sobre el particular e, incluso, para explorar la posibilidad de modificar el acuerdo respecto del valor de los cargos de acceso, en consideración a los costos en que debe incurrir TELEFONICA por permitir el uso de su red en la terminación de llamadas internacionales entrantes a sus usuarios.’ [L]a decisión de dar por cumplida dicha etapa o prescindir de ella, tiene sentido si se tiene en cuenta que en la cláusula de solución de controversias, la intervención de los representantes legales de los contratantes estaba prevista como una instancia posterior al CMI para obtener la resolución de las discrepancias.”

¹⁰¹ El Tribunal constata que “en la transcripción del testimonio de Martha Helena Díaz Granados, que no obstante ha sido tachado por sospecha por el apoderado de ETB, ha sido citado en forma reiterada en sus alegaciones finales, aparece: ‘DR. SÁCHICA: En el relato que nos acaba de hacer mencionó que al momento se reunieron con ETB, nos puede contar qué pasó en esa reunión y nos puede decir si además de esa reunión se dieron otras reuniones donde las partes revisaron el tema y los discutieron? || SRA. RUIZ: Hay comités mixtos de interconexión y se hacían, en ninguno estuve presente de manera que no me consta lo que haya pasado en esas reuniones, se que había reuniones del comité mixto de interconexión. En particular en la reunión en que estuvo el Presidente de la compañía con el Presidente de la ETB se que la decisión del Presidente de la ETB fue no aceptar remunerar a los valores establecidos en la resolución 463, incluso les manifestamos acudamos de mutuo acuerdo ante la CRT porque el tema es tratábamos de agotar todos las instancias de acercamiento y de resolver de manera directa y el conflicto pero no nos podíamos ver truncados en nuestro derecho por la falta de aquiescencia de la ETB, entonces ya ante la negativa, le solicitamos incluso eso, que acudiéramos de manera conjunta a la solución de conflictos, ellos dijeron que no entonces fuimos de manera individual y presentamos la solicitud de resolución de controversias.’ || Luego, durante la misma declaración, el apoderado de la ETB preguntó: ‘DR. HERRERA: Sabe y le consta si en la aludida reunión el Presidente de la ETB o alguno de los asistentes representantes y funcionarios de empresa pensaron fórmulas de arreglo en torno a la negociación del minuto? || SRA. RUIZ: En esa reunión en particular, en la última que se presentó entre los presidentes de Telefónica

En segundo lugar, el Tribunal consideró que la falta de cumplimiento de etapas o trámites pactados para ser evacuados previa la convocatoria de un

Móviles Colombia y de la ETB no se presentó ninguna fórmula y lo único que se manifestó fue una fórmula anterior que tenía un valor absolutamente inferior, ni siquiera se expresó el valor... simplemente se había dicho que se mantenían en su posición que era su posición de siempre donde o reconocían eso o máximo \$20 pesos más quizá, lo cual era totalmente inaceptable porque nosotros no estamos hablando de negociar un cargo sino de obtener la remuneración de una interconexión a un cargo fijo.”

¹⁰² El Tribunal observa que “*en la declaración de Juan Carlos Niño, cuyo testimonio no fue tachado por el apoderado de la parte convocada, se afirmó en forma clara y contundente que el conflicto había sido debatido al interior del CMI, en los términos siguientes: ‘DRA. MURRLE: Ha mencionado en una respuesta al iniciar su declaración y a propósito de la explicación que le solicitó el doctor Henao de cómo escalaban los conflictos hasta el punto que si no se resolvía iba a un CMI, Comité Mixto de Interconexión, en el caso de la controversia que se ha suscitado recuerda cómo participó el CMI, si participó o no, y quiénes integraban ese comité para ese momento? || SR. NIÑO: El CMI por parte de Telefónica generalmente en los participantes está Norma Quiroz por el área legal de Telefónica Móviles, hay un representante del área técnica que en ese tiempo era Walter Correa o Carlos Díaz y está José Vicente Rodríguez o estoy yo, somos los miembros que tradicionalmente estamos en el CMI. Por parte de ETB está Juana Duque, creo que está también el doctor Cala, aunque tradicionalmente muchos de estos CMI se realizan con la doctora Juana Duque y también está un representante que es Diego no recuerdo el apellido, que también trabaja en el área del doctor Cala. || ‘El CMI sí habló del tema, nosotros varias veces hablamos de ese tema, hasta el punto que llegamos a tener esa reunión en la oficina del vicepresidente financiero de Telefónica Móviles con el doctor Cala y la doctora Juana Duque porque ya se llegó un momento en el cual las partes sabíamos que no íbamos a tener un acuerdo en cuál era el valor por lo tanto hablamos con nuestro vicepresidente financiero y en algún momento hasta se propuso una charla entre los dos presidentes de las compañías, charla que creo nunca se dio. || ‘DRA. MURRLE: O sea que CMI sí conoció del tema y simplemente no lo resolvió? || ‘SR. NIÑO: Sí conoció el tema y no se llegó a un acuerdo porque las posiciones de las partes eran completamente opuestas, los miembros del comité sabíamos que este tipo de conflictos no íbamos a llegar a un acuerdo y teníamos que seguirlo escalando a representantes legales.’ [...] || En el mismo sentido se pronunció el representante legal de la Telefónica Móviles Colombia S.A., Darío Arango Díez, durante el interrogatorio de parte, rendido a solicitud de la parte convocada, en los siguientes términos: ‘DR. HERRERA: Sí señor. Por qué Telefónica Móviles no recurrió a agotar la etapa previa distancia solución de conflictos denominada comité mixto de interconexión? || ‘SR. ARANGO: Telefónica agotó todas las instancias que había en el contrato, incluyendo el comité mixto de interconexión.’”*

