

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA****PROCESO 01-AI-2015**

ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EJERCIDA POR ÁNGELA VÉLEZ ESCALLÓN EN CONTRA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA POR EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 4, 33, 35 Y 36 DEL TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, Y LOS ARTÍCULOS 123, 127 Y 128 DE LA DECISIÓN 500 DEL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES.

Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en Quito, a los 7 días del mes de julio de 2017, en Sesión Judicial procede a resolver por unanimidad la sentencia de la presente acción de incumplimiento, de conformidad con lo previsto en los Artículos 32 de su Estatuto y 21 de su Reglamento Interno.

VISTOS:

1. El 29 de diciembre de 2014 se recibió en el Tribunal, vía courier, el escrito de demanda y sus dieciocho anexos, presentado por Ángela Vélez Escallón en contra de la República de Colombia (folio 1 a 737).
2. El 20 de febrero de 2015 el Tribunal decidió admitir a trámite la demanda, ordenar su notificación a la demandada, y denegar la solicitud de suspensión provisional de la medida infractora (folios 739 a 746).
3. El 13 de abril de 2015 se recibió vía correo electrónico en el Tribunal, el escrito de contestación a la demanda (folios 752 a 784).
4. El 13 de mayo de 2015 el Tribunal decidió tener por contestada la demanda, admitir a trámite las excepciones previas formuladas por la

demandada, y correr traslado de dichas excepciones a la parte actora (folios 785 a 789).

5. El 28 de mayo de 2015 se recibió vía correo electrónico en el Tribunal, el escrito de la demandante por el cual descorre traslado de las excepciones previas (folios 796 a 809).
6. El 21 de julio de 2015 el Tribunal decidió declarar infundadas las excepciones previas propuestas por la demandada (folios 810 a 818).
7. El 12 de agosto de 2015 se recibió vía correo electrónico en el Tribunal, el recurso de reconsideración planteado por la demandada contra el Auto del 21 de julio de 2015 (folios 824 a 840).
8. El 29 de septiembre de 2015 el Tribunal decidió declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la demandada contra el Auto del 21 de julio de 2015 (folios 841 a 849).
9. El 13 de octubre de 2015 se recibió vía correo electrónico en el Tribunal, el escrito de la demandante por el cual solicitó el decreto de pruebas documentales y fijación de fecha para alegatos de conclusión (folios 855 a 858).
10. El 27 de octubre de 2015 el Tribunal decidió tener como pruebas ciertos documentos presentados por la demandante, no tener como pruebas otros documentos remitidos junto con la demanda, no abrir período probatorio y convocar a las partes a Audiencia Pública (folios 859 a 866).
11. El 13 de noviembre de 2015 se recibieron vía correo electrónico en el Tribunal, dos escritos de la demandada en los cuales se solicitó diferimiento de la Audiencia Pública (folios 872 a 874), y se planteó recurso de reconsideración contra el Auto del 27 de octubre de 2015 así como nulidad procesal contra lo actuado por el Tribunal (folios 875 a 891).
12. El 23 de noviembre de 2015 el Tribunal decidió prorrogar la realización de la Audiencia Pública (folios 892 a 894).
13. El 30 de noviembre de 2015 se recibió vía correo electrónico en el Tribunal, el escrito de la demandante por el cual solicitó se fije día y hora para la realización de la Audiencia Pública (folios 900 a 903).
14. El 7 de diciembre de 2015 el Tribunal decidió declarar infundado el recurso de reconsideración planteado por la demandada contra el Auto del 27 de octubre de 2015, y declarar infundada la solicitud de nulidad procesal también planteada por la República de Colombia (folios 904 a 909).

15. El 10 de febrero de 2016 se recibió vía correo electrónico en el Tribunal, el escrito de la demandante por el cual reitera su pedido de que se fije fecha para la Audiencia Pública, o en su defecto se corra traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusiones (folios 915 a 918).
16. El 14 de marzo de 2016 el Tribunal decidió convocar a las partes a Audiencia Pública para el 12 de abril de 2016 (folios 919 a 922).
17. El 28 de marzo de 2016 se recibió vía correo electrónico en el Tribunal, el escrito de la demandada por el cual se sustituye el poder para la participación en la Audiencia Pública (folios 928 a 938).
18. El 7 de abril de 2016 el Tribunal decidió reconocer y autorizar a los representantes de la demandada para la Audiencia Pública (folios 942 a 943).
19. El 8 de abril de 2015 se recibió vía correo electrónico en el Tribunal, el escrito de la demandante por el cual otorga poder al abogado que la representará en la Audiencia Pública (folios 948 a 949).
20. El 11 de abril de 2016 el Tribunal decidió reconocer al apoderado de la demandante (folios 950 a 952).
21. El 12 de abril de 2016 se llevó a cabo la Audiencia Pública conforme al Acta 02-AP-TJCA-2016 (folios 957 a 960).
22. El 12 de abril de 2016 se recibió físicamente y por correo electrónico en el Tribunal, los pedidos de la demandada y de la demandante, respectivamente, de que se les entregue copia del registro de audio de la Audiencia Pública (folios 961 y 962).
23. El 13 de abril de 2016 el Tribunal decidió remitir a las partes copia de la grabación de la Audiencia Pública (folios 963 y 964).
24. El 20 de abril de 2016 se recibió vía correo electrónico los escritos de conclusiones de la parte demandada (folios 971 a 991) y de la parte demandante (992 a 1052).
25. El 6 de marzo de 2017 se recibió vía correo electrónico el escrito de la demandada por el cual sustituye el poder especial conferido a su representante (folios 1053 a 1066).
26. El 4 de mayo de 2017 el Tribunal decidió reconocer a la apoderada judicial de la demandada (folios 1067 a 1069).

ANTECEDENTES**A. LAS PARTES**

Demandante: Ángela Vélez Escallón

Demandada: República de Colombia

B. ARGUMENTOS CONTENIDOS EN LA DEMANDA

La demandante sustenta su escrito de demanda con los siguientes argumentos:

1. Identificación de la demandante

- 1.1. Indica obrar en nombre propio, persona natural de nacionalidad colombiana, en su calidad de usuaria de los servicios de telecomunicaciones, abogada afectada en el ejercicio profesional con la aplicación de la sentencia del Consejo de Estado en que no se tramitó la interpretación prejudicial obligatoria.

2. Identificación de la demandada

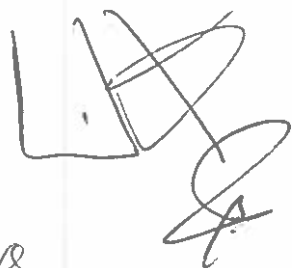
- 2.1. Se demanda a la República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera.

3. Objeto y pretensiones de la demanda

- 3.1. Con la demanda se persigue que este Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina declare en incumplimiento objetivo y flagrante a la República de Colombia - Consejo de Estado, al haber proferido la sentencia del 21 de agosto de 2008 acerca de la nulidad de las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002, expedidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), sin haber tramitado la interpretación prejudicial obligatoria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Con ello, se habría incumplido los Artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal, y 123, 127 y 128 de su Estatuto (Decisión 500).
- 3.2. También persigue la demanda que se ordene a la República de Colombia que adopte las medidas internas encaminadas a cesar el incumplimiento, consistentes en declarar la nulidad de la sentencia del 21 de agosto de 2008 y su providencia aclaratoria, para que previamente a la adopción de la nueva sentencia se tramite la interpretación prejudicial obligatoria ante este Tribunal comunitario.

