

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil catorce (2014)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. (en adelante COMCEL) y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP (en adelante la ETB) – radicación No. 2846 - , respecto a las controversias derivadas del Contrato de Interconexión suscrito el 13 de noviembre de 1998; previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

I. ANTECEDENTES

1. El Contrato origen de las controversias.

Es el Contrato de Interconexión suscrito el 13 de noviembre de 1998 entre OCCEL S.A. (ahora COMCEL) y LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. - ETB, que obra en el expediente a Folios 122 a 161 del Cuaderno Principal N° 1.

2. El Pacto Arbitral.

En el Contrato de Interconexión las partes pactaron arbitraje en su Cláusula Vigésima Cuarta en los siguientes términos:

“PROCEDIMIENTO PARA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS: En todos los asuntos que involucren la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. En los asuntos que no sean competencia del ente regulador y, cuando sea necesario, se acudirá a los medios de solución de controversias contractuales siguientes: 1. Comité Mixto de Interconexión. Este comité queda facultado para que en un término de hasta treinta (30) días calendario procure solucionar directa y amigablemente los conflictos derivados del contrato; 2. Representantes Legales de las partes. Si a nivel de Comité Mixto de Interconexión no se logra llegar a un acuerdo, se acudirá a una

segunda instancia conformada por los Representantes Legales de cada una de las partes, quienes buscarán una solución aceptable al conflicto planteado, dentro de los siguientes treinta (30) días calendario. Las partes podrán conjuntamente acudir a la autoridad competente para dirimir los conflictos que se presenten en materia de interconexión y, en este evento, el pronunciamiento de dicha autoridad pondrá fin al conflicto; 3. Tribunal de Arbitramento. Agotadas las etapas anteriores o decidida de común acuerdo la imposibilidad de llegar a una solución amigable de las diferencias, el conflicto será sometido a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que se constituirá, deliberará y decidirá de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2279 de 1989 y demás disposiciones concordantes o complementarias o por las que lleguen a modificarlas o sustituirlas de acuerdo con las siguientes reglas: El Tribunal estará integrado por uno (1) o tres (3) árbitros, de acuerdo con la cuantía de las pretensiones. La designación de los Árbitros se hará por mutuo acuerdo, y a falta de acuerdo en un término no superior a veinte (20) días, serán designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje en el cual se adelantará el proceso arbitral. El fallo de los Árbitros será en derecho, a menos que se trate de aspectos exclusivamente técnicos a juicio del Comité Mixto de Interconexión, caso en el cual el arbitramento será técnico y los árbitros deberán pronunciar su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, en los términos establecidos en el artículo 111 de la ley 446 de 1998. En cualquier caso el fallo de los Árbitros tendrá los efectos que la ley da a tales providencias. Para el arbitraje en derecho, los Árbitros deberán ser abogados titulados con especialidad o experiencia comprobada en derecho de las telecomunicaciones; para el arbitraje en aspectos técnicos, los árbitros serán ingenieros especializados o con experiencia comprobada en telemática o telecomunicaciones. El tribunal funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. Todos los gastos relacionados con este procedimiento serán sufragados por la parte que resulte vencida en el correspondiente laudo arbitral.

PARAGRAFO: Mientras se resuelve definitivamente la diferencia planteada, se mantendrá en ejecución el contrato y la prestación del servicio.

3. Hechos

3.1. El 28 de marzo de 1994 se celebró el contrato de concesión núm. 000005 mediante el cual el Estado Colombiano le concedió a OCCEL S.A. licencia para la prestación de servicio público de telecomunicaciones de telefonía móvil celular.

3.2. En la cláusula Vigésima Cuarta del contrato de concesión se estableció que: *“El concesionario para interconectar su red con otras redes, deberá celebrar un acuerdo de interconexión con los operadores, que regulen entre otros, (...) las tarifas de interconexión, cuando no sean fijadas por la autoridad competente, costos administrativos y por facturación de cargos y su correspondiente distribución.- (...)”*.

3.3. El 11 de junio de 1998 ETB mediante comunicación solicitó a OCCEL S.A. la interconexión directa de sus respectivas redes. Con base en la anterior solicitud, las partes adelantaron las negociaciones directas correspondientes, para suscribir el contrato de interconexión.

3.4. El 13 de noviembre de 1998, ETB y OCCEL celebraron un contrato de interconexión, estableciendo como objeto del contrato el siguiente: *“El presente contrato tiene por objeto establecer el régimen que regulará las relaciones entre las partes del mismo, y las condiciones técnicas, financieras, comerciales, operativas y jurídicas originadas en el acceso, uso e interconexión directa de la red TPBCLD de ETB, con la red de TMC de OCCEL S.A., de conformidad con los términos establecidos en el mismo contrato así como en sus anexos (...)”*. La ETB obra en dicho contrato como solicitante del servicio, para poder terminar las comunicaciones hechas por sus usuarios. El contrato prevé un procedimiento para solución de diferencias.

3.5. El contrato celebrado, en la cláusula segunda, prevé igualmente, que las bases legales y principios aplicables se encuentran regulados, entre otras normas, por lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, en cuanto sea aplicable al servicio de TPBCLD, la Ley 37 de 1993, reglamentada por el Decreto 741 de 1993, en cuanto al servicio de telefonía móvil celular, la Ley 422 de 1998, especialmente en lo relacionado con la interconexión de redes y, la Resolución 087 de 1997, por la cual se regula en forma integral los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC) en Colombia, expedida por la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones (antes CRT, hoy CRC).

3.6. El contrato incluye un procedimiento para solución de diferencias y establece expresamente el valor del contrato y las condiciones y costo de la interconexión, en las cláusulas séptima, novena y vigésima cuarta respectivamente.

3.7. En desarrollo de dicho contrato se acordó que la ETB se obligaba a pagarle a OCCEL unas sumas de dinero, por concepto de los cargos de acceso por la utilización de la red celular para terminar las comunicaciones de larga distancia

internacional entrante, en los términos establecidos en el mismo. En la cláusula sexta del Anexo No. 2 Financiero, Comercial y Administrativo del contrato de interconexión entre OCCEL y la ETB se pactó:

“CLAUSULA SEXTA: TRÁFICO INTERNACIONAL ENTRANTE.- ETB pagará a OCCEL S.A., por minuto o proporcionalmente por fracción de minuto cursado, en la terminación de las llamadas internacionales entrantes a través de la interconexión directa entre las partes, el valor equivalente al cargo de acceso que pagan los operadores de larga distancia por el acceso a la red de TPBC local de acuerdo al valor estipulado en la regulación vigente o que se establezca por la CRT como cargo de acceso a pagar por los operadores de larga distancia a los operadores de TPBCL. Este valor es provisional mientras las partes definen el valor definitivo a pagar por este concepto.

La determinación definitiva del valor a pagar por parte de ETB a OCCEL S.A. por la terminación de llamadas internacionales entrantes, será establecida entre las partes en un plazo máximo de 90 días contados a partir de la suscripción del presente acuerdo.

Dentro del plazo de los 90 días indicado anteriormente, ETB hará sus mejores esfuerzos en las negociaciones con los operadores internacionales, para la obtención de un aumento diferencial en la tasa contable o tasa de terminación para las llamadas cuyo destino sea la red de TMC. En caso de obtenerse este aumento diferencial, el mismo se trasladará en su totalidad al operador celular.

No obstante, si en el plazo anteriormente descrito no se obtiene aumento diferencial superior al cargo de acceso que en ese momento reconozca el operador celular a los operadores de TPBCL, ETB reconocerá a OCCEL S.A. por la terminación de las llamadas internacionales entrantes, como valor definitivo, el cargo de acceso establecido por el ente regulador competente que debe pagar el operador celular a los operadores de TPBCL.

Lo indicado en el párrafo anterior, se aplicará automáticamente al vencimiento del plazo anteriormente señalado, sin necesidad de acuerdo entre las partes, en el evento en que no se logre un acuerdo comercial mutuo con condiciones más favorables.

ETB se compromete a pagar el valor establecido en la presente cláusula, siempre y cuando OCCEL S.A. cobre a los demás operadores de larga distancia una suma de dinero por este mismo concepto.

Las partes reconocen y acuerdan, que los valores acordados en la presente cláusula no están referenciados al costo por uso de la red celular de OCCEL S.A. sino que son productos de negociaciones comerciales.”

3.8. El 28 abril de 2000, la CRT expidió la Resolución 253, primera resolución modificatoria de la Resolución 087 de 1997, mediante la cual estableció el régimen aplicable a las tarifas fijando la remuneración de los operadores de redes móviles por las llamadas de larga distancia internacional entrantes, remuneración que se fijó en una suma equivalente a la que pagaban los operadores de TPBCLD por terminar tráfico en las redes de los operadores locales (TPBCL).

3.9. El 27 de diciembre de 2001 la CRT expidió la Resolución CRT 463 de 2001, mediante la cual se modificó el Título IV y el Título V de la Resolución 087 de 1997.

3.10. El artículo noveno de la Resolución 489, que compila el artículo quinto de la Resolución 463, dispone: *“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 CRT 463 de 2001 o acogerse, en su totalidad a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 del 2001 y compilada en la presente Resolución, para todas sus interconexiones.”*

3.11. Aparentemente, la ETB se acogió al esquema de cargos de acceso previsto en la Resolución 463 de 2001 en sus relaciones de interconexión con algunos operadores. No obstante, respecto de OCCEL SA., mantuvo la tarifa aplicada antes de entrar a regir la citada Resolución 463.

3.12. El 24 de enero de 2003 COMCEL envió a ETB una comunicación en la cual le solicitó: (i) aplicar los valores establecidos en la Resolución de la CRT 463 de 2001 para el tráfico de larga distancia entrante y, (ii) realizar el ajuste de la liquidación de los cargos de acceso desde el primero de enero de 2002. El 4 de febrero de 2003 ETB rechazó la solicitud.

3.13. El 5 de agosto del 2003, COMCEL S.A. solicitó a la CRT su intervención para efectos de dirimir el conflicto surgido con la ETB.

3.14. El 2 de abril de 2004 la CRT, hoy CRC, expidió la Resolución 980 mediante la cual resuelve negar la solicitud de COMCEL por carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en la Resolución CRT 463 de 2001.

3.15. El 9 de julio de 2004 la CRT mediante la Resolución 1038 de 2004 resuelve el recurso de reposición interpuesto por COMCEL contra la Resolución 980 de 2004, negando las pretensiones y confirmando la citada Resolución.

3.16. El 7 de diciembre de 2004, ante la negativa de la ETB de remunerar la interconexión aplicando las condiciones establecidas en la Resolución 463 de 2001, OCCEL solicitó a la Cámara de Comercio de Bogotá convocar un Tribunal de Arbitramento para que conociera la demanda formulada contra OCCEL, en la cual solicitó que la convocada fuera condenada a pagarle por concepto de “cargo de acceso” los valores previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002. Igualmente, OCCEL solicitó que la convocada pagara la diferencia entre lo que había venido pagando y lo que había debido pagar por dicho concepto desde enero de 2002.

3.17. El 15 de diciembre del 2006 el Tribunal de Arbitramento profirió laudo arbitral y condenó a la ETB a pagar el valor de la interconexión en la forma prevista en el artículo 5 de la Resolución 463 de 2001.

3.18. El 15 de enero de 2007 la ETB interpuso el recurso de anulación contra el laudo ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, el cual fue resuelto mediante sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 27 de marzo de 2008 y del 21 de mayo de 2008, por las cuales se concluyó que los recursos no prosperaban, por no acreditar las causales.