Tribunal de Arbitramento no inhibía la integración de éste. Para llegar a esta conclusión, se fundamentó en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Indicó que *“el mismo pronunciamiento del Consejo de Estado citado por el apoderado de la ETB¹⁰³, establece, claramente que ‘sobre el contenido de esta parte inicial del pacto arbitral, en el cual, las partes convinieron que antes de acudir al tribunal de arbitramento intentarían solucionar el conflicto mediante arreglo directo, resulta pertinente precisar que tales estipulaciones, fijadas como requisito previo a la convocatoria del tribunal de arbitramento, en manera alguna pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral’ y agregó que ‘las partes no se encuentran facultadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad que sólo pueden establecerse por vía legislativa, máxime si se tiene presente que las normas procesales son de orden público, de derecho público y, por ende, de obligatorio cumplimiento [...]’ Lo anterior, para concluir que ‘la inobservancia de esos requisitos convencionales, en manera alguna pueden tener efectos procesales frente a los árbitros, para impedirles que asuman conocimiento del asunto, ni tienen entidad para afectar la validez de sus decisiones.’”*

El Tribunal explicó que el fundamento de dicha decisión del Consejo de Estado, *“[...] lo constituye el hecho de que a las partes les esté vedado hacer acuerdos sobre la caducidad de la acción, de manera que admitir la obligatoriedad del agotamiento de etapas previas a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, bien podría traducirse en despojar al interesado de su derecho del libre acceso a la administración de justicia. En efecto, en la sentencia en mención se dispone: ‘La imposibilidad en que se encuentran las partes para convenir requisitos de procedibilidad que obligatoriamente debieren agotarse antes de ejercer las acciones correspondientes ante el respectivo juez arbitral -cuestión que incluye la convocatoria misma del correspondiente tribunal-, encuentra reafirmación clara en el hecho evidente de que a las partes no les es dado negociar la suspensión o la interrupción del término de caducidad consagrado en la ley para determinadas acciones judiciales; nótese que si las partes pudieren convenir o acordar determinados requisitos de procedibilidad, con efectos vinculantes para el juez arbitral, como por ejemplo definir el transcurso de un tiempo mínimo o el agotamiento de ciertas formas de solución alternativa de conflictos como la conciliación, antes de que puedan presentar su correspondiente demanda o convocatoria, naturalmente deberían poder acordar también que mientras se agotan esos requisitos no transcurrirá el término de caducidad de la acción o que el mismo se tendría por suspendido, materia sobre la cual, se insiste en ello, en modo alguno pueden disponer convencionalmente las partes.’”*

¹⁰³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.C. cuatro (4) de diciembre de dos mil seis (2006). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 11001032600020060002900. Expediente: 32871. Actor: Consorcio Lar. Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano Idu. Referencia: Recurso de Anulación de Laudo Arbitral.

Continúa el Tribunal señalando que el hecho de que “*el incumplimiento de las etapas o instancias de solución de controversias pactadas por las partes en un contrato para ser evacuadas con anterioridad a la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, no impide la iniciación unilateral del correspondiente proceso arbitral, y por consiguiente no afecta la competencia del panel designado para resolver la controversia*”. Esto a su vez lleva a concluir que “*tampoco es procedente sostener que de tales etapas deban darse necesariamente en forma sucesiva, es decir, que los representantes legales de las partes solamente podrían reunirse válidamente para resolver el conflicto, si el CMI previamente había avocado el conocimiento del asunto.*”

3.2.1.2. En cuanto al supuesto agotamiento del conflicto como consecuencia de la expedición de las resoluciones 1269 de 2005 y 1303 de 2005, el Tribunal sostuvo que dichos actos administrativos particulares no impedían que la controversia fuera debatida ante un juez o arbitro, y que la posibilidad de llevar dicho debate en sede judicial era necesaria para preservar el acceso a la administración de justicia.