4. Fundamentos de hecho de la demanda

- 4.1. Se indica que las siguientes sociedades, EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. EEPPEM, EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTÁ ETB, EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI-EMCALI-, UNITEL S.A. E.S.P., CAUCATEL S.A. E.S.P., BUGATEL S.A. E.S.P., TELEPALMIRA S.A. E.S.P., TELEFONOS DE CÁRTAGO S.A. E.S.P., TELEJAMUNDI S.A. E.S.P., EMPRESAS DE SERVICIOS CARVAJAL E.S.P. -ESCARSA-, EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DEL LLANO E.S.P. S.A. -ETELL-, y EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE GIRARDOT S.A. E.S.P., instauraron demanda de nulidad contra los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 del Artículo 2º de la Resolución 463 de 2001, y el Artículo 9º de la Resolución 489 de 24 de abril de 2002, ambas expedidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT).
- 4.2. El 21 de agosto de 2008, la Sección Primera del Consejo de Estado profirió sentencia declarando la nulidad de varios apartados de las normas demandadas.
- 4.3. Por solicitud de las partes, el 29 de enero de 2009, el Consejo de Estado no accedió a la aclaración de la referida sentencia.
- 4.4. Antes de dictar la sentencia del 21 de agosto de 2008, el Consejo de Estado debió suspender el proceso y requerir la interpretación prejudicial obligatoria al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; pues se trató de un proceso de única instancia ordinaria en el que se debieron aplicar varias normas del ordenamiento jurídico andino, y en el que al menos se debatió expresamente sobre la aplicación de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, y de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina. El pronunciamiento del Tribunal Andino es determinante para establecer si la Autoridad de Telecomunicaciones en Colombia es competente para expedir regulación relacionada con los esquemas de remuneración de la interconexión entre operadores de servicios de telecomunicaciones.
- 4.5. Se citan varios procesos judiciales y arbitrales en los que se estaría debatiendo la aplicación de las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT, actualmente Comisión de Regulación de Comunicaciones, CRC), normas relativas a los cargos de acceso en la interconexión entre operadores o proveedores de servicios de telecomunicaciones, y a las competencias de la CRC como Autoridad de Telecomunicaciones en Colombia, que debieron ser autorizadas por el Consejo de Estado en consonancia con la Decisión 462 y la Resolución 423 de la Comunidad Andina.



Handwritten signature and initials in the bottom left corner of the page.

5. Fundamentos de derecho

- 5.1. Se expresa que con la expedición de la sentencia del 21 de agosto de 2008 y su aclaratoria, el Consejo de Estado incurrió en incumplimiento objetivo de las obligaciones de hacer, al no tramitar la interpretación prejudicial del Tribunal Andino previa a la adopción de la sentencia, a pesar de que dentro del proceso interno se vio la necesidad de aplicar normas de la Comunidad Andina contenidas en la Decisión 462 y en la Resolución 432.
- 5.2. Señala que también existe un incumplimiento flagrante por ser una conducta reiterada, tratándose de un incumplimiento evidente y reiterado por parte del Consejo de Estado.

6. Agotamiento de la fase prejudicial ante la Secretaría General de la Comunidad Andina

- 6.1. Manifiesta que el 12 de mayo de 2014 presentó ante la Secretaría General de la Comunidad Andina el reclamo contra la República de Colombia por no haberse tramitado la interpretación prejudicial obligatoria, reclamación presentada en su condición de usuaria de servicios de telecomunicaciones afectada en sus derechos por las tarifas que adoptan las operadoras de telefonía.
- 6.2. Mediante comunicación SG/E/760/2014 del 20 de mayo de 2014, la Secretaría General requirió subsanar la reclamación. El 11 de junio de 2014 la reclamante presentó su escrito de subsanación. El 23 de septiembre de 2014, mediante nota SG/E/1555/2014, la Secretaría General declaró inadmisibile el reclamo y ordenó su archivo, por cuanto no se habría demostrado el interés legítimo para actuar. De este modo, indica, quedó habilitada para acudir directamente ante este Tribunal.

7. Afectación a sus derechos subjetivos por el incumplimiento demandado

- 7.1. Indica que la sentencia expedida por el Consejo de Estado tiene efectos erga omnes, afectándola como usuaria de servicios de telecomunicaciones al haberse adoptado dicha sentencia sin el trámite previo de la interpretación prejudicial. Señala que al ser usuaria de tales servicios, con la sentencia emitida sin haberse tramitado la interpretación prejudicial, se afectan directamente sus derechos. Dicha sentencia y su aclaratoria producen efectos en la interconexión, por ende en la determinación de la tarifa a los usuarios. Los costos eficientes y la utilidad razonable en la interconexión son trasladados por los proveedores u operadores a los usuarios. Lo anterior es totalmente independiente al hecho de que haya sido o no demandante en el proceso de nulidad nacional, pues se trató de una acción pública que no obliga a

participar en el proceso a quienes pueden verse afectados por el resultado erga omnes de la sentencia.

- 7.2. También alega su interés legítimo para defender el ordenamiento jurídico andino, esto es el interés de que se cumplan las normas sobre la obligación del trámite de la interpretación prejudicial y de la aplicación uniforme de la Decisión 462 y de la Resolución 432.
- 7.3. Señala que al exigírsele en la etapa administrativa comunitaria previa, ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, que demuestre la afectación directa en sus derechos subjetivos, se le estaría imponiendo una carga procesal más onerosa que la establecida en el Artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, y en el Artículo 13 de la Decisión 623 de la Comisión, que establecen la afectación en los derechos de la accionante. Cita, además, el Artículo 49 de la Decisión 500 (Estatuto del Tribunal), en el sentido que tal norma establece al demandante que demuestre que las medidas demandadas afectan sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Por lo que concluye que con la información suministrada a la Secretaría General, se acredita la afectación de sus derechos subjetivos e intereses legítimos para actuar en ejercicio de la acción de incumplimiento como usuaria de servicios de telecomunicaciones y como abogada en ejercicio.

8. Declaración de no litigar por los mismos hechos ante la jurisdicción nacional

- 8.1. Consta expresamente su declaración bajo juramento que no se encuentra litigando por los mismos hechos y por la misma causa ante ninguna jurisdicción nacional.

C. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La República de Colombia contestó la demanda soportada en los siguientes argumentos:

1. Excepciones previas

- 1.1. La demandada planteó las excepciones previas de falta de agotamiento de la vía comunitaria previa y falta de requisitos formales de la demanda. Tales excepciones fueron resueltas por este Tribunal mediante Auto del 21 de julio de 2015 (folios 810 a 818), en el sentido de declararlas infundadas.

2. Razones de la defensa

- 2.1. Señala que el Artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal establece la obligación de solicitar y tomar en consideración una interpretación prejudicial cuando en el proceso interno se deba aplicar o se controvierta

una disposición del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, situación que no se presentó en el proceso ante el Consejo de Estado que es objeto de la demanda.

- 2.2. Manifiesta que la demandante invoca la Decisión 462 y la Resolución 432 pero no especifica las disposiciones de la normativa andina que resultaban aplicables en el proceso ante el juez nacional, y que debían ser objeto de una supuesta solicitud de interpretación prejudicial.
- 2.3. Indica que este Tribunal ha dejado claro que en las solicitudes de interpretación prejudicial, es necesaria una relación de las normas del ordenamiento jurídico comunitario requerido en interpretación, lo que no ocurre en el presente caso.
- 2.4. También sostiene que en el proceso nacional que culminó con la sentencia del 21 de agosto de 2008 del Consejo de Estado, se planteaba la nulidad de las Resoluciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), por violación de diversa normativa nacional, no habiendo ninguna norma andina que haya sido objeto de la controversia nacional, por lo que no había obligación de interpretar normas de la Decisión 432 o de la Resolución 462.
- 2.5. Asimismo, indica que en el proceso nacional se solicitó al Consejo de Estado pronunciarse sobre la aplicación de las normas impugnadas a la luz de los compromisos contractuales a fin de garantizar los derechos adquiridos en contratos válidamente celebrados. Por lo que ni en la demanda, ni en la contestación, fue necesario solicitar una interpretación prejudicial ya que el objeto de la demanda nada tenía que ver con la normativa comunitaria andina. No basta con citar o mencionar normas andinas para que se solicite la interpretación prejudicial, lo que se requiere es que haya en realidad un debate sobre la norma andina que amerite la formulación de la solicitud de cooperación judicial.
- 2.6. Asimismo, sostiene que no existe incumplimiento objetivo y flagrante por parte de la República de Colombia, ya que tales figuras se aplican cuando hay una serie de Resoluciones previas de la Secretaría General que califican una medida nacional como restricción al programa de liberación, constatándose que no se haya eliminado tal medida, bastando confrontar entre lo ordenado en tales Resoluciones y los actos del País Miembro. En el presente caso ello no ocurre, pues no existe ningún acto vinculante de la Secretaría General en relación con la medida objeto de la demanda.
- 2.7. Señala que para Colombia, la demandante busca introducir una instancia adicional de revisión de una sentencia judicial, respecto de un proceso nacional en el cual no intervino como demandante, ni coadyuvante de los demandantes, siendo inadmisibles que siete años después pretenda con esta acción poner en entredicho el procedimiento

adelantado ante el Consejo de Estado. No es mediante la acción de incumplimiento que se pretenda obtener un fallo sobre la nulidad de un proceso en el cual ni la actora fue parte, ni se controvertió una norma andina. Invoca jurisprudencia del Tribunal (proceso 02-AI-2008) que sostuvo que dicha acción no es una revisión jerárquica y menos aún una instancia de apelación ni de casación comunitaria.