3.19. El 10 de abril de 2008 la ETB radicó en el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, un memorial con el propósito de que solicitara la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

3.20. El 8 de agosto de 2008 el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, profirió auto mediante el cual negó la solicitud de suspensión del proceso y de consulta para la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

3.21. El 21 de agosto del 2008 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado profirió sentencia mediante la cual resolvió una acción pública de nulidad promovida contra la Resolución 489 de 2002 expedida por la CRT y dispuso textualmente: *“DECLÁRESE la nulidad de la expresión «a partir del primero de enero de 2002», contenida en el artículo 2º, numerales 4.4.4.19 y 4.3.8 de la Resolución CRT 489 del 12 de abril 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 CRT 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 9º, ibídem.”*

3.22. El 5 de noviembre del 2008 la ETB mediante comunicación y dando cumplimiento a los artículos 24 y 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, presentó reclamo ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, por posible incumplimiento de la República de Colombia de los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 del Estatuto, al emitir *“sentencia sin solicitar interpretación prejudicial, a pesar de mediar solicitud expresa de ETB, en tres procesos de anulación de laudos arbitrales sobre interconexión en telecomunicaciones”*.

3.23. El 26 de mayo de 2010 la ETB, presentó demanda ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con el propósito de que *“el Honorable Tribunal Comunitario constate y declare que la República de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha incumplido sus obligaciones contenidas en el ordenamiento jurídico andino, en particular las relacionadas con la obligación objetiva de envío a Interpretación Prejudicial a este H. Tribunal prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500 y ordene a la República de Colombia tomar las medidas necesarias para que cese el incumplimiento, así como, la no repetición de este tipo de omisiones”*.

3.24. El 26 de agosto de 2011 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina decidió: *“declarar a lugar la demanda interpuesta por la Empresa Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ETB S.A. E.S.P., contra la República de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por no haber solicitado oportunamente interpretación prejudicial dentro del proceso de anulación de tres (03) laudos arbitrales, de acuerdo a lo sentado por este Tribunal en la parte considerativa de la presente sentencia. Debe en consecuencia, la República de*

Colombia proceder conforme lo establece el artículo 111 de la Decisión 500 de la Comisión de la Comunidad Andina, a dar cumplimiento a esta sentencia”.

3.25. El 7 de octubre de 2011 la República de Colombia solicitó la enmienda, y en subsidio la aclaración de la sentencia del 26 de agosto del 2011.

3.26. El 15 de noviembre de 2011 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina decidió no admitir la enmienda al fallo del 26 de agosto de 2011, solicitada por la República de Colombia, y admitió la solicitud de aclaración, particularmente, en lo relacionado con las acciones que debe adelantar la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado de la República de Colombia.

3.27. El 9 de agosto de 2012 el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en su condición de Juez Comunitario, profirió sentencia mediante la cual decidió dejar sin efectos la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2008, mediante la cual se declaró infundado el recurso de anulación impetrado contra el laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, y su aclaratorio del 15 de enero de 2007, proferido por el tribunal de arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias surgidas entre la ETB y COMCEL en virtud del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre las mencionadas personas jurídicas el 13 de noviembre de 1998. En consecuencia, el Consejo de Estado declaró la nulidad del referido laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, *“con fundamento en la causal de anulación precedentemente mencionada, consistente en la omisión en que incurrió el Tribunal de Arbitramento, en relación con el deber de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso que fue sometido a la decisión de dicho Tribunal de Arbitramento”.*

3.28. El 6 de septiembre de 2012 la Sección Tercera del Consejo de Estado negó todas y cada una de las solicitudes de aclaración, complementación y enmienda formuladas por COMCEL, respecto de la providencia dictada por el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el 9 de agosto de 2012, con el propósito de dar cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su sentencia del 26 de agosto de 2011 y su respectivo auto aclaratorio del 15 de noviembre del mismo año, dentro del expediente 03-AI-2010.

4. El trámite del proceso arbitral.

4.1. La convocatoria del Tribunal arbitral: El día 21 de diciembre de 2012 el apoderado de COMCEL presentó demanda contra la ETB.

4.2. Designación de los árbitros: En aplicación a lo acordado por las partes en la cláusula compromisoria, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá mediante sorteo público designó como árbitros a los doctores, JUAN CARLOS CUESTA QUINTERO, MARIA FERNANDA GUERRERO MATEUS y LUIS FERNANDO VILLEGAS GUTIÉRREZ quienes aceptaron la designación dentro del término legal.

4.3. Instalación: Previa citaciones por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a los Árbitros y a las partes, el Tribunal se instaló el 30 de abril de 2013 en sesión en la cual fue designado como Presidente del Tribunal el doctor JUAN CARLOS CUESTA QUINTERO (Acta N° 1, folios 563 a 565 Cuaderno Principal No. 1). La audiencia se suspendió hasta el 22 de mayo de 2013, fecha en la que el Tribunal designó a la doctora LAURA BARRIOS MORALES, como Secretaria, inadmitió la demanda y le otorgó a la convocante un término de 5 días para subsanarla.

4.4. Admisión de la demanda y notificación: Dentro del término legal, la convocante subsanó la demanda y, mediante auto de 30 de mayo de 2013, el Tribunal la admitió y ordenó surtir la notificación del auto admisorio a la parte convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La convocada interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio solicitando modificar el numeral segundo de la parte resolutive y, en consecuencia, ordenar el traslado en el plazo previsto por el Decreto 1818 de 1998. El Tribunal mediante auto de fecha 12 de junio siguiente resolvió confirmar el auto en todas sus partes con fundamento en que éste es un trámite nuevo e independiente al anterior y que debe seguirse el procedimiento legal establecido para el mismo establecido en la Ley 1563 de 2012.

4.5. Contestación de la demanda y traslado de excepciones: Transcurridos los 25 días de que trata el art. 612 del C.G.P. y dentro del término de los 20 días de traslado, el 9 de agosto de 2013 el apoderado de la ETB dio contestación a la demanda, propuso excepciones y solicitó pruebas.

Mediante auto de fecha 20 de agosto de 2013, el Tribunal corrió traslado de excepciones y fijó fecha para audiencia de conciliación. COMCEL describió el traslado de excepciones con la constancia de que las excepciones presentadas por la ETB eran extemporáneas toda vez que el Tribunal debía proseguir el trámite a partir del momento en que se encontraba inmediatamente antes del Laudo anulado y, por consiguiente, sólo debía elevar consulta prejudicial al Tribunal Andino y proferir el Laudo. Así mismo interpuso recurso de reposición contra el auto que fijó fecha para audiencia de conciliación en el entendido que esa audiencia ya se había llevado a cabo. El Tribunal confirmó el auto.

4.6. Audiencia de conciliación: El 23 de septiembre de 2013 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, sin lograrse acuerdo alguno sobre las controversias formuladas, razón por la cual se declaró fracasada y concluida la fase conciliatoria. (Acta No. 8 Folios 837 a 843 Cuaderno Principal No.1).

4.7. Honorarios y gastos del proceso: Fracasada la conciliación, en esa misma audiencia el Tribunal fijó las sumas correspondientes a honorarios de los Árbitros, de la Secretaria y las partidas de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, gastos del proceso y otros, las cuales fueron pagadas oportunamente por las partes.

4.8. Primera audiencia de trámite: El 23 de octubre de 2013 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, en cumplimiento a las formalidades previstas por el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012 (Acta No. 9 folios 907 a 920 del Cuaderno Principal No. 1). En dicha audiencia el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias entre las partes. La convocada y el Ministerio Público interpusieron recurso de reposición frente a la declaratoria de competencia del Tribunal, quien al resolverlo, confirmó la providencia y manifestó la necesidad de solicitar y valorar tanto la interpretación prejudicial como las demás piezas procesales para tener una visión de la competencia.

4.9. Decreto de pruebas: En la primera audiencia de trámite el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes en la demanda y en la contestación de la demanda.

4.10. Instrucción del proceso:

4.10.1. La prueba documental:

Tribunal de Arbitramento
COMCEL (antes OCCEL) Vs. ETB

Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por la parte convocante con la demanda (folios 1 a 170 Cuaderno Pruebas 1), y los aportados por la parte convocada con la contestación de la demanda (Folios 171 a 505 Cuaderno Pruebas No. 1 y Folios 1 a 560 Cuaderno Pruebas No.2).

4.10.2. Testimonio.

El Tribunal recibió la declaración del doctor Juan Mario Laserna Jaramillo quien, por ser Senador de la República, declaró de conformidad con el art. 222 del C.P.C. El Tribunal mediante auto de 31 de julio de 2014 corrió traslado a las partes de la declaración rendida. La ETB recorrió el traslado y COMCEL no lo hizo.

4.10.3. Experticio

La parte convocada aportó con la contestación de la demanda, experticio rendido por el doctor Emilio José Archila Peñalosa, del cual se le corrió traslado a la parte convocante. COMCEL recorrió el traslado mediante memorial enviado el 28 de octubre de 2013.

4.10.4. Oficios

El Tribunal, por solicitud de las partes, decretó los siguientes Oficios

Oficios dirigidos a	Respuestas
Oficio al Consejo de Estado	El Consejo de Estado envió copia auténtica del expediente bajo radicado No. 11001031500020100065300. Las copias enviadas quedaron incorporadas al expediente del Cuaderno 4 al 11 de Pruebas
CRC	La CRC dio respuesta al oficio y envió un CD que obra a folio 127 del Cuaderno de Pruebas No. 3
Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios	La SSPD envió copia de los conceptos que obran a folios 106 a 121 del Cuaderno de Pruebas No. 3
Centro de Arbitraje Cámara de Comercio de Bogotá	La CCB envió los documentos solicitados (Folios 132 a 667 Cuaderno de Pruebas No. 3) con excepción del laudo de Cellpoint Vs. Comcel del cual informó no tiene datos sobre su protocolización.
Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali	El Centro de Arbitraje contestó el oficio informando que no tiene el original del Laudo por lo que no puede remitir la copia auténtica solicitada (Folio 124 C. Pruebas 3)
Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de	El respectivo Centro contestó el oficio informando que el Laudo se protocolizó en la Notaría Primera. Se ofició a dicha Notaría

Tribunal de Arbitramento
COMCEL (antes OCCEL) Vs. ETB

Villavicencio	quien informó que en sus archivos no encontró la E.P.
Corte Constitucional	La C.C. dio respuesta al oficio en varias comunicaciones que obran a folios 129 del C. de Pruebas No.3 y del 1 a 92 del C. de Pruebas No. 12
Superintendencia de Industria y Comercio	La SIC dio respuesta al oficio mediante escrito en el cual puso a disposición del Tribunal el documento solicitado en dicha entidad (Folio 129 C. Pruebas No.3). La parte convocada aportó copia del documento.
Consejo de Estado – Sección Primera	El Consejo de Estado no dio respuesta a este oficio.
Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios	La SSPD trasladó la solicitud a la SIC que es la competente. La SIC envió la certificación respectiva Folio 670 C. de Pruebas No.3
CRC	La CRC envió certificación que obra a folio 674 del C. de Pruebas No.3

La parte convocada, mediante escrito radicado el 6 de agosto de 2014 desistió de los siguientes oficios: (i) oficio dirigido al Centro de Arbitraje la Cámara de Comercio de Bogotá para que remitiera copia auténtica e íntegra del Laudo proferido por el Tribunal Arbitral de Cellpoint Vs. Comcel en marzo de 2002, (ii) oficio al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali para que remitiera copia del Laudo Arbitral proferido por del Tribunal de Arbitramento de Telepalmira Vs. Orbitel, (iii) oficio al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Villavicencio para que remitiera copia del Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento de la Empresa de Telecomunicaciones del Llano Etell Vs. Telecom y (iv) oficio a la Sección Primera del Consejo de Estado para que remitiera copia de la Sentencia de fecha 21 de agosto de 2008.