Según el análisis seguido en el Laudo, de acuerdo con la normatividad y jurisprudencia vigentes “*las funciones y facultades asignadas a las Comisiones de Regulación son eminentemente administrativas [...] y no confieren atribuciones de carácter jurisdiccional. [...] [N]o puede admitirse que los pronunciamientos de índole administrativa realizados por la CRT, hayan ‘agotado’ la competencia del Tribunal de Arbitramento, que por expresa disposición constitucional se encuentra investido de la facultad de administrar justicia.*”¹⁰⁴ El tribunal consideró que

“para decidir las pretensiones principales de la demanda se requiere un análisis que escapa de la competencia de la CRT como entidad reguladora de carácter administrativo. En efecto, decidir las pretensiones de la demanda implica para el Tribunal realizar un estudio de la conducta de las partes desde el punto de vista contractual y de la forma en que se aplican a los contratos celebrados entre ellas las normas que los rigen. || En cambio, la solicitud formulada a la CRT, tiene que ver con el ejercicio de las facultades de decisión atribuidas por la ley, que deben enmarcarse dentro de su función regulatoria encaminada a la promoción de la competencia en la prestación de los servicios públicos, a evitar el abuso de la posición dominante y a que se produzcan servicios de calidad.

Lo anterior hace evidente [...] el distinto carácter de las atribuciones que por expresa disposición legal corresponden a las Comisiones de Regulación y a los Tribunales de Arbitramento: administrativas las de aquéllas y judiciales las de éstos.

¹⁰⁴ Cita la sentencia T-244 de 2007 (MP Humberto Sierra Porto)

[...] [N]o puede afirmarse que la CRT decidió las pretensiones contenidas en la demanda arbitral y [...], en consecuencia la competencia de este Tribunal de Arbitramento quedó agotada. [...] [S]i bien ciertamente para decidir la controversia sometida a su consideración, habrá de hacer referencia a las Resoluciones expedidas por la CRT para determinar cómo inciden en la relación contractual, de ninguna manera se ocupará de estudiar y mucho menos de decidir sobre la legalidad de tales actos administrativos, en cuanto las pretensiones de la demanda no incluyen, ni expresa ni tácitamente, una solicitud a este respecto.

[...] [L]as pretensiones de la demanda no implican el pronunciamiento del Tribunal “sobre las consecuencias económicas de lo decidido de fondo por la CRT”, pues, como se ha reiterado, la decisión del Tribunal se centra en el análisis de los contratos celebrados entre las partes, su alcance, a la luz de las normas que les son aplicables, la conducta contractual desplegada por los contratantes y, por supuesto, de acuerdo con la demanda, en las consecuencias económicas, no de los actos administrativos expedidos por la Comisión de Regulación, como la afirma la demandada, sino de la mencionada conducta contractual de las partes.”

Como además se observa en el siguiente apartado, el laudo no modificó las resoluciones de la referencia. El Tribunal reconoció esto y sostuvo que los mencionados actos administrativos se “encontraban ejecutoriados y eran exigibles”.

3.2.1.3. En resumen, las razones por las cuales el Tribunal de Arbitramento desestimó los argumentos de la ETB fueron (i) una apreciación de los procedimientos para la solución de diferencias consagrados en el contrato, (ii) un análisis probatorio, (iii) una interpretación acerca de la jerarquía de los actos administrativos particulares respecto de las providencias judiciales, y (iv) una lectura de las resoluciones de la Comisión. Entiendo que, como la mayoría de problemas jurídicos, es posible sustentar que los fundamentos del tribunal son equivocados. Pero de ninguna manera éstos son irrazonables, arbitrarios, impertinentes o insensatos, de tal forma que de ellos pueda resultar un defecto que produzca una vía de hecho.

3.2.2. Ahora bien, según la sentencia de tutela, “resulta equivocado el argumento expuesto por el Tribunal de Arbitramento”. Indica que “la consecución de cada etapa dependía de que se surtiera la anterior” y por ende, que “la falta de conformación del Comité Mixto de Interconexión, [...] inhabilitaba la constitución de éste y lo hacía incompetente para decidir sobre el conflicto propuesto por Telefónica”.

Obsérvese que el fundamento de la decisión de tutela es en realidad una diferencia de criterio acerca de si la etapa del CMI excluye a la etapa arbitral. Pero en la sentencia no se refutan los argumentos del laudo. No se indica la

razón por la cual su interpretación del contrato es equivocada o arbitraria. Tampoco se contradice el análisis probatorio que estableció que en realidad dicha etapa sí se había agotado. El análisis realizado en la sentencia se dirige a mostrar la manera como el magistrado hubiere solucionado el problema; pero no expone razones tendientes a demostrar que la providencia acusada incurre en un defecto protuberante.