3. Reclamo que cursa ante la Secretaría General de la Comunidad Andina

3.1. Manifiesta que la demandante, como apoderada de la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, presentó un reclamo ante la Secretaría General en fase prejudicial de la acción de incumplimiento por las mismas medidas atacadas en el presente caso, estando a la espera de la emisión del correspondiente dictamen.

4. Inconducencia de ciertas pruebas

4.1. Solicita que no se tengan como pruebas, por ser inconducentes, diversos documentos aportados por la demandante (folios 775 y 776). Al respecto, el Tribunal mediante Auto de 27 de octubre de 2015 (folios 859 a 866), tuvo como pruebas ciertos documentos presentados por la demandante (anexos 3 a 9) y no tuvo como pruebas otros documentos (anexos 1, 2, 10 a 18). Ante el recurso de reconsideración planteado por la demandada contra dicha providencia, el Tribunal lo declaró infundado mediante Auto del 07 de diciembre de 2015 (folios 904 a 909).

4.2. Finalmente solicita se declare sin fundamento la demanda y se condene en costas a la parte actora.

D. AUDIENCIA

De conformidad con el Artículo 83 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el día 12 de abril de 2016 se llevó a cabo la Audiencia Pública con la asistencia de los representantes de las partes. De las intervenciones quedó constancia en el Acta respectiva. El contenido de las mencionadas intervenciones quedó plasmado en un Disco Compacto que fue anexado al expediente (folios 957 a 960).

E. DE LAS PRUEBAS

El Tribunal mediante Auto del 27 de octubre de 2015 (folios 859 a 866) tuvo como pruebas ciertos documentos presentados por la demandante y no tuvo como pruebas otros documentos, siendo los observados por este Tribunal para la presente sentencia, los siguientes:

- Copia de la sentencia emitida por la Sección Primera del Consejo de Estado de la República de Colombia el día 21 de agosto de 2008,

dentro de la acción pública de nulidad instaurada por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. EEPPM; EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FÉ DE BOGOTÁ ETB; EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI-; UNITEL S.A. E.S.P.; CUACATEL S.A. E.S.P.; BUGATEL S.A. E.S.P.; TELEPALMIRA S.A. E.S.P.; TELÉFONOS DE CÁRTAGO S.A. E.S.P.; TELEJAMUNDI S.A. E.S.P.; EMPRESA DE SERVICIOS CARVAJAL E.S.P. – ESCARSA; EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DEL LLANO E.S.P. S.A. – ETELL; y EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE GIRARDOT S.A. E.S.P., demanda de nulidad que fue instaurada contra los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 del artículo 2º y el artículo 9º de la Resolución núm. 489 de 24 de abril de 2002, ambas expedidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (Radicación No. 11001-03-24-000-2003-00047-01, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno) (Anexo 3).

- Copia de la aclaración a la sentencia emitida por la Sección Primera del Consejo de Estado de la República de Colombia, de fecha 29 de enero de 2009, por la cual se resolvió no acceder a las aclaraciones solicitadas (Radicación No. 11001-03-24-000-2003-00047-01) (Anexo 4).
- Copia de la Resolución CRT 463 de 2001 (Anexo 5).
- Copia de la Resolución CRT 489 de 2002 (Anexo 6).
- Nota de Observaciones contra la República de Colombia – Sección Primera del Consejo de Estado de la República de Colombia, expedida el 15 de febrero de 2013, en un caso idéntico que fue abierto por la Secretaría General de la Comunidad Andina en 2013 (Exp. SG-IN-308), por no haber tramitado la interpretación prejudicial del TJCA antes de emitir la sentencia de nulidad del artículo 4.2.2.20 de la Resolución 463 de 2001 (Anexo 7).
- Copia de la Sentencia expedida por el Consejo de Estado de la República de Colombia el 16 de noviembre de 2012 (Anexo 8).
- Copia de la providencia emitida por el Consejo de Estado de la República de Colombia el 15 de marzo de 2013, por la cual se anuló la anterior sentencia que había emitido y ordenó el trámite de la interpretación prejudicial por parte del TJCA (Anexo 9).

La parte demandada no incorporó ni solicitó la práctica de pruebas.

F. DE LAS CONCLUSIONES DE LAS PARTES

En su orden presentaron alegatos de conclusiones:

a) La República de Colombia

Fundamenta sus alegatos en las siguientes consideraciones:

- 1.1. Además de los planteamientos expuestos en su contestación a la demanda, y en sus recursos de reconsideración antes referidos (recursos que obran a folios 825 a 840, y 876 a 883), la República de Colombia señala que en el caso nacional que culminó con la sentencia de 21 de agosto de 2008, la demanda se refirió a principios que rigen la aplicación de las normas en el tiempo, a la publicidad de actos administrativos de carácter general y a la irretroactividad de las normas; pues no era posible que una norma expedida en abril de 2002 contemplara obligaciones que regían desde enero de 2002, no habiendo ninguna norma andina que sea parte del objeto de la controversia, no debiendo pretenderse que se interprete una norma andina.
- 1.2. Asimismo, señala que en el proceso nacional se debatió la posibilidad de aplicar, en la Resolución compilatoria 489 de la CRT, lo dispuesto en normas previamente derogadas, tampoco siendo pertinente interpretar o aplicar una norma andina, no siendo el objeto de la demanda; y los motivos por los que se solicitó la nulidad tampoco tenían nada que ver con la normativa andina.
- 1.3. Indica que quedó demostrado en la audiencia pública de este proceso, que la parte demandante reconoció no saber cuál era la norma que debía ser aplicada.
- 1.4. Manifiesta que, respecto al supuesto caso "idéntico" en que el Consejo de Estado declaró la nulidad de su sentencia del 15 de noviembre de 2012 por no haberse solicitado la interpretación prejudicial, claramente no existe tal identidad ya que en dicha oportunidad la sentencia destacó en el resumen del trámite del proceso todos los argumentos de los intervinientes en los que se hacía referencia a artículos específicos y perfectamente identificables de la Decisión 462 y de la Resolución 432. En aquel proceso sí hubo alegaciones respecto de posibles quebrantos de los artículos 2 y 20 de la Decisión 462, y de los artículos 4 a 9, y 19 a 23 de la Resolución 432.
- 1.5. Indica que, en la audiencia dentro del presente proceso, la demandante se refirió en forma constante a que el objeto de la demanda nacional ante el Consejo de Estado era la solicitud de declaratoria de nulidad de la Resolución 463 de 2001, lo cual no es cierto, pues la sentencia del 21 de agosto de 2008 recayó sobre la Resolución 489 de 2002.
- 1.6. Manifiesta que la demandante recurre al Tribunal Andino en su doble condición: por ser titular del celular 57-3173681126 es decir usuaria de servicios de telefonía celular, y de otra en su condición de abogada en ejercicio, preguntándose si efectivamente se está ante la alegación de

una vulneración a un derecho subjetivo. Revisada la sentencia del 21 de agosto de 2008, no se encuentra que la demandante haya sido parte en el proceso nacional, por lo que si el objeto de la demanda es la falta de solicitud de interpretación prejudicial, no le asiste ningún derecho sustancial pues no hay ninguna posición de ventaja de la demandante dirigida a la satisfacción de su interés. No es dable que un particular cualquiera pueda tratar de revertir una decisión judicial en la que no ha participado. El hecho de que en Colombia se haya interpuesto una acción pública en su inicio, una vez presentada sólo las partes intervinientes pueden actuar, solicitar pruebas, presentar recursos y alegatos.