El Tribunal en audiencia realizada el 12 de agosto de 2014 aceptó tales desistimientos de la convocada (Acta 13).

En dicha audiencia, previo a cerrar la etapa probatoria, el Tribunal le preguntó a las partes si estaban conformes con la práctica de pruebas adelantada y si consideraban que se encontraba pendiente de practicarse alguna de las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal, habiendo recibido como respuesta la expresión de conformidad con la evacuación de las mismas.

4.11. Consulta Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

En la primera audiencia de trámite, el Tribunal de Arbitramento les informó a las partes que en desarrollo de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) y del Consejo de Estado, procedería a elevar consulta prejudicial ante

el TJCA en los términos del inciso 2do del artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA, concordante con los artículos 123 y 124 de la Decisión 500 de la Comunidad Andina, y les otorgó un término para que le hicieran conocer al Tribunal lo que consideraran pertinente.

Ambas partes, radicaron oportunamente sus escritos al respecto, los cuales fueron remitidos como anexos de la Consulta Prejudicial elevada ante el TJCA.

La Consulta Prejudicial quedó radicada el 5 de diciembre de 2013 en la Secretaría del TJCA, por lo que en aplicación del artículo 124 del Estatuto del TJCA (Decisión 500), el proceso quedó suspendido a partir de dicha fecha hasta el 15 de julio de 2014, fecha en la que se recibió en la Secretaría del Tribunal de Arbitramento la Interpretación Prejudicial del TJCA y luego, el día 31 de julio de 2014, se puso en conocimiento de las partes.

4.12. Alegatos de Conclusión

Recaudado el acervo probatorio, en sesión de fecha 3 de septiembre de 2014 se llevó a cabo audiencia de alegaciones en la que cada una de las partes formuló oralmente sus planteamientos finales y entregó un escrito de los mismos, que forman parte del expediente (Acta N° 14). El Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado formularon igualmente sus alegatos en esa misma fecha y los entregaron por escrito. Este Laudo se referirá, en el análisis de cada tema, a las argumentaciones expuestas en todas las etapas del trámite incluidas las de la audiencia de alegatos de conclusión.

5. Término de duración del proceso.

Conforme lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el término de duración de este proceso es de 6 meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite.

La primera audiencia de trámite se realizó el 23 de octubre de 2013, con lo cual el término del proceso iría inicialmente hasta el 23 de abril de 2014. Sin embargo, en virtud de la Consulta Prejudicial elevada ante el TJCA y en aplicación del artículo 124 de la Decisión 500, el proceso se suspendió del 5 de diciembre de 2013 al 15 de julio de 2014.

De acuerdo a lo anterior, el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir este laudo arbitral dado que el término del proceso vence el 29 de noviembre de 2014.

6. Apoderados judiciales.

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitramento en derecho, las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados; la parte convocante, por el doctor RAFAEL H. GAMBOA SERRANO y, la parte convocada, por el doctor HERNANDO HERRERA MERCADO. La personería de estos mandatarios fue reconocida oportunamente por el Tribunal.

7. Ministerio Público

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto-Ley 262 de 2000, se le informó al Ministerio Público sobre este proceso quien delegó al doctor MAURICIO GONZALEZ ARÉVALO en calidad de Procurador No. 6to Judicial Administrativo. El representante del Ministerio Público participó durante todo el trámite arbitral y formuló alegatos de conclusión en la audiencia realizada el 3 de septiembre de 2014.

8. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

En aplicación del artículo 612 del Código General del Proceso el Tribunal le notificó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el auto admisorio de la demanda el día 31 de mayo de 2013, quien sólo hasta el 8 de abril de 2014 envió escrito de intervención en el trámite arbitral, acompañado de anexos. Posteriormente, radicó el 20 y 29 de agosto de 2014, escritos referentes a la Consulta Prejudicial y a la competencia del Tribunal de Arbitramento. Finalmente, en la audiencia de alegatos de conclusión, la doctora ADRIANA GUILLÉN ARANGO, en calidad de directora de la Agencia, presentó las respectivas alegaciones.

9. Pretensiones de la demanda

En la demanda arbitral, la convocante formula las pretensiones así:

“PRIMERA (1ª).- Que se designen tres (3) árbitros para que resuelvan el proceso arbitral promovido por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. (antes OCCEL S.A.) en adelante COMCEL, contra la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP., en adelante ETB.

Dicha decisión deberá adoptarla previo el cumplimiento de los trámites indicados tanto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como por la Sección Tercera del Consejo de Estado”

SEGUNDO (2ª).- La demanda que junto con las respectivas excepciones propuestas deben resolver los árbitros es la siguiente: (...) ”

De conformidad con lo establecido por el Tribunal en la primera audiencia de trámite, la pretensión PRIMERA no es una pretensión sino un procedimiento que plantea la convocante y las pretensiones que el Tribunal debe resolver en el presente trámite arbitral son las que contiene la demanda transcrita en la SEGUNDA pretensión, es decir, las de la demanda presentada inicialmente por COMCEL (antes OCCEL) contra la ETB, que son las siguientes:

“DECLARACIONES Y CONDENAS

PRIMERA (1ª).- Que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. – ETB S.A. ESP., está obligada a pagar a OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A. por concepto de “Cargo de Acceso” los valores establecidos bajo la Opción 1: “Cargos de Acceso Máximos por minuto” previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002.

SEGUNDA (2ª).- Como consecuencia de la Declaración anterior, o de una semejante, condenar a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. – ETB S.A. ESP a pagar a OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A., la diferencia entre los que ha venido pagando y lo que ha debido pagar por dicho concepto desde enero de dos mil dos (2002) y hasta la fecha en que se profiere el Laudo o la más próxima a éste. En subsidio hasta la fecha de presentación de la corrección de la demanda.

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

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

TERCERA (3ª).-Se condene a la DEMANDADA al pago de las costas.”

10. Excepciones de mérito formuladas contra la demanda

El apoderado de la ETB, en la contestación de la demanda, a folios 636 y ss del Cuaderno Principal N° 1, formula las siguientes excepciones de mérito:

“1. LAS DISPOSICIONES SUSTENTO DE LAS PRETENSIONES DE COMCEL SON INEXISTENTES, TAL Y COMO LO HA RECONOCIDO EL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL, CON EFECTOS ERGA OMNES.

2. EL PERÍODO DE TIEMPO DE LA SUPUESTA CONDENA AL QUE ALUDEN LAS PRETENSIONES DE COMCEL ES INVALIDO Y SU APLICACIÓN ES EN TODO IRREGULAR.

3. LA INTERPRETACIÓN ATRIBUIDA POR COMCEL A LA APLICACIÓN A LAS INTERCONEXIONES EN CURSO DE LA DEROGADA RESOLUCIÓN 463 DE 2001 NO ES CIERTA Y ES ÍLÍCITA SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONSEJO DE ESTADO.

4. COMCEL OTORGA UN ALCANCE ANTIJURÍDICO A LA FUNCIÓN DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES RELACIONADA CON LA FIJACIÓN DE LOS VALORES DE LOS CARGOS DE ACCESO.

5. COMCEL NO ESTÁ LEGITIMADA PARA SOLICITAR EL COBRO DE LO NO DEBIDO Y RETROTRAER SU ACTUACIÓN TRATANDO DE INCUMPLIR LO PACTADO, EN CONTRAVÍA DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS Y EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL.

6. DEMANDA INVIABLE POR ABIERTA DESVIACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE ANULACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO CONCERNIENTES A LOS ANTERIORES TRIBUNALES ARBITRALES Y DEMANDA INFUNDADA POR ABRUPTO DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO POSITIVO

7. FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA, DERIVADA DE QUE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN EXPIDIÓ FRENTE A ESTA CONTROVERSIA ACTOS ADMINISTRATIVOS DEFINITORIOS QUE NO PUEDEN SER AFECTADOS ARBITRALMENTE.

8. FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA PARA QUE COMCEL COMPAREZCA A ESTE PROCESO COMO DEMANDANTE.

9. OCURRENCIA DE LA CADUCIDAD

10. FORMULACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DENOMINADA GENÉRICA”

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

A continuación, el Tribunal procede a plasmar en este Laudo en derecho, sus consideraciones y decisiones sobre el presente caso, consciente de la responsabilidad derivada de su investidura.

Para ejercer esta labor y cumplir con la obligación de su encargo, los Árbitros revisamos la totalidad de los documentos que fueron sometidos a nuestra valoración y hemos estudiado a fondo la causa, desde una óptica exclusivamente jurídica, sin ninguna otra consideración o miramiento.

Encuentra el Tribunal y así lo deja consignado en esta providencia, que los términos empleados por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en sus escritos de alegatos y en los que con posterioridad ha radicado, involucran un tono amenazante contra los árbitros que resulta a todas luces injustificado y censurable, lo que desluce su participación en este proceso.

1. Presupuestos Procesales

El Tribunal encuentra que, cumplidos todos los requisitos para la validez del proceso arbitral, las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales, no se advierte causal alguna de nulidad y, por ello, puede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho.

Así las cosas, una vez examinados los documentos aportados al proceso, el Tribunal estableció lo siguiente:

1.1. Demanda en forma

La demanda cumplió con los requisitos exigidos por el artículo 75 del C. de P. C. y normas concordantes, y, por ello, en su oportunidad, el Tribunal la sometió a trámite.

1.2. Capacidad

Tanto la convocante como la convocada, son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto y, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, debidamente constituidos y reconocidos.

1.3. Partes Procesales

Demandante: COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL es una sociedad comercial, domiciliada en la ciudad de Bogotá, según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 83 a 115 del Cuaderno Principal No. 1). Comparece al proceso representada por la doctora HILDA MARÍA PARDO HASCHÉ, en su calidad de Representante Legal quien otorgó el poder para la actuación judicial.

Demandada: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP. – ETB es una sociedad comercial domiciliada en la ciudad de Bogotá, según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 195 a 219 del Cuaderno Principal No. 1). Comparece al proceso representada por la doctora RUBY RUTH RAMÍREZ MEDINA, en su calidad de apoderada general quien otorgó el poder para la actuación judicial.

1.4. Competencia

Sin perjuicio de lo que este Tribunal hubiera decidido por Auto del 23 de Octubre de 2013 acerca de su competencia, procederemos a estudiar *in extenso* este relevante aspecto, antes de entrar a resolver acerca de las pretensiones y excepciones propuestas por las partes, para lo cual desarrollaremos los siguientes temas:

➤ *Liberalización de los servicios de telecomunicaciones*

Los profundos cambios que se dieron en el mundo de las telecomunicaciones a partir de iniciativas globales de apertura a comienzos de los años 80 y hasta la fecha, son una muestra de la evolución de un mercado fuertemente dinámico y complejo, que desde sus inicios ha exigido la presencia de factores económicos y jurídicos que contribuyan en la consecución de un equilibrio de las relaciones que necesariamente surgen entre innovación, tecnología, competencia y libertad económica.

En ese contexto, la acción comunitaria, como principal motor de la liberalización en el sector de las telecomunicaciones, progresivamente ha proporcionado un derecho articulado que en su conjunto contiene los parámetros que guían el proceso que se originó en la premisa según la cual: un régimen jurídico de los servicios públicos que esté basado en el monopolio legal, frena el desarrollo económico y limita el bienestar colectivo.