3.2.3. De otra parte, la sentencia de tutela señala que el Tribunal incurrió en un defecto orgánico, dado que *“el conflicto ya había sido dirimido mediante actos administrativos en firme y que gozaban de la presunción de legalidad – actos administrativos cuya legalidad sólo podía ser cuestionada por la jurisdicción contenciosa y no por la justicia arbitral – [...]”* La Sala considera que

“[E]l laudo arbitral proferido [...] se pronunció implícitamente sobre el alcance de los actos administrativos particulares expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, pues con base en las pretensiones de Telefónica condenó a la E.T.B. a pagar ‘el valor establecido como cargo de acceso por tráfico internacional entrante a la red de TMC de su propiedad, determinado en la resolución CRT- 463 de 2001 ‘opción 1 cargos de acceso máximos por minuto’, a pesar de que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones había decidido que ‘TELEFÓNICA [...] no tiene derecho a elegir entre las opciones de cargos de acceso definidos en la Resolución CRT 463 de 2001.’ A juicio de esta Sala, es evidente que con esta actuación, el Tribunal de Arbitramento desbordó la competencia de la justicia arbitral por cuanto a ésta le está vedado pronunciarse sobre los actos administrativos proferidos por una autoridad administrativa en el ejercicio de sus funciones.

Entonces, para esta Sala el Tribunal de Arbitramento [...] incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico al pronunciarse sobre un caso ya decidido mediante actos administrativos particulares expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. En este sentido, para esta Sala, la conformación del Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir la controversia contractual entre la E.T.B. y Telefónica era incompatible con las decisiones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, pues la confrontación de dichas decisiones con el ordenamiento constitucional y legal es competencia exclusiva de la jurisdicción permanente y no de personas investidas transitoriamente de funciones judiciales.”

Contra este argumento es posible hacer dos reproches: primero, de nuevo, en la sentencia no se tienen en cuenta los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Arbitramento para contradecir la posición asumida por la ETB en el proceso arbitral y en la acción de tutela. No se hace siquiera mención del razonamiento del Tribunal. De nuevo, ante dicha omisión es imposible concluir que en el laudo se incurrió en una vía de hecho.

Segundo, es equivocada la lectura que la Sala hace de las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005 a partir de la cual concluye que el Laudo modificó dichos actos. Al contrario, en el Laudo se confirmó la apreciación legal realizada en las mencionadas resoluciones.

Como se observa en los párrafos precitados, en la sentencia de tutela se afirma que el Tribunal, al haber ordenado pagar el cargo establecido en la “*opción 1 cargos de acceso por minuto*” es una modificación de la decisión de las resoluciones de la CRT de “*negar la solicitud de Telefónica [...] por carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de la resolución CRT 463 de 2001.*” No obstante, las dos afirmaciones anteriores se refieren a temas distintos y por ende son incomparables. Las Resoluciones 1269 y 1303, al negar la solicitud de Telefónica, se referían al derecho de escogencia, en cabeza la ETB del régimen de remuneración de interconexión. Por su parte, la “*opción 1 cargos por acceso por minuto*” mencionada en el Laudo arbitral se refiere a una de dos opciones de cargos por interconexión, contenida en uno de los regímenes de remuneración que la ETB podía escoger. Como se verá en el apartado siguiente, el Tribunal, interpretando la normatividad de la misma manera que la CRT, decidió que la ETB ya había seleccionado un régimen de remuneración determinado, y que dentro de este, aplicaba la opción 1 de cargo de remuneración.

Como se cita en la sentencia de tutela, en la Resolución 1269, la CRT dispuso “*Negar la solicitud de Telefónica [...] por carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de la resolución CRT 463 de 2001.*” Recurrido este acto por Telefónica, la CRT resolvió el recurso interpuesto por Telefónica, mediante la Resolución 1303, señalando en la parte motiva que

*“dado que la **ETB** para algunas de sus interconexiones ya optó por la alternativa de cargos de acceso por capacidad tal y como se indicó en la Resolución recurrida, debido a la aplicación integral de las disposiciones contenidas en la Resolución 463 de 2001 que el artículo 5 de la misma impone, la interconexión existente entre **ETB** y **TELEFONICA** también deberá ser remunerada según las condiciones prevista en la resolución anteriormente mencionada. Lo anterior significa que en aquellas relaciones de interconexión remuneradas bajo el esquema de cargos de acceso por uso, deberá darse aplicación a lo dispuesto en la Tabla “Opción 1” del artículo 4.2.2.19 y en aquellas remuneradas bajo el esquema de cargos de acceso por capacidad deberán utilizarse los topes regulatoriamente definidos para esta alternativa en la Tabla “Opción 2” del citado artículo.*

Teniendo claro lo anterior, es evidente que el análisis de la CRT en relación con los rangos de precios, si bien se encuentra ajustado a la regulación vigente, toda vez que la misma prevé la vigencia de los topes para los cargos de acceso y la posibilidad de que las partes de