- 1.7. También señala que la demandante no aclara de qué manera la sentencia le afecta para el ejercicio de su profesión; sin presentar prueba alguna que demuestre la afectación de su supuesto derecho subjetivo, y que la sentencia emitida en un proceso en la que no tuvo participación, le afecta. Tampoco existe prueba de que la demandante es usuaria de los servicios TPBCLND, TPBCLDI, TPBCLE, TMC y PCS.
- 1.8. Indica que el Artículo 128 del Estatuto del Tribunal no es una norma especial que prime o derogue a la norma superior como es el Artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, que exige la existencia de la afectación de los derechos del particular cuando pretenda demandar a un País Miembro, ni tampoco deroga el requisito especial del Artículo 49 del Estatuto relacionado con la obligación de presentar con la demanda la prueba de la afectación de sus derechos.
- 1.9. Respecto a la falta de agotamiento de la vía comunitaria previa, señala que los 75 días siguientes a la presentación del reclamo nunca empezaron a correr, pues nunca hubo propiamente un reclamo contra Colombia. Una inadmisión contemplada en una norma andina impide que se dé inicio a los procesos o procedimientos, pues se trata de requisitos de procedibilidad. Insiste que debió prosperar su excepción, de lo contrario los particulares dejarán de cumplir los requisitos del Artículo 14 de la Decisión 623, obtendrán un acto de inadmisión del reclamo y esperarán 75 días para dirigirse directamente al Tribunal, atentándose contra la estructura del mecanismo de solución de controversias.
- 1.10. Por lo que reitera que se rechacen las peticiones de la demandante por sustentarse en supuestos infundados, se declare que Colombia, al haber proferido la sentencia del 21 de agosto de 2008 por parte del Consejo de Estado, no incurrió en incumplimiento del ordenamiento comunitario andino.

b) La demandante

Fundamenta sus alegatos en los siguientes argumentos:

- 1.1. Además de los planteamientos expuestos en la demanda, Ángela Vélez Escallón manifiesta que en la audiencia su apoderado señaló que el proceso de nulidad ante el Consejo de Estado también versó sobre asuntos sustantivos regulados por la Decisión 462 y por la Resolución 432, por lo que sí se debió decretar la interpretación prejudicial obligatoria.
- 1.2. La demandante destaca, como aspectos sustantivos del proceso nacional de nulidad en los que se hace referencia a materias reguladas por la Decisión 462 y por la Resolución 432, ciertos apartes de la sentencia del 21 de agosto de 2008 del Consejo de Estado, respecto de los cuales este Tribunal se habría pronunciado en la sentencia del proceso 118-IP-2013.
- 1.3. Asimismo, destaca ciertos apartados de las demandas presentadas por EDATEL y por ORBITEL S.A. ESP, para sostener que si el Consejo de Estado hubiera estudiado los cargos de nulidad y las respuestas de la CRC, de EDATEL y de ORBITEL, habría concluido que lo referente a los argumentos de las partes sobre cargos de acceso en la interconexión, lo obligaban a tramitar la interpretación prejudicial del Tribunal Andino, y a incorporar dicho concepto prejudicial en su sentencia.
- 1.4. Indica que el Consejo de Estado debió decretar la interpretación prejudicial para determinar si la CRC era competente para expedir la regulación constante en la Resolución 463 de 2001, y para establecer si la CRC cumplió o no con la invocada normativa andina.
- 1.5. En respuesta a la pregunta del Tribunal formulada en la audiencia, indica que lamentablemente la sentencia del 21 de agosto de 2008 sólo se ocupó de los aspectos planteados en el numeral 1º del Capítulo I sobre "FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA", y dejó de hacer un análisis de fondo sobre los aspectos sustantivos de la demanda, de la contestación por parte de la CRC y de las impugnaciones de EDATEL, ORBITEL y del Ministerio Público, los cuales debieron ser tenidos en cuenta para pronunciarse sobre la nulidad de los artículos acusados cuya nulidad no declaró, o declaró parcialmente sólo respecto a los temas no regulados por la normativa andina.
- 1.6. En respuesta a otra pregunta del Tribunal, indica que a su juicio las normas cuya interpretación prejudicial debió decretar el Consejo de Estado previamente a expedir su sentencia, serían los Artículos 2, 4 numeral 1, 30 literal b), 31 y 32 de la Decisión 462; y Artículos 1, 3, 5, 7, 8, 13, 14, 16, 17, 18, 19 y 20 de la Resolución 432, que se referirían al tema "Competencia de la CRC para adoptar normas regulatorias en materia de interconexión". Los Artículos 30, 31 y 32 de la Decisión 462; y los Artículos 18, 19 y 20 de la Resolución 432, sobre los temas "Elementos esenciales a tener en cuenta para la adopción de regulación sobre cargos de acceso o remuneración de la interconexión", e

"Inmutabilidad de los contratos de interconexión y el cumplimiento de los elementos esenciales de la interconexión".

- 1.7. Indica que en el presente proceso, han quedado probados los siguientes hechos: (i) los antecedentes normativos relacionados con la facultad de la CRC para expedir regulación en materia de interconexión entre operadores de servicios de telecomunicaciones y para establecer los elementos esenciales de la interconexión. (ii) La autoridad suprema de la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el Consejo de Estado. (iii) Que la medida a través de la cual la República de Colombia incumple el ordenamiento comunitario, es la sentencia del 21 de agosto de 2008 del Consejo de Estado. (iv) Que el Consejo de Estado incurrió en incumplimiento objetivo al no tramitar la interpretación prejudicial obligatoria.
- 1.8. Señala que la interpretación prejudicial que no se solicitó, es determinante para establecer si la CRC es competente para expedir regulación relacionada con los esquemas de remuneración de la interconexión entre operadores de servicios de telecomunicaciones; si la regulación expedida por la CRC demandada en nulidad cumple con los elementos esenciales de la interconexión establecidos en normas andinas, a las cuales se han referido numerosas sentencias del Tribunal (procesos 89-IP-2013, 161-IP-2013, 181-IP-2013, 255-IP-2013, 261-IP-2013, 14-IP-2014, 16-IP-2014 y 79-IP-2014), en que se ha indicado como tales elementos a la obligatoriedad de la interconexión, los costos eficientes y el margen razonable de utilidad; y, si la regulación adoptada por la CRC tiene la posibilidad de modificar los contratos de interconexión suscritos con anterioridad a los cambios regulatorios.
- 1.9. Indicó no estar cuestionando el fondo de la sentencia del 21 de agosto de 2008, sino que se demanda el incumplimiento por no haberse tramitado la interpretación prejudicial cuando en el caso claramente debió estudiarse la Decisión 462 y la Resolución 432. No se persigue una revisión jerárquica ni se pretende una instancia de casación comunitaria.
- 1.10. Respecto a los argumentos de Colombia de que la demandante no cumple los requisitos de legitimación del Artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, y sobre la falta de agotamiento previo de la fase administrativa, indica que ambos asuntos ya fueron resueltos por el Tribunal en la presente causa, siendo confirmadas sus decisiones por el Tribunal tras las impugnaciones de la demandada, con lo que se desconocería el principio de cosa juzgada.
- 1.11. Requiere la condena en costas a la República de Colombia.

CONSIDERANDO:

- 1.1. Que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para conocer de la presente controversia en virtud de lo previsto en los Artículos 23 y 24 de su Tratado de Creación, concordados con las normas del Título II de su Estatuto (Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores), y del Título II de su Reglamento Interno, mediante las cuales se regula lo pertinente a la Acción de Incumplimiento.
- 1.2. Que se han observado las formalidades inherentes a la Acción de Incumplimiento, sin que exista irregularidad procesal alguna que invalide lo actuado.
- 1.3. Que en este estado procesal y habiéndose agotado todo el trámite conforme lo establece la normativa comunitaria andina, se procederá a dictar sentencia, para lo cual el Tribunal estima necesario referirse a los siguientes aspectos:

I. PRECISIONES SOBRE LA LEGITIMACIÓN PARA QUE LOS PARTICULARES INTERPONGAN UNA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

- 1.1. Sobre la legitimación de la demandante para interponer la presente Acción de Incumplimiento, este Tribunal sostuvo en su Auto del 20 de febrero de 2015 (folios 739 a 746), que la actora cumplió con el supuesto planteado en el segundo párrafo del Artículo 128 del Estatuto del Tribunal, que establece que *"Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal"*.
- 1.2. Por tal motivo, el Tribunal señaló en el referido Auto que la actora acudió al Tribunal alegando que el Consejo de Estado no solicitó la respectiva interpretación prejudicial de conformidad con los Artículos 33 de su Tratado de Creación y 123 del Estatuto; por lo que la demandante cumplió con los requisitos de legitimidad activa previstos en el Artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como en los Artículos 49 literal b) y 128 de su Estatuto.
- 1.3. Asimismo, mediante Auto del 21 de julio de 2015 (folios 810 a 818), por el cual el Tribunal declaró infundadas las excepciones previas, se sostuvo que:

"En el auto de 20 de febrero de 2015, el Tribunal encontró que la demandante gozaba de legitimación activa, ya que el artículo 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

establece un escenario especial para dicha legitimidad. Prevé que cualquier particular, parte o no de un proceso judicial, pueda acudir a la acción de incumplimiento cuando el juez respectivo se encuentre obligado a solicitar la interpretación prejudicial y no lo haga. Esta norma especial se encuentra validada por la importancia de la interpretación prejudicial para el sistema jurídico comunitario andino.