Por ello, la progresiva liberalización de los servicios públicos con miras a la integración económica¹, partió de la creación de un sistema común de regulación que tuviera por finalidad expandir los principios de competencia y la libertad de ingreso al mercado, con claros compromisos frente al ámbito interno, a fin de que orientara los esfuerzos en favor de los usuarios y contribuyera al desarrollo social y económico de los Países Miembros.

Para el logro de dicha finalidad se impulsó un proceso de armonización de las decisiones comunitarias en relación con el derecho interno de cada País Miembro, lo que daría la solidez requerida para remover los obstáculos normativos que llegaran finalmente a la liberalización. De esa manera, se esperaba que tanto el mercado, como la regulación, interactuaran de forma que se lograra una dinámica competitiva que fuera compatible tanto con los objetivos del servicio público como, también, con los objetivos de la integración, dentro de un esquema de libertad económica y bien común.

La liberalización, así concebida, permitiría la expansión del principio de competencia y de libertad de ingreso al mercado, para lo cual, el derecho comunitario regularía servicios, haciéndose necesario que las normativas nacionales revisaran las restricciones, con miras a superarlas, y favorecieran la creación de un mercado común. Con un régimen de competencia de esas características se aseguraría el acceso al mercado de las redes y los servicios de telecomunicaciones, garantizando de paso la convergencia, el respeto del principio de neutralidad tecnológica y la universalidad de los servicios.

De esa forma, la interoperatividad entre redes y servicios permitiría una mayor calidad y cubrimiento de los servicios de telecomunicación, mejores posibilidades de incursionar en mercados extranjeros y mayor eficiencia en la circulación de

1 La Corte Constitucional consideró en Sentencia C-228 de 1995, lo siguiente: “La integración comunitaria que comporta el Acuerdo de Cartagena y los demás instrumentos que lo han desarrollado, y especialmente las competencias normativas que se reconocen a los órganos comunitarios, encuentran un fundamento de validez en las normas de la Constitución de 1991. La integración comunitaria responde y se afianza sobre la concepción moderna de la soberanía relativa, que ya no la reconoce como un poder supremo absoluto e ilimitado del Estado, sino como algo limitado y restringido por la interacción de los demás Estados dentro de la comunidad internacional, lo cual obviamente implica la resignación de específicas competencias de los Estados en organismos comunitarios con el fin de hacer viable los procesos de integración económica”. Acerca de la misma temática puede verse también la sentencia C-231 de 1997, de la Corte constitucional, en la cual se precisó: “El derecho comunitario se distingue por ser un derecho que apunta hacia la integración y no solamente hacia la cooperación. Igualmente, es un derecho que no se desarrolla únicamente a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y un derecho secundario, siendo el primero aquél que está contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto. Una característica fundamental del ordenamiento comunitario andino se relaciona con la aplicación directa de las decisiones que crean derecho secundario, las cuales son obligatorias desde el momento mismo de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Asimismo, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales”.

diferentes tipos de datos, tales como voz, vídeo, etc., a través de una única infraestructura de red. Adicionalmente, el principio de acceso y servicio universal permitiría, también, que los servicios llegaran al mayor número de usuarios incluyendo aquellos que tuvieran dificultades derivadas de su ubicación geográfica y/o de los medios para solventar el costo del servicio.

Con procesos comunitarios de liberalización así delineados, para el sector en redes y servicios de telecomunicaciones, se daría el paso para completar el mercado interno de bienes y servicios y, al mismo tiempo, para favorecer a través de la liberalización el crecimiento en su conjunto de los mercados. Así, el derecho comunitario disciplina no solamente el acceso al mercado, sino también los comportamientos que puedan afectar la libre competencia.

Los instrumentos normativos que conforman la base sobre la que se apoyan las fases de la liberalización, entre decisiones y resoluciones de los órganos comunitarios, configuraron el ordenamiento comunitario orientado a la armonización progresiva en coordinación con las políticas plasmadas inicialmente en el Acuerdo.

En esos términos, la liberalización contaría con un esquema en el que se incluirían los aspectos atinentes a la interconexión, a los convenios y contratos de acceso e interconexión, los sistemas de cargos de acceso, la definición de un margen de utilidad razonable y la solución de controversias para conflictos que surjan con ocasión de la aplicación del ordenamiento jurídico de la comunidad andina. Se previó que todos estos aspectos del esquema estuviesen cubiertos por el soporte axiológico de principios y objetivos de la integración, pieza fundamental del engranaje comunitario.

Cada uno de los elementos que componen el esquema anterior, cuenta igualmente con un soporte de justificación interno desde el punto de vista constitucional en cuanto al espectro electromagnético², como bien público con función de integración y respecto de su uso regulado y limitado. Igualmente, en cuanto a la naturaleza de la

2 La Corte Constitucional ha definido el concepto, la naturaleza y características del espectro electromagnético, la naturaleza de las TICs, convergencia, neutralidad tecnológica, servicio universal, universalización de los servicios públicos, CRT, regulación en las siguientes sentencias: C- 555 de 2013, C-815 de 2001, Sent. C-093 de 1996 y Sent. C-403 de 2010. Igualmente, la Corte Constitucional en Sent. C- 186 de 2011 se refirió a la restricción de la autonomía de la voluntad privada respecto de acuerdos suscritos entre particulares para acudir a la justicia arbitral. Así mismo, la autonomía de la voluntad privada y libertad contractual, la intervención del Estado en la Economía y la libertad económica en materia de servicios públicos. Sobre la Comisión de regulación en comunicaciones se refiere a la intervención estatal en la economía, la naturaleza de los servicios públicos domiciliarios como expresión de principio democrático y el régimen jurídico aplicable a los servicios públicos. Específicamente trata la Corte la función de inspección, vigilancia y control de la función de regulación estatal de la CRC y su relación con el principio de la autonomía de la voluntad privada, para llegar a concretar lo atinente a los mecanismos de resolución de conflictos, la arbitrabilidad objetiva y la regulación imperativa y autonomía de la voluntad en materia arbitral. Este fallo lo pronuncia la Corte con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad de la ley 1341 de 2010 en su art. 22 num. 9.

actividad de las telecomunicaciones, las circunstancias propias de la regulación y la protección de los usuarios³.

La regulación, como instrumento de intervención del Estado en la economía (razonable)⁴ y la constitución económica⁵ pertenecen al orden público económico que, en ejercicio de una función de control constituyen los ejes sobre los cuales se cimienta la armonización en la prestación de los servicios de comunicaciones.

En ese orden de ideas, la liberalización para el caso de los países firmantes del Acuerdo de Cartagena, comenzó a gestarse en el momento en que quedó previsto en los artículos 79 y 80 que la Comisión de la Comunidad Andina, a propuesta de la Secretaria General, que se adoptaría un marco general de principios y normas para lograr la liberalización del comercio de los servicios, con el propósito de promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros.

Con la aprobación de este marco general, la acción adelantada directamente por la Comunidad Andina se constituiría en el principal motor institucional de la liberalización, generando que los órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales de los Estados Miembros estén obligados a acatarlo.

➤ ***Ubicación de Colombia en el contexto del sistema comunitario andino- El Acuerdo de Cartagena y las decisiones 439 y 462***

En el contexto del sistema comunitario, Colombia, junto con Venezuela, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile, suscribieron el Tratado del Acuerdo de Cartagena de 1969, por el cual se crea la Comunidad Andina de Naciones – en adelante CAN- (antes conocido como Pacto Andino); este tratado fue ratificado por la Ley 8 de 1973.

A partir de allí, Colombia empezó a formar parte de la Comunidad Andina de Naciones, la que en su tratado de creación incluyó como objetivos la instauración de un mercado común y, por tanto, la necesidad de homogenizar los regímenes legales que así lo permitieran; estos objetivos fueron alcanzados mediante la creación, entre

3 Sobre los derechos de los usuarios de los servicios públicos véase las sentencias de la Corte Constitucional números C-473 de 1994, T- 270 de 2004 y T- 636 de 2006.

4 La Corte Constitucional en sentencias C- 1162 de 2000, C- 398 de 1995 y C- 1120 de 2005 se refirió entre otros temas a: la expresión regulación en servicios públicos domiciliario, el Estado social del Derecho y libre competencia, la intervención del Estado en las actividades económicas, formas de regulación y servicios públicos. Competencias administrativas de la CRC y sus diferencias con los órganos judiciales.

5 En Sentencia C-865 de 2004 la Corte precisó el concepto de constitución económica, su definición, composición y la responsabilidad como pilar fundamental de la constitución económica.

otros, de los siguientes órganos: (i) la Comisión, que estudia y adopta decisiones de carácter general que regulan las diferentes materias comunes a los países miembros, (ii) La Secretaría General (en adelante SGCAN), que emite resoluciones que desarrollan las decisiones y, (iii) el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA), que interpreta las Decisiones andinas e imparte justicia acerca de su aplicación y observancia.

Por su parte, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia nacional⁶, las Decisiones de la CAN son consideradas normas supranacionales, esto es, son normas expedidas por un organismo supranacional al que se le han transferido facultades legislativas en ciertas materias, las cuales son de automática incorporación a la legislación nacional y son de aplicación preferente, cuando normas nacionales regulan la misma materia⁷, por lo que éstas sólo las pueden complementar en aquellos temas que no desarrollan o reglamentan, circunstancia que se encuentra en armonía con el pronunciamiento de la Comisión del Acuerdo de Cartagena aprobado durante el XIX Periodo de Sesiones Ordinarias en Lima, Perú del 29 de mayo al 5 de junio de 1980, referido en la Interpretación Prejudicial 255-IP-2013 No. 67 y ss.

En desarrollo de lo anterior, tenemos que las Decisiones que regulan la liberalización de los servicios en el mercado andino (Decisión 439 de 1998 de la CAN), la liberalización e integración de los servicios de telecomunicaciones (Decisión 462 de 1999 de la CAN), la que adopta normas comunes sobre interconexión (Resolución 432 de 2000 de la SGCAN), la que establece la creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Tratado de 28 de mayo de 1996) y la que establece su Estatuto (Decisión 500 de 2001 del Consejo Andino de Ministros), hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano, sin necesidad de incorporación especial, de aplicación inmediata a partir de su promulgación y son de observancia obligatoria.

Bajo esta perspectiva, el TJCA en su decisión 03-AI-2010 ratificó que *“este Tribunal debe señalar que en relación con estos temas de interconexión y del Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones, se encuentran reglados dentro del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina y constituyen normas supranacionales de efecto directo y de aplicación inmediata que prevalecen sobre cualquier normativa nacional...”*

6 Sentencia C-155 de 1998 - Corte Constitucional

7 Sentencia C-256 de 1998 – Corte Constitucional

➤ ***Solución de controversias dentro del Derecho Comunitario***

El Acuerdo de Cartagena, en el artículo 47, contempló la solución de controversias para conflictos que surjan con ocasión de la aplicación del ordenamiento jurídico de la comunidad andina, para lo cual se seguirán las normas del Tratado que crea el Tribunal. Por el mismo Acuerdo, los mecanismos de solución de controversias hacen parte del sistema andino de integración y como medida transitoria respecto al programa de liberalización, se establece que la CAN podrá establecer un mecanismo arbitral para la solución de controversias entre Países Miembros que persistan al pronunciamiento de la Secretaria General.

Posteriormente, el 21 de mayo de 1996, al aprobarse el Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se incluye dentro de las consideraciones que los Gobiernos firmantes declaran estar seguros de que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se deriven deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los gobiernos de los países Miembros y de otros órganos del Acuerdo, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente. De esa manera se consagra en el Tratado las instituciones de la interpretación prejudicial (arts. 32 a 36), la función arbitral (arts. 38 y 39) y, como disposición, general la prohibición para los Países Miembros de someter ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la comunidad andina, a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distintos a los contemplados en el Tratado (art. 42).