*común acuerdo definan un valor diferente al establecido regulatoriamente, este análisis no era aplicable al caso concreto. Lo anterior, debido a que el precio acordado por las partes, fue fijado con antelación a la expedición de la resolución CRT 463 de 2001 y no bajo el rigor de la misma. En efecto, la regulación expedida en materia de cargos de acceso prevé dos escenarios diferentes: un primer escenario, es aquel en el cual los operadores pactaron en su relación de interconexión, **antes** de la entrada en vigencia de la Resolución 463 de 2001, un valor o precio de cargos de acceso, caso en el cual, si el operador legitimado para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de dicha resolución, decide acogerse a las condiciones previstas en la misma, deberán aplicarse los valores establecidos en el artículo 4.2.2.19 de la resolución CRT 087 de 1997 y un segundo escenario en el cual los operadores pactan en su relación de interconexión, **después** de la entrada en vigencia de la Resolución 463 de 2001, un valor o precio de cargos de acceso, caso en el cual los valores establecidos en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 deben entenderse como rangos a efectos de facilitar el libre acuerdo de las partes, si éste llegare a hacerse efectivo.”*

En consecuencia, la Comisión resolvió

*“aclarar el artículo primero de la Resolución recurrida en el sentido de indicar que si bien TELEFÓNICA [...] no tiene derecho a elegir entre las opciones de cargos de acceso definidos en la Resolución CRT 463 de 2001, a la interconexión existente, [...] sí se le aplica el concepto de integralidad definido en la parte final del artículo 5 de la mencionada resolución, en consecuencia esta interconexión deberá remunerarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997”.*¹⁰⁵

Como se observa en la misma Resolución precitada, una cosa es la escogencia del régimen de la Resolución 463 de 2001, y otra, en el caso que efectivamente se seleccione dicho régimen, la escogencia de una de las dos opciones establecidas en dicha Resolución. Entonces, las razones por las que la sentencia de tutela considera que existe un defecto orgánico provienen de una apreciación errónea de las resoluciones mencionadas y de lo ordenado por el laudo.

3.3. El Tribunal no incurre en un defecto sustantivo al definir el mecanismo de remuneración

3.3.1. El principal problema jurídico de fondo que había de resolver el Tribunal de Arbitramento era indicar el régimen de retribución que aplicaba en la relación contractual entre la ETB y Telefónica. El Tribunal debía escoger

¹⁰⁵ Nótese que no está discusión que el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997 fue modificado por la Resolución 463 precitada, en el sentido de introducir un régimen en el que existen dos opciones de cargo de interconexión.

entre dos mecanismos de retribución sobre la base de los cuales la ETB había de pagar a Telefónica por el servicio de telefonía móvil. El primer mecanismo era el establecido en la Resolución 087 de 1997. El segundo mecanismo era el consagrado en la Resolución 463 de 2002.¹⁰⁶

El Tribunal decidió que el mecanismo a aplicar para calcular los pagos debidos por la ETB es el primero de los descritos. Los argumentos de dicha decisión se resumen así:

- a. Los contratos suscritos entre la Empresa de Teléfonos de Bogotá y Telefónica (en otros momentos Celumovil S.A. o Bellsouth Colombia S.A.) se regían por la Resolución 087 de 1997, regulación que estaba vigente en ese entonces y que estableció el mecanismo de retribución de minuto real.
- b. Dichos contratos consagraron que también se regirían por las normas que modificaran o adicionaran la regulación vigente.
- c. Por lo tanto, los contratos pasaron a ser mandados por la Resolución 463 de 2001, al modificar ésta la Resolución 087.
- d. Por su parte, la Resolución 463 de 2001 permitió a la ETB escoger si pagaba la remuneración de acuerdo a la normatividad anterior (la Resolución 087) o la vigente (la misma Resolución 463).
- e. Tras un análisis de varias pruebas documentales, el Tribunal concluyó que la ETB manifestó su voluntad a varios contratistas de regirse de acuerdo al mecanismo de retribución de la Resolución 463. El laudo se fundamentó en múltiples documentos y no dejó duda de esto.¹⁰⁷
- f. Por ello, la ETB ha de pagar a Telefónica de acuerdo al mecanismo del minuto redondeado, pues estima que de acuerdo al principio de

¹⁰⁶ En caso de que la ETB seleccionare el segundo mecanismo, se habría de escoger entre dos opciones establecidas por la Resolución para el cálculo de los cargos por interconexión.

¹⁰⁷ ETB dio manifestaciones contradictorias y en muchas ocasiones guardó silencio frente a las peticiones de Bellsouth. Además, los procedimientos para escoger opciones era complejo. Sin embargo, es claro que ETB escogió explícitamente la opción de regirse por la resolución 463. Así, El Tribunal constató como prueba de que ETB decidió acogerse a las condiciones previstas en la Resolución 463 de 2001 las siguientes comunicaciones: El 28 de enero del año 2002, en comunicación a las empresas Edatel S.A. ESP, Telefónica de Pereira S.A. ESP, Telepalmira S.A. ESP, Etel Llano S.A. ESP y Telebucaramanga S.A. ESP. El 21 de febrero de 2002, en comunicación dirigida a Telesantarosa S.A. ESP. El 25 de febrero de 2002 se dirigió a EPM – BOGOTA. El 22 de Mayo de 2002 en un segunda comunicación a Edatel S.A. ESP, Telesantarosa S.A. ESP, Telepalmira S.A. ESP, Etel Llano S.A. ESP, Telebucaramanga S.A. ESP, y EPM - BOGOTA.”

integralidad, la ETB debía escoger un mecanismo de pago para todos los contratos suscritos para la prestación del servicio de telefonía celular.