De conformidad con lo anterior, el argumento de que la demandante no cuenta con legitimidad porque no fue parte del proceso judicial no tiene sustento jurídico”.

- 1.4. Cabe señalar que ante el recurso de reconsideración del Auto del 21 de julio de 2015, planteado por la República de Colombia, el Tribunal lo declaró infundado mediante Auto del 29 de septiembre de 2015 (folios 841 a 849), en el cual sostuvo sobre este tema lo siguiente:

“La actora es habitante de la subregión y, en consecuencia, puede utilizar los mecanismos idóneos que ampara la normativa comunitaria andina. La actora presentó una acción de incumplimiento acreditando su legitimación activa (...).

Además de lo anterior y de manera complementaria, el Tribunal encuentra que la medida supuestamente infractora tiene efecto de carácter general o erga omnes (sentencia de 21 de agosto de 2008, expedida por el Consejo de Estado de la República de Colombia - La sentencia se encuentra disponible en www.evaluamos.com/2006/PDF/090129sentCExres489.pdf), lo que quiere decir que se encuentra dirigida directamente a los prestadores de los servicios de telecomunicaciones, e indirectamente a todos los usuarios de los mismos, quienes son los afectados por la eficiencia y los costos del servicio.

De la información consignada en el expediente, el Tribunal observa que la actora es usuaria de los servicios de telecomunicaciones (el Tribunal advierte que la demandante es usuaria de servicios de telecomunicaciones, ya que en el punto 14 de la demanda presentó el teléfono y fax de su dirección de notificaciones) y, en esta medida, podría verse afectada por la medida supuestamente infractora, en la operatividad y los costos”.

- 1.5. Sin perjuicio de lo antes detallado, y dado que la República de Colombia ha insistido en sus alegatos, tanto de la audiencia pública como en la etapa de conclusiones, sobre la falta de legitimación de la demandante para interponer la presente acción, es procedente precisar el tema de la referida legitimación en la presente causa.

- 1.6. Las disposiciones del segundo párrafo del Artículo 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹, evidentemente deben entenderse dentro de los requisitos de legitimación para interponer una Acción de Incumplimiento. Tales requisitos están contemplados en el Tratado de Creación del Tribunal, Artículos 23 a 25, reiterado en el propio Estatuto (Artículo 108).

En efecto, sobre la legitimación de las personas naturales o jurídicas para interponer la Acción de Incumplimiento, el primer párrafo del Artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal establece que:

"Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24." (Destacado fuera de texto).

El Estatuto, a su vez, señala en los Artículos 49 literal b) y 108 que:

"Artículo 49.- Requisitos adicionales de la demanda en acción de incumplimiento

La demanda de incumplimiento deberá llevar anexa, además de lo determinado en el artículo 46:

(...)

- b) *Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos; y,*

(...)

Artículo 108.- Titulares de la acción

Son titulares de la acción de incumplimiento: la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, con arreglo a las disposiciones de los artículos 23, 24 y 25 del Tratado y al Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General".

¹ Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores

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

(...)

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

- 1.7. Para una adecuada comprensión de los requisitos de legitimación, es necesario diferenciar dos niveles, a saber:
- **Primer nivel:** El simple interés para presentar una acción, que es el interés común de todos los habitantes. En este caso, bastaría la identificación, existencia y debida representación del accionante. Este criterio de legitimación activa no se encuentra contemplado en la normativa comunitaria que regula la acción de incumplimiento.
 - **Segundo nivel:** La afectación de un derecho subjetivo o un interés legítimo, como sigue:
 - i. **Afectación de un derecho subjetivo.** Se refiere a la necesaria identidad entre el afectado y el titular de la acción de reclamación, y al deber de éste de demostrar la afectación de un derecho actual, inmediato y directo, que se ve lesionado o potencialmente lesionado por el acto reclamado.
 - ii. **Afectación a un interés legítimo.** No se trata de que el recurrente deba tener un interés personalísimo, en el sentido de individual y exclusivo, pero sí uno particular en el sentido de presentar alguna afectación a su órbita de acción o situación jurídica, diferenciándose así del mero interés general. La persona que ejerce la acción se encuentra de esta manera comprendida en la órbita de incidencia del acto reclamado, pudiendo ser su interés de carácter real o potencial, patrimonial o moral.
- 1.8. De conformidad con el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 49 literal b) de su Estatuto, la legitimidad activa para presentar una acción de incumplimiento por parte de los particulares se encuentra en el segundo nivel, es decir, en demostrar la afectación a sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, de conformidad con lo manifestado anteriormente.
- 1.9. Por tanto, en el presente caso, sobre la base del análisis de los méritos sustantivos de las alegaciones planteadas por las partes en el curso del presente proceso, y de la información generada por el Tribunal para emitir la presente sentencia, con base en el control de oficio de la legitimidad de sus actos, corresponde señalar que la parte actora únicamente contaba con un simple interés. Se hace esta aclaración en este estado procesal de la causa, aun habiéndose admitido a trámite la demanda, al haberse declarado infundada la excepción previa de la demandada sobre este asunto, y al haberse declarado también infundado el recurso de reconsideración.

a. DEL AGOTAMIENTO DE LA FASE PREJUDICIAL ANTE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

- 1.1. Dado que en su escrito de conclusiones la República de Colombia vuelve a reiterar su alegación sobre la falta de agotamiento de la fase prejudicial, corresponde insistir en lo manifestado en el presente proceso mediante Auto del 29 de septiembre de 2015 (folios 841 a 849), en el sentido que sí se agotó la vía comunitaria previa bajo las siguientes razones:

“En el caso particular la Secretaría General le otorgó 15 días a la demandante para subsanar el reclamo (Nota No. SG7E/760/2014 de 20 de mayo de 2014), argumentando que no se demostró la afectación a los derechos subjetivos e intereses legítimos; la demandante presentó un escrito, a su criterio, subsanando el reclamo y argumentando la afectación a sus derechos subjetivos e intereses legítimos (escrito de 11 de junio de 2014); la Secretaría General encontró que no era suficiente la argumentación de la demandante y decidió inadmitir el reclamo.

Es evidente, entonces, que la reclamante realizó todas las acciones necesarias para agotar la fase pre contenciosa aunque formalmente no se hubiese iniciado el procedimiento respectivo. La etapa prejudicial es un requisito de procedibilidad para poder ejercer la acción de incumplimiento y, en dicho sentido, su agotamiento debe entenderse surtido con la presentación del reclamo y su regularización.

No es de recibo, bajo ningún aspecto, que la Secretaría General se arroge la facultad de decidir cuándo un particular tiene o no legitimidad activa para acudir al Tribunal. La opinión, fundada o no de la Secretaría General, no tiene la virtualidad de impedir el derecho de acción de la reclamante, si esta última ha cumplido con presentar el reclamo y regularizarlo a tiempo. Si esto no fuera así, caeríamos en el equívoco de considerar que el órgano administrativo es el intérprete autorizado del derecho comunitario andino. El Tribunal advierte que lo que se está interpretando en este caso es el derecho originario: el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Es de suma trascendencia recordar que sin perjuicio que la Secretaría General de la Comunidad Andina en ejercicio de sus competencias inadmita un reclamo en fase prejudicial, en definitiva es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el encargado de fijar el sentido y alcance de la normativa comunitaria. En efecto, es el único que puede determinar cuándo un particular tiene legitimación activa para presentar la acción en el marco del ordenamiento jurídico andino. Si esto es así, lo pertinente es

considerar agotada la fase prejudicial en el caso planteado, permitir el acceso a la justicia del reclamante y, además, dar vía libre para que el Tribunal analice en sede judicial el asunto.