Frente a la necesidad de definir si los tribunales de arbitramento se encuentran comprendidos dentro del concepto de juez nacional para efectos de la aplicación de la interpretación y aplicación del derecho comunitario, el TJCA mediante su Sentencia 03-AI-2010 concluyó : *“Por lo tanto, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que decidan en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales.”* En razón de lo anterior, este Tribunal considera ser parte del sistema de justicia de la Comunidad Andina en cuanto aplicare normas expedidas la misma.

➤ **La Interconexión y los cargos de acceso**

Si bien el artículo 30 de la Decisión 462 de la CAN establece que la interconexión se regulará “*de acuerdo a la normativa nacional de interconexión de cada País Miembro*”, lo que sugeriría, en principio, que la ley nacional es la que la rige, también lo es que, conforme a lo previsto en el artículo 33 de la misma disposición que establece “*Los Países Miembros de la Comunidad Andina propenderán por la armonización de los requisitos, procedimientos y normas relativos a la interconexión*”, en concordancia con la disposición transitoria ibídem, que establece que “*Para los efectos a que se refiere el artículo 33 de esta Decisión, el Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones propondrá, en un plazo no mayor de doce (12) meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Decisión, Normas Comunes de Interconexión, las cuales serán aprobadas mediante Resolución de la Secretaría General de la Comunidad Andina*”, como en efecto sucedió, con la expedición de la Resolución 432 de la SGCAN - por la cual se expidieron las “Normas Comunes sobre Interconexión”, tendríamos que, las normas nacionales de cada país miembro sólo habrían tenido aplicación, como en efecto lo tuvieron, desde que fueron expedidas, incluso en vigencia de la Decisión 462 de la CAN del 25 de mayo de 1999-, hasta la fecha en que la SGCAN expidió la citada Resolución 432, esto es, hasta el 2 de octubre de 2000.

Por lo anterior, la Resolución 432 de la SGCAN es la norma que reglamenta la Interconexión en su integridad y en forma prevalente, a partir de su expedición, y si bien es cierto que conforme lo dispuesto en su artículo 3º, la interconexión vigente a la fecha de su expedición así como la por celebrarse, se “ajustará” a lo dispuesto por las Decisiones 439 y 462 de la CAN, además de lo previsto por esta Resolución, también lo es, que según su artículo 35, toda relación de interconexión debe someterse a la norma andina y en lo no previsto se sujetará a lo dispuesto por la ley nacional del país en el que se realice la interconexión. Estas normas expresamente reiteran el principio de prevalencia de la norma andina y de complemento indispensable, entendiendo por ajustar “*hacer y poner algo de modo que case y venga justo con otra cosa, conformar, acomodar algo a otra cosa, de suerte que no haya discrepancia entre ellas*”, según el diccionario de la lengua española, pág. 82. Tomo 1, 22 Edición, Real Academia de la Lengua. 2001.

En otras palabras, de las dos normas arriba citadas, se colige que el contrato de interconexión suscrito entre las partes el 13 de noviembre de 1998, fue “ajustado” por las disposiciones andinas, especialmente las establecidas por la Resolución 432 de la SGCAN, entendido tal ajuste como que, a partir de su promulgación – 2 de

octubre de 2000-, la ley que rige la interconexión es la norma andina, la que debe aplicarse en forma prevalente sobre la norma nacional, cuando éstas entren en contradicción, lo que implica que el acuerdo privado de dos operadores carezca de fuerza para dejar sin efecto la norma andina o separarse de lo por ella dispuesto.

De una leída integral de la Resolución 432 este Tribunal advierte, de manera general, que ésta trata en su Título I de Objetivos y Definiciones (arts. 1 y 2), en el Título II de Obligaciones (arts.3 a 12), en el Título III de Condiciones de la Interconexión, que a su vez subdivide en 4 Capítulos a saber: Generales (arts. 13 a 17), Económicas (arts. 18 a 27), Técnicas (arts. 28 a 31) y de Solución de Controversias (32 a 34), y en el Título IV, de Disposiciones Generales (arts. 34 y 35), de lo que se infiere, sin asomo de duda, que la Resolución contiene una reglamentación integral, extensa y detallada de la interconexión en materia de telecomunicaciones.

Partiendo de esta premisa, analizaremos los siguientes aspectos planteados por la demandante, en lo que toca con el caso *sub examine*:

1. Si la pretensión de la parte convocante, referida como “segunda pretensión” en su demanda arbitral, que consiste en resolver sobre la demanda inicial cuyo laudo fue declarado nulo, esto es, que “El Tribunal declare que la demandada está obligada a pagar a la demandante *por concepto de* “Cargo de Acceso” los valores establecidos bajo la Opción 1: “Cargos de Acceso Máximos por minuto” previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002, relacionados con la ejecución del contrato de interconexión celebrado entre las partes el 13 de noviembre de 1998”, es una pretensión que recae sobre un aspecto regulado en la Resolución 432; y
2. Si lo alegado por la parte convocante, en el sentido de que al presente caso no se le debe aplicar norma andina por tratarse de una interconexión entre operadores de Colombia y acaecida en Colombia, es legalmente cierto o no, proposición que deberá ser valorada por este Tribunal.

Para resolver si la pretensión de “cargos de acceso” se regula por las normas de la interconexión o no, se considera necesario e ilustrativo citar los siguientes textos legales andinos:

Decisión 462 de la CAN. Artículo 30 inciso segundo literal b que establece:

“Artículo 30.- Condiciones para la Interconexión

....

La interconexión debe proveerse:

...

b) Con cargos de interconexión que:

....”

Resolución 432 de la SGCAN. TITULO III – Condiciones de la Interconexión. Capítulo I- Generales, artículos 16 incisos primero y tercero y 17 literal d, que rezan:

“Artículo 16.- Todo acuerdo de interconexión producto de la negociación entre operadores de redes públicas de telecomunicaciones y toda oferta básica de interconexión deberá contener información relativa a las condiciones generales, económicas y técnicas bajo las cuales se realiza.

.....

Los acuerdos de interconexión que sean suscritos entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y las ofertas básicas de interconexión contemplarán como mínimo las condiciones establecidas en este Título”

“Artículo 17.- Los acuerdos de interconexión suscritos entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y las ofertas básicas de interconexión deberán contener cláusulas relativas a los siguientes aspectos:

.....

d) Los procedimientos a seguir para el intercambio de cuentas, aprobación de facturas, liquidación y pago de las mismas.”

En concordancia con los artículos 18 y 19 de la misma Resolución 432, incluidos en el el TITULO III – Condiciones de la Interconexión. Capítulo II- Económicas, que disponen:

“Artículo 18.- Los cargos de interconexión deberán estar orientados a costos, complementados con un margen razonable de utilidad más una cuota de costos comunes o compartidos inherente a la interconexión y suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio.

.....

Artículo 19.- Los acuerdos de interconexión y las ofertas básicas de interconexión contemplarán los cargos de interconexión a pagarse entre las partes, cuando éstos no sean fijados por la Autoridad de Telecomunicaciones competente del País Miembro.”

Y en concordancia con el artículo 35 de la misma Resolución, incluido en el Título IV, Disposiciones Generales, que dice:

“Artículo 35.- Para efectos de la interconexión, las partes deberán regirse por las normas comunitarias andinas y, en lo no previsto, por las disposiciones contenidas en la legislación de cada País Miembro donde se lleve a cabo la interconexión”

De conformidad con los anteriores textos legales resulta de claridad diáfana para este Tribunal Arbitral que, cuando se trata de “cargos de acceso” en una interconexión, sin importar a través de cuál mecanismo se llegue – oferta, contrato o imposición de la Autoridad Nacional -, los cargos de acceso resultan ser de la esencia de la interconexión, en la medida en que le son inherentes y sin ellos no podría estarse en presencia de una interconexión. De hecho, las normas transcritas, sin excepción, suponen que siempre que se está en el caso de una interconexión, se está en presencia de los “cargos de acceso” que deben pagarse por la misma, cargos de acceso que serán de doble vía cuando los usuarios de un operador se conecten con usuarios del otro operador y viceversa y, por eso, lo que se acostumbra e impone en este tipo de relaciones es que, además de fijarlos, se acuerden procedimientos específicos para cobrarse mutuamente los servicios prestados y se adopte una forma de liquidarlos y pagarlos.

En otras palabras, en toda relación de interconexión, siempre estaremos en presencia de “cargos de acceso”, éstos constituyen un elemento esencial del contrato, por lo que interconexión y cargos de acceso no son separables. A conclusión diferente no podría llegarse, en razón de lo dispuesto en el artículo 19 de la Decisión 432 cuando señala que “*los acuerdos de interconexión y las ofertas básicas de interconexión **COMTEMPLARÁN** los cargos de acceso cuando éstos no sean fijados por la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país miembro*”, (mayúsculas, negrilla y subraya fuera de texto), lo que quiere decir que siempre que estemos frente a una interconexión, sin importar de cual actividad previa deviniere, estaremos en presencia de cargos de acceso. El verbo rector “contemplar” quiere decir, según el diccionario de la lengua española, “*poner atención en algo material o espiritual, considerar...*” p. 635 22^a Edición. Primer Tomo. 2001. Real Academia Española. Por tanto, la expresión “contemplarán” no deja viso de duda alguno, pues siempre que exista una interconexión necesariamente existirán cargos de acceso, por lo que lo primero no podría existir sin lo segundo.

En el caso concreto, la pretensión reclamada por la parte demandante consiste, justamente, en que se reconozca que los “cargos de acceso” que ha debido pagarle la demandada por razón de la ejecución del Contrato de Interconexión, celebrado entre las partes el 13 de noviembre de 1998, deben liquidarse de acuerdo con lo establecido por la Resolución 463 de 2001 expedida por la CRT, en tanto que, la demandada considera que tales cargos de acceso deben liquidarse según la fórmula incluida en el contrato, luego mal puede ser de recibo el argumento de la parte demandante de considerar que éste no es un caso de una interconexión, para de esa forma, tratar los “cargos de acceso” como si fueran un tema accesorio, de mero contenido económico y consecuencia de la interconexión, cuando en realidad, éstos, los “cargos de acceso”, son de la esencia de la interconexión.

Por lo hasta aquí analizado, tenemos que los cargos de acceso reclamados por la demandante y excepcionados por la demandada son esenciales a la interconexión y, por ende, al contrato de interconexión suscrito entre las partes el 13 de noviembre de 1998, por lo que ese contrato de interconexión y los cargos de acceso, deben regirse por las normas andinas respectivas.

Ahora bien, para resolver si son aplicables normas andinas por tratarse de una relación entre operadores ubicados en Colombia, cuando la interconexión que da origen a los cargos de acceso pedidos también es una interconexión doméstica colombiana, consideramos pertinente citar las siguientes normas:

Resolución 432 SGCAN. Título II. Obligaciones. Artículo 3

“Artículo 3. La interconexión en los casos vigentes y por realizarse en los Países Miembros de la Comunidad Andina se ajustará a las obligaciones establecidas en la presente Resolución, las Decisiones 439 y 462, así como las normas nacionales de cada País Miembro.”

Resolución 432 SGCAN. Título IV. Disposiciones Generales. Artículo 35.

“Artículo 35. Para efectos de la interconexión, las partes deberán regirse por las normas comunitarias andinas y, en lo no previsto, por las disposiciones contenidas en la legislación de cada País Miembro donde se lleve a cabo la interconexión.”