En resumen, el Tribunal indicó que

*“los hechos demuestran que desde el 28 de enero de 2002 la ETB S.A. ESP había decidido acogerse a las condiciones previstas en la Resolución 463 de 2001, motivo por el cual desde ese momento operó para ETB S.A. ESP el principio de integralidad previsto en el artículo 5 de esa misma Resolución y como consecuencia de ello, debió remunerar todas sus interconexiones en la forma prevista en dicha Resolución.”*¹⁰⁸

3.3.2. Por su parte, la sentencia de tutela considera que en la argumentación anterior se incurre en un defecto sustantivo. Esto, pues (i) la aplicación del principio de integralidad (punto f) vulnera la autonomía de la voluntad de pactar mecanismos de pago diferentes en cada contrato, y (ii) el régimen establecido en la resolución 463 de 2002 impone un marco regulatorio posterior al del momento en que se suscribieron los contratos. Sin embargo, ambos argumentos habían sido sopesados en el Laudo Arbitral.

3.3.2.1. En cuanto al primero de ellos, el Tribunal analizó la normatividad que obligaba a la aplicación del principio de integralidad y explicó que éste era necesario para proteger la igualdad de los prestadores del servicio y los derechos de los consumidores. En su entender, la normatividad acerca de los operadores de telecomunicaciones, *“refleja una realidad técnica del sector de las telecomunicaciones: distintos actores con distintos servicios, [...] el uso de diferentes redes y por lo tanto de diferentes clases de interconexión, todo lo cual conlleva una asimetría del mercado, que a la postre puede llegar a constituir una falla del mismo.”* El Tribunal estimó que dicha falla del mercado *“en el caso de la interconexión se refleja con la existencia de cargos muy altos para unos y muy bajos para otros”*, lo cual *“obligó a la autoridad reguladora a intervenir para rebalancear el sistema tarifario en materia de*

¹⁰⁸ Sin saber que la ETB ya había decidido acogerse al régimen establecido en la Resolución 463, de manera Telefónica solicitó a la ETB tomar una decisión al respecto. La ETB por su parte respondió a Telefónica que su voluntad era la de regirse por el mecanismo establecido en la Resolución 087. No obstante, según el Tribunal, *“está probado en el proceso que ETB S.A. ESP ya había tomado meses atrás la decisión de acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en la Resolución 463 de 2001 para todas sus interconexiones.”* En aplicación del principio de integralidad, el Tribunal decidió que *“en la relación jurídica existente con BellSouth Colombia S.A. [...] guardó silencio y no obstante haber ya decidido acogerse a la Resolución 463 de 2001, frente al ofrecimiento hecho por aquella mediante la comunicación suscrita el 7 de junio de 2002, dio una respuesta que ya no podía dar -porque ya no tenía posibilidad escogencia-.”*

interconexión y propender en el corto plazo por su corrección y equilibrio [...]”. A continuación se desarrolla dicho argumento:

“... la Ley 37 de 1992, luego la Ley 142 de 1994, seguidamente la Resolución CRT 087 de 1997 y posteriormente la Ley 555 de 2000, establecieron que la interconexión debe regirse por principios tales como: (i) Acceso igual - cargo igual y no discriminatorio, lo cual significa que si la remuneración o peaje debe ser razonable para unos lo debe ser para todos, pues si existen diferencias sería discriminatoria, lo cual no significa que deban ser iguales si se tienen en cuenta las asimetrías del mercado. (ii) Transparencia. (iii) Libre y leal competencia, que es un derecho de todos.”

...[L]os cargos de acceso son un componente importante en la estructura de costos de los operadores que solicitan la interconexión y, en consecuencia, un determinante fundamental en las tarifas finales a los usuarios de los servicios [...]. Por lo tanto, un tratamiento diferente de cargos de acceso para interconexiones a redes iguales, puede llegar a generar un impacto negativo frente a los usuarios de tales servicios.”

Por lo tanto con el objeto de garantizar la aplicación de los principios antes mencionados, la Resolución CRT 463 de 2001 previó [...] el principio de integralidad que [...] consiste en que el solicitante de interconexión opte por un modelo de remuneración igual para todas sus interconexiones [...].