Ahora bien, que la reclamante no hubiera presentado un recurso de reconsideración contra el acto de inadmisión del reclamo, tampoco es un argumento pertinente, ya que el recurso de reconsideración es de carácter horizontal y una facultad del reclamante, por lo que, su interposición no es necesaria para agotar la vía precontenciosa de la acción de incumplimiento.

Tampoco es de recibo el argumento de la falta de participación de la República de Colombia en la fase prejudicial, ya que al impedirse el trámite del reclamo nunca se trabó el objeto de la controversia. Es importante recordar que el país miembro participa para evitar que sea declarado su incumplimiento por la Secretaría General. En el presente caso el dictamen de incumplimiento nunca hubiera arribado, simplemente porque la Secretaría General no admitió el paso al trámite precontencioso. En el escenario planteado no se vulneró el derecho de defensa de la República de Colombia, el cual sí podrá ser ejercido claramente en sede judicial ante el juez comunitario andino”.

- 1.2. Asimismo, de los antecedentes anotados se desprende lo siguiente:
- a) La demandante presentó su reclamo ante la Secretaría General de la Comunidad Andina el 12 de mayo de 2014;
 - b) La Secretaría General, el 20 de mayo de 2014, solicitó subsanar la petición;
 - c) El 11 de junio de 2014, se presentó el escrito de subsanación;
 - d) El 23 de septiembre de 2014, la Secretaría General encontró que no era suficiente la argumentación de la reclamante y decidió inadmitir el reclamo;
 - e) El 29 de diciembre de 2014, la demandante presentó la acción de incumplimiento ante este Tribunal.
- 1.3. El tercer párrafo del Artículo 24 y primer párrafo del Artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, señalan que:

“Artículo 24 (...)

Si la Secretaría General no emite su dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.” (Destacado fuera de texto).

Artículo 25

Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24. (...)”.

- 1.4. De conformidad con las normas transcritas y los hechos expuestos, la demandante efectivamente acudió a la Secretaría General de la Comunidad Andina y presentó su escrito de subsanación a su reclamo, y la Secretaría General decidió inadmitirlo, por lo que, vencido el término de 75 días desde la fecha de presentación del reclamo, la actora presentó su demanda ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, conforme a lo previsto en la normativa comunitaria señalada.
- 1.5. Por tanto, el Tribunal ha dejado sentado en el presente expediente que se ha agotado la fase prejudicial ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, correspondiendo rechazar este argumento de la República de Colombia.

b. DEL RECLAMO SIMILAR ANTE LA SECRETARÍA GENERAL

- 1.1. La parte demandada ha señalado que existiría un reclamo similar ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, con dictamen emitido a su favor. Sin haberse proporcionado mayor detalle por la parte interesada, este Tribunal ha hecho la respectiva búsqueda en documentación pública de la Secretaría General, y ha encontrado el Dictamen No. 03-2013, del 13 de mayo de 2013, relativo al reclamo instaurado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP contra la República de Colombia, por presunto incumplimiento de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado “al haber proferido sentencia del 15 de noviembre de 2012, sin haber solicitado la interpretación prejudicial obligatoria al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.
- 1.2. Al respecto, cabe señalar que en aquel procedimiento administrativo seguido ante la Secretaría General, el Dictamen dispone que ha quedado demostrado que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia, declaró mediante auto del 14 de marzo de 2013, la nulidad de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2012, y dispuso en su lugar la suspensión del proceso y la elaboración de la solicitud de interpretación prejudicial, por lo que no habría situación de incumplimiento.
- 1.3. Asimismo, las partes en aquel reclamo administrativo (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP contra la República de Colombia) no fueron las mismas que en la presente Acción de Incumplimiento (Ángela Vélez Escallón contra la República de Colombia); y, el objeto de

aquel reclamo era que se declare el incumplimiento de Colombia al no haberse solicitado la interpretación prejudicial antes de haberse proferido la sentencia del 15 de noviembre de 2012, mientras que la presente Acción consiste en el presunto incumplimiento de Colombia al no haberse solicitado la interpretación prejudicial antes de emitirse la sentencia del 21 de agosto de 2008.

- 1.4. Por tanto, al no existir identidad subjetiva ni objetiva entre ambos procedimientos, corresponde rechazar este argumento de la demandada.

c. OBJETO DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO

- 1.1. El objeto de la demanda interpuesta por la ciudadana Ángela Vélez Escallón es la declaratoria de incumplimiento en la que incurrió la República de Colombia, al no haberse solicitado la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina por parte del Consejo de Estado, antes de proferir la sentencia del 21 de agosto de 2008, vulnerado los Artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal, y 123, 127 y 128 de su Estatuto.
- 1.2. Asimismo, como parte de la declaratoria del referido incumplimiento se requiere que el País Miembro demandado adopte las medidas internas encaminadas a cesar dicho incumplimiento, declarando la nulidad de la sentencia del 21 de agosto de 2008, y requiriendo la interpretación prejudicial antes de emitir la nueva sentencia.

II. CUESTIÓN EN DEBATE

- 1.1. De conformidad con lo expuesto, corresponde analizar si existe o no el incumplimiento denunciado al haberse proferido, por parte de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia, dentro del expediente número 2003-00047, la sentencia del 21 de agosto de 2008, que resolvió la acción de nulidad de las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002, expedidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), sin haber sido solicitada la interpretación prejudicial obligatoria al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

III. RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y ANÁLISIS DE LOS CARGOS

- a. **Primer problema jurídico: la figura de la interpretación prejudicial**

1.1. Conforme lo ha expresado el Tribunal en reiterada jurisprudencia, la figura de la interpretación prejudicial consiste en lo siguiente:²

- Es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que este último, representado por el Tribunal de Justicia, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria y al primero le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno.³ Su finalidad no es otra que resguardar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico comunitario andino por todos los jueces en el territorio de los Países Miembros.
- En efecto, la función del Tribunal comunitario en estos casos, es la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, es decir buscar el significado para precisar su alcance; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia.⁴ No obstante, el Tribunal de Justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos por disposición expresa del Artículo 34 de su Tratado de Creación, cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.
- Cualquier juez de un País Miembro puede, de oficio o a petición de parte, solicitar del Tribunal Andino de Justicia la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina —contenidas en el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; en el Tratado de Creación del Tribunal y sus Protocolos Modificatorios; en las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión; en las Resoluciones de la Secretaría General; y, en los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros en el marco del proceso de integración andina—, en todos aquellos casos en que éstas deban ser aplicadas o sean controvertidas por las partes en un proceso interno.
- Los órganos judiciales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno —o si sólo fueran procedentes recursos que no permitan revisar la norma sustantiva comunitaria⁵—, están obligados, en todos los procesos en los que deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria, a solicitar la interpretación prejudicial, incluso cuando ya exista un

² Tomado de la "Nota Informativa sobre el Planteamiento de la Solicitud de Interpretación Prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales", disponible en la página web del Tribunal www.tribunalandino.org.ec Reiterada en múltiple jurisprudencia.

³ Interpretación Prejudicial del 17 de febrero de 1994, dictada en el proceso 6-IP-93.

⁴ Interpretación Prejudicial del 3 de septiembre de 1999, dictada en el proceso 30-IP-99.