Teniendo presente que la Resolución 432 de la SGCAN regula en forma integral la interconexión y después de realizar una interpretación sistemática de las normas

arriba transcritas, no encontramos disposición alguna que permita inferir que cuando la interconexión se realice entre operadores de un mismo país miembro, ésta se sustraiga a la norma andina y se rija por la norma nacional, pues, justamente, el objetivo de la norma andina es el de homogenizar y armonizar el mercado andino, y en el caso particular, el de la interconexión en materia de telecomunicaciones, según lo analizamos al inicio de estos considerandos, luego debemos concluir que las disposiciones de la Resolución 432 son aplicables a las interconexiones que se den en los países miembros, en forma prevalente sobre la normativa nacional y sin importar si los operadores y/o la interconexión son meramente nacionales o circunscritos a un solo país miembro, como ocurre en el caso objeto de este trámite arbitral.

A esta misma conclusión llega el TJCA en su interpretación prejudicial 255-IP-2013, No. 88, cuando de manera expresa responde a esta pregunta al referirse al ámbito de aplicación de la Resolución 432 de la SGCAN con apoyo en su artículo 35 y considera: *“Como lo que se persigue es la liberalización del sector de telecomunicaciones dentro del marco de un Mercado Común Andino es este ámbito (sic), las mencionadas condiciones deben ser aplicadas en relación con “todas la medidas” que afecten el servicio de telecomunicaciones, **independientemente de si los operadores son de un mismo país o no**, ya que lo que se busca es generar con esta norma una integración andina en telecomunicaciones y, por tanto, se debe aplicar a cualquier asunto en relación con el sector antes mencionado”* (subraya y negrilla fuera de texto).

Por lo anterior, tampoco es de recibo el argumento de la parte convocante cuando señala que la norma andina no sería aplicable a este caso, por tratarse de una interconexión entre operadores locales y ejecutada en el territorio colombiano.

➤ ***Interpretación Prejudicial***

Obligatoriedad de Pedirla

En el entendido que los Tribunales de Arbitramento actúan como jueces nacionales frente a la normatividad comunitaria y de acuerdo con lo concluido por el TJCA en el curso del proceso 03-AI-2010 cuando estableció que *“En este orden de ideas, se determina la obligatoriedad de solicitar la interpretación prejudicial de manera directa al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por parte de los Árbitros, cuando el arbitraje sea en Derecho y verse sobre asuntos regulados por el ordenamiento*

jurídico comunitario y funja como única o última instancia ordinaria”, constatación que recoge lo preceptuado por el Artículo 123 del Estatuto del TJCA, que reza “*Art. 123: Consulta obligatoria: De oficio o a petición de parte, el Juez Nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspenderse el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal*”, no queda duda que pedir la interpretación prejudicial constituía una obligación ineludible para este Tribunal.

Como ya se dijo, esta obligación fue oportunamente atendida y obtuvo la respuesta que en el desarrollo de este Laudo se viene interpretando y acogiendo.

Obligatoriedad de acatarla

Ahora bien, estando claro que pedir la interpretación prejudicial al TJCA, es obligatorio, debemos advertir que acatarla, una vez se recibe, también lo es.

En efecto el Art. 127 del Estatuto TJCA (Decisión 500), establece:

“Art. 127- Obligación Especial del Juez Consultante. El Juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”.

Estas disposiciones no dejan gran espacio al Tribunal de Arbitramento cuando recibe una interpretación prejudicial que no presenta dudas en cuanto a advertir la existencia y aplicabilidad de alguna norma comunitaria al caso que genera tal interpretación, pues como lo advierten los fallos remitidos tanto por el TJCA, como por el Consejo de Estado, que hemos citado a lo largo de este fallo, se está frente a “*Normas supranacionales, de efecto directo y de aplicación inmediata que prevalecen sobre cualquier normativa nacional*”⁸

8 TJCA – Proceso 03-AI-2010

➤ **Valoración⁹ de la Interpretación Prejudicial**

De la mayor trascendencia resulta ahora ocuparse de la Interpretación Prejudicial, que por solicitud de este Tribunal de Arbitramento produjera y remitiera el TJCA, mediante Oficio No. 413-S-TJCA-2014.

Comenzaremos por reconocer, como lo advirtió el TJCA en su providencia del 26 de agosto de 2011, Proceso 03-AI-2010, que *“en el caso de la consulta obligatoria, la inobservancia del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso y, en consecuencia, debería acarrear la nulidad de la sentencia”*.

Esta circunstancia quedó clara y fue reconocida y aceptada por las partes intervinientes en el trámite, quienes directa o indirectamente fueron partícipes y/o testigos de las múltiples acciones que cursaron y que concluyeron con la orden de la autoridad andina, a nuestro Consejo de Estado, para que declarara la nulidad de unos laudos arbitrales que son antecedentes de éste, en los cuales se omitió el requisito de solicitud de la IP obligatoria.

Así se refirió a este aspecto el TJCA en su interpretación prejudicial dentro del proceso 181-IP-2013, que fuera citada en algunos apartes de la IP que se emitiera por solicitud de este Tribunal:

“(…)

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

9 Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Valorar significa: Reconocer, estimar o apreciar el valor o mérito de alguien o algo. De acuerdo con el *Vocabulario Jurídico. Jorge Guerrero R.- Asociación Henri Capitant. Ed. Temis. Bogotá 1995, págs. 563 y 893*: La locución “Valorar” viene de valor, es decir, de valoración. *Valorar*, según el Diccionario de la Real Academia, significa: 1. tr. Señalar el precio de algo. 2. tr. Reconocer, estimar o apreciar el valor o mérito de alguien o algo. “Valorar” es un proceso que se orienta a establecer un determinado valor que tiene o posee algo. Desde el punto de vista jurídico, la expresión “valor”, entre otros significados, indica: “Lo que constituye el **mérito** de una demanda o fallo judicial, de una pretensión, de un medio, de un argumento; su buen fundamento. En sentido genérico, lo que da efecto (a un acto, a un documento, a un título), lo que mide la eficacia, la fuerza (de un derecho, de una prueba). Son palabras afines de valorar: Corroborar, validez, vigor, apreciar, tasar, calcular, evaluar.”

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

Estando claro, como lo está para este Tribunal, que el conflicto que enfrenta a las partes aquí intervinientes tiene su origen en un contrato que regula una relación de interconexión entre ellas, está obligado a verificar si ésta circunstancia lo obliga a observar alguna norma del ordenamiento jurídico andino, situación que tuvo presente y motivó algunas de las preguntas que se incluyeron dentro del cuestionario que se sometió a consulta.

En efecto, al elevar la consulta y solicitar la interpretación prejudicial, este Tribunal Arbitral indagó si “(...) *al determinar el contenido y alcance del artículo 32 de la Decisión 462 frente a la competencia de un Tribunal de Arbitramento en desarrollo de una cláusula compromisoria, para resolver controversias originadas en la selección de la tarifa que debe aplicarse en un contrato de interconexión, debiendo escogerse entre la tarifa determinada de común acuerdo entre las partes y la fijada posteriormente por la autoridad nacional competente. Lo anterior, en el entendido que para dirimir la controversia, el Tribunal Arbitral no fijaría tarifa o cargo de acceso alguno, sino fijaría cuál de las tarifas fijadas es la aplicable.*”

Al dejar planteada de forma tan precisa esta consulta, frente a la interpretación de la normatividad comunitaria en materia de competencia, el Tribunal previó que éste se tornaba en un punto de derecho crucial dentro del proceso, pues, de concluirse que para el caso en particular que aquí se ventila, el Tribunal de Arbitramento pudiera carecer de la misma, nada de lo que aquí se debate podría ser desatado por éste.

Frente a este interrogante, el TJCA en su interpretación prejudicial respondió:

“A. LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA RESOLVER CONFLICTOS DE INTERCONEXIÓN EN CASO DE DESACUERDO ENTRE LAS PARTES.

44. *Dentro de este acápite el Tribunal va a señalar cuál es la autoridad nacional competente para resolver el conflicto entre las partes dentro del proceso arbitral iniciado, por lo que citamos la Interpretación Prejudicial 181-IP-2013, la cual enuncia que:*

*“La Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina en su artículo 32, enuncia que en el evento de que un proveedor considere que existen actuaciones atentatorias a las normas o principios de interconexión o libre competencia, **deberá recurrir a la Autoridad Nacional Competente para que resuelva de acuerdo a la norma nacional.***

Existe por tanto, expresa disposición de la norma andina, que remite la competencia para resolución de conflictos de interconexión, a la autoridad nacional y bajo los lineamientos de la ley interna.

Por su parte, el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General, de igual forma le otorga competencia a la Autoridad de Telecomunicaciones del país donde se realiza la interconexión, para solucionar las controversias que se susciten por este evento. Esto significa que ninguna otra autoridad nacional tiene la facultad de dirimir este tipo de controversias; la voluntad del legislador comunitario es clara, la resolución de conflictos en materia de interconexión estará a la cabeza de la Autoridad de Telecomunicaciones competente, que en el caso colombiano es la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), hoy denominada “Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC).”

Dice así el citado Artículo 32:

“ARTÍCULO 32:

Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de solucionar entre las partes. En el caso que éstas no logren un entendimiento que ponga fin a la controversia, la misma deberá ser sometida a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, por cualquiera de las partes. La Autoridad de Telecomunicaciones competente deberá decidir dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendarios contados a partir de la recepción de la consulta”.

Siguiendo con la IP expedida para este trámite y frente a la norma que acaba de citarse, se dijo:

“Profundizando el estudio del mencionado artículo 32, se prevé que en caso de controversia durante la ejecución de la interconexión, se seguirán los siguientes pasos:

- *Arreglo directo entre las partes. La norma propone en primer término un acercamiento de los involucrados para solucionar el conflicto.*
- *Si no se llegare a una solución negociada, a petición de parte se someterá la controversia a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones pertinente, para que tome una decisión en el plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario.”*

Frente a este aspecto de la competencia para resolver conflictos derivados de contratos de interconexión y de si la misma radica en la autoridad nacional, la CRC en nuestro caso, o en el Tribunal de Arbitramento, por inclusión de una cláusula compromisoria en el contrato, destacamos lo dicho por el Señor Agente del Ministerio Público, quien en su concepto, presentado dentro de la Audiencia de Alegatos, sostuvo:

“La competencia de la CRC para la solución de controversias, como expresión de la actividad regulatoria, definida en la misma ley, está referida a la relación de interconexión independientemente que la misma se encuentre plasmada en un contrato o en un acto administrativo unilateral como es el caso de la imposición de servidumbre. Como lo manifestó el Tribunal Andino de Justicia, se trata de una competencia exclusiva y excluyente”

Se complementa la anterior conclusión del Ministerio Público, con otra cita que presenta en su concepto, la de la Resolución CRT 831 de 2003, de la que destacamos el siguiente aparte:

“Por otra parte, el legislador también le otorgó a la CRT la facultad de resolver por vía administrativa, los conflictos que surjan entre los operadores de telecomunicaciones, con ocasión de los contratos, interconexiones o servidumbres que existan entre ellas, siendo uno de los casos en los que se puede presentar conflicto, precisamente el relativo a la aplicación de la opción de cargos de acceso por capacidad consagrada en la Resolución CRT 463 de 2001, punto sobre el cual versó la solicitud de solución de conflicto presentada por ETB el 9 de enero de 2003 y respecto del cual se pronuncia la CRT en el presente acto administrativo.

Es importante reiterar que la normatividad ha otorgado claramente a la CRT competencia para efectos de dirimir los conflictos surgidos entre operadores de telecomunicaciones...”