Ello significa que la escogencia del régimen aplicable, esto es, las condiciones y valores vigentes para las interconexiones existentes al expedirse la Resolución 463 de 2001 o las nuevas condiciones previstas en la citada Resolución, conlleva que dicha elección tiene un efecto integral respecto de todas sus relaciones de interconexión: si se opta por el régimen anterior para una interconexión, debe aplicarse ese mismo régimen para todas las demás interconexiones y si se opta por las nuevas condiciones previstas en la Resolución 463 de 2001 para una interconexión, deben aplicarse esas mismas condiciones para todas las demás interconexiones.”¹⁰⁹

¹⁰⁹ En relación con este tema, el Tribunal indicó que “al señalar el procedimiento para la aplicación de la Resolución CRT 463 de 2001 en general y la aplicación del nuevo régimen para operadores [...] en particular, la propia Comisión de Regulación de Telecomunicaciones [...] fijó el alcance de la citada Resolución en lo que se refiere al principio de integralidad, para lo cual determinó lo siguiente en la Circular Externa 040 de 2002: **‘3. Procedimiento para la aplicación de la Resolución CRT 463 de 2001.** De todas las posibles opciones de cargos de acceso los operadores interconectantes deben ofrecer como mínimo las opciones de cargos de acceso basada en minutos o de capacidad, sin perjuicio de que las partes puedan acordar otra opción. El operador solicitante deberá acogerse para la

3.3.2.2. En relación al segundo de los fundamentos de la sentencia - que el régimen establecido en la resolución 463 de 2002 impone un marco regulatorio posterior al del momento en que se suscribieron los contratos – el laudo tiene cuatro argumentos.

Primero, indica que “[...] *el Tribunal se ha ocupado con detalle de determinar el alcance de las funciones regulatorias atribuidas a las Comisiones de Regulación y en particular a la CRT, para concluir que las Resoluciones de carácter general que expide esta corporación son de orden público y por consiguiente de obligatorio cumplimiento.*” Por esta razón, indica que “*es evidente que los términos de los convenios de interconexión celebrados entre los operadores pueden verse modificados por las disposiciones que sobre la materia expida la CRT. En este sentido se ha pronunciado la CRT en múltiples Resoluciones, como es el caso de la 951 de 2004 [y] la 919 de 2007.*”¹¹⁰

interconexión a la opción elegida para todos sus enlaces a menos que las partes acuerden algo distinto. En caso de que el operador solicitante escoja una de las opciones contempladas en la Resolución deberá acogerse integralmente a ella para cada interconexión en cada lugar, de manera que no puede pedir que se le cobre por capacidad para algunos enlaces y pagar por minutos el tráfico que se genere por otros enlaces, a menos que el interconectante así lo acepte. (...) || **7. Aplicación del nuevo régimen para operadores de TMC y TPBCLD.** Inicialmente, el operador de TMC o TPBCLD deberá definir si se acoge voluntariamente a lo dispuesto en la Resolución CRT No 463 o si continúa aplicando el régimen anterior en materia de cargos de acceso. || Cuando el operador de TMC o TPBCLD voluntariamente solicite a cualquier operador la aplicación de lo dispuesto en la Resolución CRT No. 463 deberá hacerlo de manera integral. Cuando el operador [...] solicite a cualquier operador alguna de las opciones previstas en el artículo 5 de la Resolución CRT No. 463 de 2001, se entenderá que se acoge en su integridad y para la totalidad de sus interconexiones, a lo previsto en este régimen, sin perjuicio de que pueda escoger en caso de que elija acogerse a la Resolución No CRT 463, cualquiera de las opciones previstas en dicha resolución. || Estos operadores deberán informar a la CRT sobre su primera solicitud en este sentido a otro operador.’

¹¹⁰ En el Laudo se citan los siguientes extractos de dichas resoluciones. La Resolución 951 de 2004 manifestó que “... *la libertad contractual de las partes se encuentra limitada por la posibilidad de intervención del Estado, tanto en la formación y prestación del consentimiento, como en la ejecución de los mismos (Sic). Esta facultad se materializa en la posibilidad que tiene el estado de intervenir en todos los casos en que resulte necesario para asegurar a los usuarios la prestación eficiente y continua de los servicios de telecomunicaciones en un ambiente de competencia; facultad que fue ejercida por la CRT para la expedición de la Resolución 463 de 2001.*” La Resolución 919 de 2007 indicó que “*La tarea de regular el sector de las telecomunicaciones ha sido encomendada a la CRT en virtud del principio de intervención económica del Estado, en la medida en que con su actuación se busca promover la competencia y proteger a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones. Así, la regulación que se expida en estas materias será de orden público, lo que implica que el querer de las partes de ninguna manera podría violentar o quebrantar las disposiciones definidas en desarrollo de esta facultad.*”