⁵ Interpretación Prejudicial del 3 de diciembre de 1987, emitida en el proceso 01-IP-87. E Interpretación Prejudicial del 25 de septiembre de 1990, dictada en el proceso 3-IP-90.

pronunciamiento anterior del Tribunal sobre la misma materia debatida⁶ o sobre casos similares o análogos.⁷

- En los casos en los que la consulta de interpretación prejudicial sea obligatoria —jueces nacionales de única o de última instancia ordinaria—, el planteamiento de la solicitud lleva consigo la suspensión del proceso interno hasta que el Tribunal comunitario se pronuncie, constituyéndose en un presupuesto procesal de la sentencia⁸ y en una solemnidad inexcusable e indispensable⁹ que debe tener presente el juez nacional antes de emitir su fallo, cuya inobservancia puede derivar en acciones de incumplimiento y vicios procesales de consecuencias impredecibles.¹⁰
- La interpretación prejudicial no es ni puede asimilarse a una prueba, tampoco es la simple absolución de un cuestionario, ni está llamada a constituirse en un informe de expertos o en una opinión jurídica de tipo doctrinal.¹¹ Su naturaleza es la de un incidente procesal, de carácter no contencioso.
- La solicitud del juez nacional por la cual requiere la interpretación prejudicial debe motivarse de manera sucinta, pero suficientemente completa, de modo que permita al Tribunal lograr una comprensión global del caso consultado. En efecto:

Debe, en particular, incluir un informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para que el Tribunal Andino pueda cumplir su cometido, la relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere y las alegaciones que se hubieren hecho respecto de la aplicación de tales normas; deberá asimismo ir acompañada de una copia de los documentos necesarios que sustenten el informe sucinto de los hechos y de las disposiciones nacionales aplicables; todo ello con el objeto de permitir al Tribunal de Justicia enfocar u orientar la interpretación al caso concreto, de suerte que ésta resulte efectivamente útil para el juez que debe fallar. De otro modo, la interpretación que adopte el Tribunal podría resultar demasiado general y abstracta en el inagotable universo de la teoría jurídica e

⁶ Interpretación Prejudicial del 24 de noviembre de 1989, emitida en el proceso 7-IP-89.

⁷ Interpretación Prejudicial 01-IP-97, ya citada. Así mismo, Interpretación Prejudicial del 7 de agosto de 1995, proceso 4-IP-94.

⁸ Interpretación Prejudicial del 18 de junio de 1999, dictada en el Proceso 6-IP-99.

⁹ Interpretación Prejudicial del 17 de marzo de 1995, dictada en el Proceso 10-IP-94.

¹⁰ Interpretación Prejudicial del 29 de agosto de 1997, dictada en el Proceso 11-IP-96.

¹¹ Interpretación Prejudicial 10-IP-94, ya citada; e Interpretación Prejudicial del 10 de abril de 2002, proceso 01-IP-2002.

inútil, en consecuencia, tanto para decidir el caso como para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario.¹²

- La consulta prejudicial puede presentarse en cualquier tiempo antes de dictar sentencia,¹³ aunque, a los efectos de lograr una comprensión global del asunto debatido y que la respuesta del Tribunal de Justicia resulte útil, es deseable que la decisión de plantear una solicitud de interpretación prejudicial se adopte después de haber oído a las partes, de modo que el juez nacional tenga los elementos de juicio necesarios para resumir, en la correspondiente solicitud, el marco fáctico y jurídico del litigio.
- Requerida la interpretación prejudicial, pasa a ser de la exclusiva competencia del Tribunal de Justicia el determinar cuáles son, en definitiva, las normas pertinentes a interpretar, adicionando o restringiendo, según el asunto de que se trate, el acervo de las normas sugeridas o no por el requirente; le corresponde también absolver la consulta en el orden de prelación que él mismo estime conducente.¹⁴
- Una vez notificada la interpretación prejudicial al juez nacional, éste continuará la tramitación del proceso interno y en su sentencia deberá adoptar el pronunciamiento del Tribunal Andino.¹⁵ Además, el juez nacional remitirá al Tribunal de Justicia la sentencia dictada en los casos objeto de interpretación prejudicial.¹⁶
- La solicitud de interpretación prejudicial y los documentos pertinentes deben ser enviados por correo a la sede del Tribunal, en la ciudad de Quito.

Como colorario de lo todo lo anterior, tenemos que la interpretación prejudicial es un mecanismo fundamental para el control de la validez y eficacia del derecho comunitario andino, y sólo es posible en el marco del principio de colaboración entre el juez nacional y el comunitario andino.

b. Segundo problema jurídico: aplicación de la figura de la interpretación prejudicial al caso *sub examine*

1.1. Ha sido adjuntada a la demanda objeto de la presente causa, la sentencia del 21 de agosto de 2008 de la Sección Primera, Sala de lo

¹² Proceso 30-IP-99, ya citado.

¹³ Proceso 01-IP-97, ya citado.

¹⁴ Interpretación Prejudicial del 11 de octubre de 1994 dictada en el Proceso 01-IP-94.

¹⁵ Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal.

¹⁶ Artículo 128, tercer párrafo, del Estatuto del Tribunal (Decisión 500).

Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia (folios 39 a 72), emitida dentro del expediente número 2003-00047, de cuya lectura se puede desprender que una de las empresas intervinientes en la causa interna (EDATEL S.A. E.S.P., en defensa de la legalidad de las normas impugnadas) invocó diversa normativa comunitaria como sustento de sus alegaciones, entre las cuales consta *"la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y la Resolución 432 de 2000, expedida por la Secretaría General de la Comunidad Andina"*.

- 1.2. Sin embargo, de las consideraciones que se desprenden de la sentencia referida, se tiene que el asunto principal de la nulidad declarada se refirió a que todo acto administrativo de carácter general *"solamente es obligatorio cuando haya sido publicado en el Diario Oficial... y en este caso la publicación de la Resolución 489 contentiva de las disposiciones controvertidas se hizo el 24 de abril de 2002... luego ellas no podían tener fuerza vinculante antes, so pena de vulnerar el principio de irretroactividad, implícito en las normas legales que consagran la obligatoriedad de los actos de carácter general después de su promulgación"* (folio 67).
- 1.3. Por tanto, se puede verificar que las normas andinas si bien fueron invocadas por una de las empresas intervinientes en el proceso nacional, no fueron controvertidas y menos aplicadas para la decisión final de la sentencia,¹⁷ por lo que, de conformidad con lo previsto en el Artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal, para que proceda la interpretación prejudicial de alguna disposición del ordenamiento comunitario andino, no es necesario que las partes invoquen la norma o soliciten su interpretación, sino que el consultante detecte que se ha controvertido alguna norma andina y, sobre todo, que para resolver la causa se deba aplicar y aplique dicha norma.
- 1.4. Cabe señalar que la solicitud de interpretación prejudicial requerida por el Juez nacional no limita la facultad de este Tribunal de Justicia de efectuar la interpretación de las normas andinas pertinentes, ya que puede, de oficio, modificar las normas a interpretarse, suprimiendo o agregando a las solicitadas por el consultante, conforme lo considere más adecuado para la aplicación en el caso concreto.
- 1.5. Lo anterior ha sido expuesto por el Tribunal del siguiente modo:

"(...) es obligación del juez nacional constatar si dentro del proceso a su cargo resulta previsible que deban aplicarse normas comunes a fin de decidir el proceso, antes de proceder a solicitar su interpretación"

¹⁷ Las normas nacionales aplicadas por el Consejo de Estado fueron los Artículos 11 y 12 del Código Civil, 52 y 53 del Código de Régimen Político y Municipal, y 43 del Código Contencioso Administrativo, relacionados con la imposibilidad de aplicar en la Resolución compilatoria 489 de la CRT, lo dispuesto en normas previamente derogadas, para que no sea retroactiva.

prejudicial teniendo en cuenta que la causa, razón o circunstancia para la interpretación se produce cuando, como hemos dicho, 'Los jueces nacionales (...) conozcan de un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena (...)'. No basta por tanto que dentro del proceso se citen determinadas normas de la integración, bien sea por las partes o por el agente del Ministerio Público, para que el juez de la causa, automáticamente, decida formular la solicitud de Interpretación Prejudicial al Tribunal, sin constatar previamente que dicho trámite se justifica. De procederse en esta forma se estaría utilizando el recurso prejudicial sin necesidad alguna, lo cual redundaría en la dilación injustificada de los procesos, con evidente quebranto de los más elementales principios de economía procesal que garantiza la celeridad de los procesos.

Es evidente que el juez nacional es quien debe determinar si se requiere o no la Interpretación Prejudicial, pero tal determinación no es arbitraria y debe hacerse con pleno conocimiento de causa ya que, según se desprende del citado Artículo 29 [actual 33] del Tratado del Tribunal, sería improcedente la solicitud de Interpretación de normas comunitarias cuya aplicación no resulte necesaria, según los términos en los que se haya planteado la litis".¹⁸ (Destacado fuera de texto).