A renglón seguido, el Ministerio Público en su concepto refiere la Resolución 826 de 2003, emanada de la misma CRT, al advertir cómo, allí desatando un conflicto similar al presente sostuvo que la CRT, “*Cuenta con amplias facultades para entrar a dirimir el conflicto, pues la aplicación de la opción cargos de acceso por capacidad, se enmarca dentro del ámbito de la interconexión y, por ende, los conflictos, que surjan con ocasión de la aplicación de dicha opción, son asuntos propios de la interconexión, es decir, se presentan en razón de la misma.*”

A lo largo de estos considerandos hemos analizado y valorado la Interpretación Prejudicial 255-IP-2013 emitida por el TJCA para el caso objeto de este trámite arbitral, sin haber desperdiciado oportunidad para hacerlo; con todo, hay un aspecto fundamental que amerita ser profundizado y es el referido a la competencia de este Tribunal para resolver la controversia planteada.

Para tratar el tema de la competencia, ha de reiterarse que **este Tribunal NO es continuación del Tribunal anterior.**

Derivado de esto, ha de decirse que la primera pretensión contenida en la demanda que dio origen a este proceso, describe un procedimiento y no puede entenderse como tal en sí misma, por lo que se tienen por pretensiones solo aquellas mencionadas a partir del acápite dos de la demanda, que se refieren a las controvertidas y decididas en el trámite arbitral inicial, cuyo laudo fue declarado nulo; es decir, la primera pretensión, en estricto rigor legal y procesal no lo es y dicho procedimiento ya ha sido atendido mediante la integración, instalación y funcionamiento de este Tribunal de Arbitramento, por lo que el Tribunal no entrará a pronunciarse respecto del mismo. Por tanto este, Tribunal Arbitral tendrá como pretensión central y objeto de análisis de este caso, la pretensión referida a decidir cuál cargo de acceso se aplica a la relación de interconexión ejecutada entre las partes a partir de 1o de enero de 2002 y por el término que así lo pide, en la medida en que las otras dos son consecuenciales de la declaratoria de la primera - condena al pago y condena en costas-, y su análisis está ligado a que la primera prospere.

Con todo, desde el inicio del proceso, la parte demandante ha insistido en argumentar que este Tribunal arbitral no es más que una continuación del Tribunal anterior, por lo que se reitera lo manifestado en sendos autos en el sentido de

sostener que este trámite es autónomo e independiente del Tribunal de Arbitramento anterior, cuyo laudo fuera anulado en desarrollo de lo dispuesto en el proceso 03-AI-2010 del TJCA y en su auto aclaratorio de fecha 15 de noviembre de 2011 y la sentencia del H. Consejo de Estado de fecha 9 de agosto de 2012, en la medida en que:

- (i) la justicia arbitral es *pro tempore*, no puede ser reinstalada ni existe procedimiento para el efecto,
- (ii) el trámite arbitral es reglado y la Ley 1563 de 2012 no establece trámites *ad hoc* o especiales para este tipo de casos,
- (iii) el desarrollo satisfactorio del presente trámite arbitral de acuerdo con la Ley aplicable, garantiza y ha garantizado el debido proceso, el derecho de defensa y el derecho de contradicción.

Frente a este tema que suscitó alguna discusión al inicio del trámite, especialmente por la referida postura del convocante, quien pretendía que el efecto de la anulación del Laudo Arbitral que se había producido por parte del Consejo de Estado, en cumplimiento de una decisión adoptada por el TJCA, fuera que este Tribunal se constituyera como una prolongación de uno anterior ante quien se tramitó el proceso cuyo laudo se anuló, para que solicitara la interpretación prejudicial omitida en aquél y produjera un laudo, es oportuno reiterar lo dicho en la Audiencia celebrada el 12 de junio de 2013, consignada en el Acta No. 4, en la que se advirtió, que éste era un Tribunal Nuevo e Independiente y, así se comportó, adelantando con absoluto rigor todo el trámite del proceso y atendiendo su obligación de solicitar la interpretación prejudicial, acatarla e incorporarla a su fallo, como en efecto se hace en este laudo.

Esta posición así adoptada, coincidió con la interpretación que de la decisión del TJCA hiciera el Consejo de Estado en su providencia del 9 de agosto de 2012 (radicación 43.195), quien en síntesis y después de razonar sobre el tema concluyó:

“Así las cosas y, se insiste, con el fin de alcanzar la mejor, la más razonable y la más coherente interpretación posible a las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el presente caso, para efectos de asegurar su efectivo y adecuado cumplimiento, la Sala entiende que, como bien lo expresó el auto aclaratorio del propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en noviembre 15 de 2011, después de anulado el laudo sólo procedería - cuestión que consulta perfectamente el ordenamiento constitucional y legal colombiano – la convocatoria de un nuevo Tribunal de Arbitramento, convocatoria que debería efectuarse con sujeción a las normas

que regulan la materia, nuevo Tribunal de Arbitramento que tendría, por tanto, el deber de satisfacer la exigencia impuesta por el ordenamiento andino en el sentido de solicitar la Interpretación Prejudicial que resulta imperativa en el caso sub examine para que, posteriormente, con apoyo en dicha Interpretación Prejudicial y de haber lugar a ello, se profiera el correspondiente laudo arbitral.”

Resuelto el primer punto, este Tribunal decidió inicialmente declarar su propia competencia, sin perjuicio de pronunciamiento posterior de acuerdo con las pruebas y la interpretación prejudicial que se produjera, conforme lo dispuso en el Auto de 23 de octubre de 2013, competencia inicial que se reitera con fundamento en los siguientes aspectos:

- (i) En que este Tribunal forma parte del sistema de justicia de la Comunidad Andina, según se desprende de la decisión 03-AI-2010, por la cual el TJCA sostuvo que la justicia arbitral forma parte del sistema de justicia de la Comunidad Andina y que los árbitros se asemejan a cualquier otro funcionario de la rama jurisdiccional cuando imparte justicia y debe proceder a aplicar normas emitidas por la CAN.
- (ii) En la medida en que una vez instalado este Tribunal y revisadas las posturas de las partes frente al tema en conflicto y vistos los antecedentes que llevaron a la anulación de unos laudos anteriores, este Tribunal encontró que resultaba necesario solicitar la interpretación prejudicial, para definir, entre otros temas, si las normas de la CAN eran aplicables a este caso y su alcance, en especial las contenidas en las Decisiones 439 y 462 de la CAN y la Resolución 432 de la SGCAN, frente a temas como la liberalización del servicio de telecomunicaciones y regulación del “contrato de interconexión”, la relación entre interconexión y cargos de acceso, la aplicabilidad de normas andinas a contratos o relaciones de interconexión entre operadores de un mismo país miembro y la competencia para resolver controversias en materia de interconexión, entre otros.
- (iii) En que la providencia por medio de la cual se resolvió el proceso 03-AI-2010 y su auto aclaratorio expresamente manifestaron que los árbitros están facultados, y/o obligados, según se trate, para elevar consultas al TJCA respecto de la interpretación y aplicación de las normas de la CAN

Por lo anterior, este Tribunal consideró en su momento, y lo sigue haciendo, que sólo en la medida en que se declarara competente inicialmente y pudiera asumir el rol de árbitro, podía, como en efecto ocurrió, instruir el proceso en debida forma y elevar la

consulta que le era obligatoria como garantía al debido proceso, de la cual podría además obtener claridad acerca de la correcta aplicación e interpretación de las normas andinas al caso en concreto. En otras palabras, si este Tribunal no hubiera decretado su propia competencia, mal hubiere podido interactuar como juez comunitario para elevar la consulta y decidir, adoptándola, como en efecto lo hará.

No de otra manera pudiera entenderse y hacerse coherente la correcta administración de justicia, porque no habría razón válida que justificara que cuando se trata de justicia arbitral que deba aplicar normas emitidas por la CAN, ésta no solicitara la interpretación prejudicial para aplicar de manera homogénea la norma andina, en tanto que la justicia estatal si estaría obligada a aplicarla y, por tanto, a solicitar su interpretación.

El principio de la autonomía de la voluntad privada¹⁰ – en desarrollo del cual puede pactarse la cláusula compromisoria o compromiso- no puede ir en contravía de la sana aplicación del derecho y permitir que en un trámite arbitral que debe resolverse a la luz de un derecho aplicable, entendiéndose el derecho andino, se omita su aplicación.

Por lo anterior, este Tribunal reitera haber declarado preliminarmente su competencia para instruir este proceso, tramitar y obtener la interpretación prejudicial que le era obligatoria y para servirse de ella respecto de la definición del derecho andino al caso en concreto y resolver sobre el mismo¹¹.

Despejadas como quedaron las razones que llevaron a este Tribunal a declarar preliminarmente su competencia, según acaba de referirse, procede ahora a analizar si la misma se mantiene y en qué medida, al momento de proferir el Laudo.

La función jurisdiccional de impartir justicia es una de las manifestaciones del poder público y se encuentra en cabeza de la rama jurisdiccional de acuerdo con lo previsto en el artículo 116 inc. 1ro de la Constitución Política; por su parte, en desarrollo de lo establecido en el inc. 4to del mismo, los árbitros pueden ser investidos, pro tempore, de especiales facultades para administrar justicia, siempre que se observen los límites legales para el efecto. En otras palabras, la jurisdicción arbitral deviene del reconocimiento constitucional, pero su materialización – competencia- sólo se activa

¹⁰ La Corte Constitucional en Sentencia C- 186 de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto. Marzo 16 de 2011, es enfática respecto de la restricción de la autonomía de la voluntad privada frente a los acuerdos suscritos entre particulares para acudir a la justicia arbitral. Igualmente sobre el principio de autonomía de la voluntad privada y libertad contractual; y, la intervención del Estado en la Economía versus la libertad económica en materia de servicios públicos.

¹¹ Corte Constitucional – Auto No.054 – mayo 4 de 2004– M.P. Eduardo Montealegre L.

para casos concretos previa la especial habilitación otorgada por las partes de una controversia y dentro de los límites establecidos en la ley.

En el caso concreto, el objeto de fondo de la controversia consiste en decidir si el Tribunal adopta los “cargos de acceso” pactados por las partes en el contrato de interconexión o los cargos de acceso fijados por el ente regulador mediante la Resolución 463 de 2001 de la antigua Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y, según lo estudiamos *supra*, como la interconexión es una materia regulada por la Resolución 432 de 2000 de la SGCAN. Siendo esto así, debemos analizar en quien recae la facultad de resolver controversias referidas a la interconexión, frente a los cargos de acceso, que forman parte esencial e integral de la misma.

Para resolver se considera conveniente citar a continuación los artículos 3, 17 literal f, 32 y 35 de la Resolución 432 de la SGCAN:

- Título II- Obligaciones.

“Artículo 3.- La interconexión en los casos vigentes y por realizarse en los Países Miembros de la Comunidad Andina se ajustará a las obligaciones establecidas en la presente Resolución, las Decisiones 439 y 462, así como las normas nacionales de cada País Miembro”.

- Título III – Condiciones de la Interconexión. Capítulo I generales.

“Artículo 17.- Los acuerdos de interconexión suscritos entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y las ofertas básicas de interconexión deberán contener cláusulas relativas a los siguientes aspectos:

....

f) Los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión”.

- Título III – Condiciones de la Interconexión. Capítulo IV. Solución de Controversias.

“Artículo 32.- Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de

la interconexión se tratará de resolver entre las partes. En el caso que éstas no logren un entendimiento que ponga fin a la controversia, la misma deberá ser sometida a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, por cualquiera de las partes. La Autoridad de Telecomunicaciones competente deberá decidir dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la recepción de la consulta”.