Segundo, el Tribunal indicó respecto del caso concreto, que la Resolución 463 se aplicaba a los contratos celebrados entre las partes, no solamente por su carácter de norma imperativa, sino también porque así lo acordaron las partes en los contratos analizados. Se sostiene en el Laudo que según *“la cláusula segunda del contrato celebrado entre Celumóvil y la ETB, [...] ‘el presente contrato se celebra en virtud de lo dispuesto en las siguientes disposiciones, la Ley 72 de 1989, el Decreto Ley 1900 de 1990, el Decreto 2122 de 1992, la Ley 37 de 1992, la Ley 142 de 1994, la Ley 422 de 1998, los Decretos reglamentarios 741 de 1993 y el 2061 de 1993, el Decreto 2542 de 1997, la resolución 087 de 1997 expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, el Decreto 990 de 1998 cuyas normas en la parte pertinente se entienden incorporadas al presente acuerdo; demás normas que las sustituyan, modifiquen o adicionen ...’.* En tales condiciones, al haber modificado la Resolución 463 de 2001, la Resolución 087 de 1997, como se refirió en capítulo anterior de esta providencia, aquélla quedó incorporada al contrato, por expresa voluntad de las partes, de conformidad con la cláusula antes transcrita.” El Tribunal añadió que *“[e]stá probado en este proceso que ETB ha admitido que las normas contenidas en la Resolución 463 de 2001 forman parte integral de la Resolución 087 de 1997 y siendo ésta y sus modificaciones parte integral de los contratos de interconexión [...], tales disposiciones se entienden incorporadas al mismo.”*

Tercero, el Tribunal estimó la Resolución 463 no modificó *“en forma automática”* los contratos vigentes, pues dicha reglamentación ofreció varias alternativas a los operadores, incluyendo el mantenimiento de las condiciones anteriores de tales contratos, siempre que se respetara el principio de integralidad. Como consecuencia de esto el Tribunal señaló que *“aunque no se presentara una modificación ‘automática’ de los contratos, [...] la conducta de los operadores debía ceñirse a las disposiciones de la norma, sin que fuera procedente argumentar el principio de la autonomía de la voluntad privada para autoregularse.”*

4. La jurisprudencia acerca de la vía de hecho contra laudo arbitrales.

La misma providencia de la que difiero cita varias sentencias en las que se exponen los criterios para decidir si en un laudo arbitral se incurre una vía de hecho y si en consecuencia es procedente una acción de tutela en su contra.

Al aplicar los criterios establecidos en la sentencia SU-174 de 2007 al caso bajo estudio, observamos que la Sala no respetó el precedente. En el presente asunto la Sala de tutela no fundamentó que los argumentos desarrollados en el Laudo fueran errores protuberantes y manifiestos, tal como es necesario para que una providencia de un Tribunal de Arbitramento pueda incurrir en un defecto sustancial, orgánico, fáctico o procedimental. La providencia de tutela ni siquiera considera los argumentos del Laudo. La Sala decide que en éste se incurre en una vía de hecho sin evaluar el razonamiento adelantado por el Tribunal y sin señalar por qué lo consideraba arbitrario, irrazonable o producto de un error manifiesto. Aún menos probó que existía una vía de hecho.

Como se observó en los párrafos anteriores, la Sala se limita a exponer las razones por las que está en desacuerdo con el Tribunal y concluye que ello equivale a una vía de hecho. Con ello desconoce que la tutela no es un mecanismo para controvertir los laudos arbitrales ni una tercera instancia a través de la cual el juez de tutela pueda sustituir al juez natural, por lo que sólo es procedente en casos excepcionales en los que el Tribunal de Arbitramento ha incurrido en errores protuberantes que vulneren el debido proceso.

Incluso algunos de los argumentos expuestos en la sentencia no equivalen a fundamentos constitucionales relevantes en este caso. Por ejemplo, para rebatir la decisión de fondo del Tribunal, la Sala estima que *“es inaceptable pretender ajustado a derecho que la remuneración de los contratos de interconexión se efectúe de conformidad con el cargo de acceso por minuto en los casos en que los usuarios del servicio emplean menos de treinta segundos en la comunicación. En efecto, para efectos del cobro, eventualmente la aproximación al minuto sólo tiene sentido si los usuarios utilizan por más de treinta segundos el servicio, de otra forma esta tarifa resulta desproporcionada y afecta seriamente los derechos de los consumidores.”* Este argumento es irrelevante respecto de la existencia o no de una vía de hecho. No corresponde al juez de tutela definir cuál ha de ser la tarifa bajo la cual debía regirse el contrato.

En cambio, el párrafo citado sugiere que esta decisión se justifica en aras de proteger los derechos de los consumidores, independientemente de las normas que rigen la competencia del juez de tutela cuando se está cuestionando una providencia judicial por violación del debido proceso. Esta sentencia, al desbordar los límites de la vía de hecho a favor de opiniones subjetivas del juez constitucional, fortalece los argumentos de los críticos de la tutela contra providencias judiciales.

Fecha et supra,

CLARA ELENA REALES GUTIERREZ
Magistrada