- 1.6. Debe entonces estar claro que la simple invocación de una norma andina por una de las partes ante un Juez nacional, como la cita de tal norma en fundamentación de sus argumentos, no puede ser un presupuesto que vincule al Juez para que active la figura de la interpretación prejudicial ante este Tribunal Comunitario. Lo esencial para que se requiera dicha interpretación –se reitera– es que las normas andinas, habiendo sido o no invocadas por la o las partes procesales, sean controvertidas en el caso concreto, entendiéndose por ello que haya existido una discusión extensa y detenida, con opiniones contrapuestas, sobre tales normas; o que el Juez nacional deba necesariamente aplicar dichas normas comunitarias para resolver el caso.
- 1.7. De conformidad con lo previsto en los Artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 123 de su Estatuto, como parámetros que deberán observarse a fin de conocer con certeza si un Juez nacional está obligado a solicitar la interpretación prejudicial a este Tribunal, tenemos los siguientes:
 - Que cualquiera de las partes en el proceso nacional haya invocado una norma andina como sustento de sus alegaciones.

¹⁸ Interpretación Prejudicial del 18 de marzo de 1991, emitida dentro del proceso 02-IP-91.

- Que ante tal invocación, cualquier otra de las partes en el proceso nacional controvierta la interpretación o aplicación de dicha norma andina, o de otras normas andinas, como sustento de sus alegaciones.
- Que el Juez nacional que va a resolver la causa necesariamente tenga que aplicar una norma andina para fallar el asunto, más allá de si fue o no invocada o controvertida por cualquiera de las partes.

Estos parámetros no son concurrentes, pero el último es necesario para establecer la obligatoriedad de la solicitud de interpretación prejudicial.

- 1.8. Por tanto, en el caso nacional que llevó a la emisión de la sentencia del 21 de agosto de 2008 objeto del presente proceso, no resultó pertinente la aplicación de normativa andina, por lo que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia, para resolver el proceso 2003-00047, no debió solicitar la interpretación prejudicial de norma alguna del ordenamiento de la Comunidad Andina, de conformidad con las constataciones plasmadas en los puntos 1.2. y 1.3 de este acápite.
- 1.9. Por lo expuesto, al no existir sustento para proseguir con el análisis del supuesto incumplimiento demandando, no corresponde que se analicen los puntos relativos a si el presente proceso se podría constituir en instancia adicional de revisión de una sentencia nacional, y sobre el incumplimiento objetivo y flagrante demandado.

c. Tercer problema jurídico: precisiones sobre los derechos previstos en el segundo párrafo del Artículo 128 del Estatuto del Tribunal

- 1.1. Adicional a los aspectos señalados en la presente sentencia, el Tribunal estima apropiado referirse al tercer problema jurídico planteado en relación con lo acaecido en el presente proceso, a cuyo efecto corresponde tener en cuenta que el segundo párrafo del Artículo 128 del Estatuto del Tribunal (Decisión 500) establece lo siguiente:

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

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

- 1.2. Como se ha indicado en el acápite I de la presente sentencia, relativo a las *Precisiones sobre la legitimación para que los particulares interpongan una Acción de Incumplimiento*, concretamente en el párrafo 1.6. de la página 17, cabe reiterar que las disposiciones del citado

segundo párrafo del Artículo 128 del Estatuto deben entenderse dentro de los requisitos de legitimación para interponer una Acción de Incumplimiento previstos, para el caso de que el demandante sea una persona natural o jurídica, en el Artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal.

- 1.3. Por tanto, el derecho previsto en el segundo párrafo del Artículo 128 del Estatuto del Tribunal, para que los Países Miembros o los particulares puedan acudir ante la justicia comunitaria andina en Acción de Incumplimiento, cuando un juez nacional obligado a requerir la Interpretación Prejudicial se abstenga de hacerlo, o si habiéndola efectuado aplique en su sentencia una interpretación diferente a la emitida por este Tribunal, debe ser entendido dentro del marco de legitimación activa expresamente establecida en el Tratado de Creación del Tribunal y, además, en lo previsto en las disposiciones del Estatuto del Tribunal.
- 1.4. Además de lo señalado anteriormente, y en lo relativo al caso concreto, en que la demandante, persona natural, ha planteado la presente Acción de Incumplimiento con fundamento en lo previsto en el Artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, y en uso del derecho establecido en el segundo párrafo del Artículo 128 del Estatuto del Tribunal, corresponde precisar que tal derecho, para que sea correctamente ejercido, debe circunscribirse dentro de los siguientes parámetros:
 - a) Únicamente los sujetos que participaron efectivamente en el proceso interno, sea como partes principales o como coadyuvantes, podrán ejercer el derecho previsto en el segundo párrafo del Artículo 128 del Estatuto. Excepcionalmente podrán interponer la acción quienes, sin haber sido partes en el proceso interno, demuestren la afectación o potencial afectación en sus derechos subjetivos o intereses legítimos por la sentencia emitida por el Juez nacional.
 - b) Dicha disposición prevé dos supuestos distintos: (i) que el juez nacional que conoce de un caso concreto no solicite la interpretación prejudicial estando obligado a hacerlo, conforme a lo señalado en el Segundo problema jurídico de la presente sentencia; y, (ii) que el juez nacional, una vez recibida la interpretación prejudicial por parte de este Tribunal, no la aplique o aplique una interpretación diferente.
 - c) En ninguno de los dos supuestos antes señalados se podrá adoptar la figura de la Acción de Incumplimiento como un recurso contra las actuaciones del juez nacional, pues lo que se debe buscar es que se declare el incumplimiento de un País Miembro porque un juez de su jurisdicción no solicitó la interpretación prejudicial habiendo estado obligado a hacerlo, o porque dicho juez no aplicó lo

establecido en la interpretación prejudicial al resolver el caso concreto. No corresponde que por esta forma de acceder al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se busque que éste Órgano Jurisdiccional resuelva la controversia nacional de competencia y conocimiento exclusivo del juez nacional.

IV. COSTAS

1.1. Si bien la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda solicitó el pago de costas, el Tribunal considera que la demandante, tal como se surtió el proceso, tuvo motivos razonables para litigar en los términos plasmados en el artículo 2 del Acuerdo 1 de 1998 (Reglamento Interno sobre Costas).¹⁹

1.2. Sobre la base de los antecedentes antes expuestos,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, obrando de conformidad con los Artículos 4, 23 y 27 de su Tratado de Creación, en concordancia con los Artículos 4, 90 y 107 de su Estatuto,

DECIDE:

PRIMERO: Declarar sin fundamento la demanda de incumplimiento interpuesta contra la República de Colombia.

SEGUNDO: No condenar en costas a la demandante, señora Ángela Vélez Escallón.

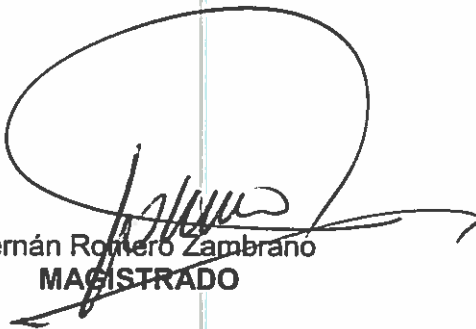
De conformidad con el último párrafo del Artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman la presente sentencia los Magistrados que participaron en su adopción.

Cecilia Luisa Ayllón Quinteros
MAGISTRADA

Luis Rafael Vergara Quintero
MAGISTRADO

¹⁹ Artículo 2.- De acuerdo con el artículo 81 del reglamento interno del Tribunal, la norma general es la de que las costas correrán a cargo del demandante cuando se declare infundada su acción y a cargo del demandado cuando la acción se declare fundada y no habrá lugar a condena en costas cuando la acción sea parcialmente fundada o cuando a juicio del Tribunal se estime que existieron motivos razonables para litigar.

Proceso 01-AI-2015



Hernán Romero Zambrano
MAGISTRADO



Hugo Ramiro Gómez Apac
MAGISTRADO

De acuerdo con el Artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman igualmente la presente Sentencia la Presidenta y el Secretario.



Cecilia Luisa Ayllón Quinteros
PRESIDENTA



Gustavo García Brito
SECRETARIO

Notifíquese la presente Sentencia y remítase copia certificada a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo previsto en los Artículos 43 del Tratado de Creación del Tribunal y 98 de su Estatuto.

| PROCESO 01-AI-2015 |