- Título IV: Disposiciones Finales

“Artículo 35.- Para efectos de la interconexión, las partes deberán regirse por las normas comunitarias andinas y, en lo no previsto, por las disposiciones contenidas en la legislación de cada País Miembro donde se lleve a cabo la interconexión”.

Según se analizó en acápite anterior – relaciones de interconexión- , la Resolución 432 de 2 de octubre de 2000 de la SGCAN, es norma prevalente y de aplicación inmediata en materia de interconexión, tanto para las interconexiones después de su expedición, como para las que se venían sucediendo, como ocurre en este proceso, porque el contrato de interconexión fue suscrito y se encontraba en ejecución entre las partes desde 1998, razón por la cual, las normas de esta Resolución le son aplicables íntegramente y el contrato debe “ajustarse” a lo establecido en ella, tal y como lo vimos anteriormente. En esa misma medida, este Tribunal considera que la aplicabilidad del principio “*Pacta Sunt Servanda*” queda limitada, cuando, a las actividades que pretenda referirse, sean materias reguladas por norma de aplicación prevalente, como en este caso ocurre, pues tales actividades están relacionadas con la interconexión en asuntos de telecomunicaciones, materias reguladas por la Resolución 432 de la SGCAN, según se colige de lo señalado por la Sentencia C-186 de 2011.¹²

¹² Mediante la Sentencia C- 186 de 2011 la Corte Constitucional compendia la evolución de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento colombiano y concluye que “...la paulatina evolución del modelo de Estado liberal de derecho al Estado social de derecho, y el reconocimiento de un creciente poder de intervención estatal en la economía para proteger el interés general y los derechos de los sectores más necesitados de la población, se ha ido limitando de manera creciente el principio de autonomía de la voluntad y de contera la libertad contractual de los particulares. Por tanto, según ha dicho la Corte Constitucional “se puede afirmar que en la actualidad el principio de la autonomía de la voluntad privada mantiene su vigencia pero con restricciones o, visto de otro modo, se conserva como regla general pero tiene excepciones”. Surge entonces lo que se ha denominado la *concepción moderna* de la autonomía de la voluntad privada, que supone la existencia de un *poder dispositivo* de regulación, pero sometido a la intervención normativa del Estado, de suerte que “lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado.”

Partiendo de la anterior conclusión, si bien los artículos 17 y 32 de la Resolución 432 de la SGCAN, aparentemente son contradictorios, en razón a que el artículo 17 trata en forma general del contenido de los contratos de interconexión, en el que señala que debe incluirse el mecanismo de solución de controversias acordado entre las partes, en tanto que el artículo 32, en forma tajante y clara, menciona que las controversias serán resueltas por la Autoridad Nacional competente, entiéndase, la entidad reguladora, que en el caso colombiano es la Comisión de Regulación de Comunicaciones (antes CRT), la interpretación prejudicial 255-IP-2013 aclara el punto en sus numerales 44 y 45, así:

- En el numeral 44, cita la 188-IP-2013, en la cual el TJCA decide la antinomia planteada, argumentando que *“Cómo la norma del artículo 32 es una norma especial y posterior, la que aplica de manera preferente a la resolución de controversias “relacionadas con conflictos que surjan en la “ejecución de la interconexión” es competencia exclusiva de la Autoridad de Telecomunicaciones respectiva. Las controversias anteriores a dicha ejecución pueden solucionarse de conformidad con el mecanismo que las partes adopten”*.
- En el numeral 45, establece *“Al existir disposición andina que de manera concreta delimita que la competencia para la resolución en asuntos de conflictos de telecomunicaciones es la autoridad nacional, se concluye que la CRC es quien posee la potestad de resolver el caso en estudio, más no el Tribunal de Arbitramento, por lo que el ente consultante es quien deberá a su vez valorar los argumentos contenidos en la presente ponencia, soportando su posición en lo dispuesto en las normas aquí interpretadas”*

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal procede a valorar ambos numerales de la interpretación en la siguiente forma, antes de decidir si es o no competente:

- Este Tribunal considera que la cita que trae la interpretación prejudicial 255-IP-2013, esto es, la referida a la interpretación perjudicial 181-IP-2013, es perfectamente aplicable al caso concreto, pues se trata de una interpretación prejudicial emitida a propósito de un caso en el cual dos operadores colombianos controvertían acerca de los cargos de acceso aplicables a una interconexión también colombiana, caso que fue resuelto por la Autoridad Nacional Competente – CRT- en 2005.
 - o Respecto de este punto, la parte demandante argumenta que la cita no es aplicable al caso objeto de este Trámite Arbitral, en la medida en

que en el caso citado, la CRT había decidido la controversia de fondo, mientras que en el aquí tratado la CRT se había inhibido de hacerlo.

- Sea lo primero advertir que este Tribunal no goza de jurisdicción ni de competencia para pronunciarse respecto de Resoluciones de la CRT, bien sea que contengan decisiones inhibitorias o de fondo y, por tanto, este Tribunal de Arbitramento no entrará a estudiar, ni mucho menos a pronunciarse, sobre este aspecto.
- No obstante, de esta cita quedan contundentemente claras las siguientes conclusiones:
 - Que la CRT tiene facultades suficientes para avocar y resolver controversias entre operadores en materia de interconexión y, por ende, de cargos de acceso y,
 - Que esa facultad procede de la ley misma y debe ejercerse conforme a ella, esto es, que esa facultad no es derogable en favor de otra autoridad, salvo cuando la misma ley lo permite, pero en este caso, ella no lo hace, porque es la misma ley aplicable –entiéndase el artículo 32 de la Resolución 432 de la SGCAN- la que establece la competencia exclusiva en cabeza de la Autoridad Nacional Competente, que en nuestro caso, actualmente, es la Comisión de Regulación de Comunicaciones.
- Frente a lo dicho por el apoderado de Comcel, se pregunta el Tribunal, ¿Cuál sería la razón para que el TJCA, al analizar la competencia del Tribunal de Arbitramento para resolver el presente conflicto y estudiar dentro de su IP el alcance y aplicabilidad del Art. 32 de la Decisión 462, trajera una cita de una decisión en la que concluyó que “*el Tribunal de Arbitramento consultante no goza de competencia para resolver el asunto particular*”, cuando lo que quería expresar, eventualmente, fuera que el Tribunal consultante sí gozaba de tal competencia? Es claro y así está consignado, que la cita se refiere a otro proceso, pero lo es también y así lo refleja en su escrito de alegatos el Apoderado de Comcel, cuál es la conclusión que dicho texto destaca.
- En desarrollo de lo anterior, este Tribunal reitera que no es de recibo el argumento alegado por la parte demandante en el sentido que, para el

caso en concreto, la Interpretación Prejudicial citada no es aplicable para intentar demostrar la competencia de este Tribunal.

- De otra parte, es menester tener presente que la justicia arbitral opera únicamente por habilitación expresa de las partes y dentro de los límites que la ley impone, esto es, que ellas podrán sustituir la justicia ordinaria o estatalmente provista, sólo para aquellos casos en los que la misma ley así lo permita, por lo que cuando no lo permite, esta habilitación no puede darse; en el caso que nos ocupa, la resolución de controversias en materia de interconexión de telecomunicaciones es competencia exclusiva y excluyente de la Autoridad Nacional Competente, esto es, ninguna otra autoridad es competente para decidir sobre esta materia, ni siquiera la justicia ordinaria o estatal, por lo que la justicia arbitral tampoco podría serlo, pues la justicia arbitral sólo está instituida para sustituir a la justicia ordinaria o estatal para aquellos casos en los que las partes expresamente la habilitan y dentro de los límites fijados por la ley. En otras palabras, la justicia arbitral no puede sustituir a la justicia ordinaria o estatal, cuando ésta misma tampoco es competente.

- Por último, en el numeral 45 de la 255-IP-2013 el TJCA claramente establece que este Tribunal Arbitral no es competente para conocer y resolver de la controversia planteada y que la competente es la Autoridad Nacional – CRC-, pero como lo advierte el mismo numeral y lo reitera el demandante en sus alegatos de conclusión, este argumento debe ser valorado para tomarse una decisión, valoración que a continuación realizamos:
 - o El objeto de esta controversia consiste en decidir si se aplican, a la interconexión ejecutada entre las partes a partir de 2002 y por el período reclamado, los cargos de acceso pactados en el contrato de interconexión de 13 de noviembre de 1998 o los establecidos en la Resolución 463 de 27 de diciembre de 2001 de la CRT.

 - o En la medida en que el 2 de octubre de 2000 fue expedida la Resolución 432 de la SGCAN, la que adopta un régimen integral en materia de interconexión en telecomunicaciones, régimen que es prevalente y de aplicación inmediata a los países miembros de la Comunidad Andina, la interconexión que se venía ejecutando entre las partes desde 1998 fue “ajustada” a lo dispuesto por dicha Resolución.

- Como quiera que conforme a lo establecido en la citada Resolución 432, los cargos de acceso son parte esencial e integral de la interconexión, se entiende por tanto, que toda controversia derivada de éstos queda enmarcada en la ejecución de dicha interconexión, razón por la cual, también le son aplicables las normas comunitarias en materia de solución de controversias.

- Conforme a lo ordenado por la Resolución 432 tantas veces mencionada, con apoyo en la 255-IP-2013, la competencia para conocer de las controversias que surjan en ejecución de una interconexión son de conocimiento exclusivo y excluyente de la Autoridad Nacional Competente, CRC, y por consiguiente, este Tribunal decidirá no ser competente para conocer de la controversia aquí sometida a su decisión.

Vista la legislación nacional, encontramos que la facultad para resolver la controversia en el caso concreto, en la actualidad recae en cabeza de la CRC en desarrollo de lo previsto en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, norma que, por demás, ha sido declarada exequible conforme a la Sentencia C- 186-2011, facultad que antes de la expedición de dicha ley recaía en la antigua CRT en desarrollo de lo previsto en el artículo 73 numeral 8 y 74 numeral 3 literal b de la Ley 142 de 1994.

- Este Tribunal considera que en relación al alegato de la parte convocante, en el sentido de que la CRT produjo frente a su solicitud una decisión inhibitoria, y que éste sería por competencia residual el llamado a resolverle sus controversias, es oportuno destacar la diferencia que existe entre las decisiones que adopta la Autoridad Nacional y el Tribunal de Arbitramento, situación que a su vez marca el camino que las partes vinculadas a un acuerdo de interconexión deben recorrer para resolverlas. Al respecto sostiene la Corte Constitucional en su sentencia C-1120 de 2005, refiriéndose a las funciones de las comisiones de regulación que *“las funciones de resolución de conflictos de que tratan las normas acusadas son de naturaleza administrativa, no solo desde el punto de vista formal u orgánico sino también material, y por ende no son de naturaleza judicial. Esta actividad de la administración pública o de órganos administrativos corresponde a la denominada función arbitral de los mismos, en cuyo ejercicio actúan*

como árbitros de los conflictos entre particulares o entre éstos y otro órgano administrativo”.

Afín con lo anterior, la misma Corte en su sentencia C-189 de 1998 refrendada por la citada C-1120 de 2005 había advertido que *“la corte debe estudiar qué sentido tiene que la Ley atribuya a un acto singular de un determinado órgano estatal una naturaleza administrativa... esa caracterización tiene como consecuencia, entre otras cosas, que éste, por oposición a los actos jurisdiccionales no tiene la fuerza de cosa juzgada, pues no sólo es revocable y modificable por la propia administración, como es obvio, dentro de ciertas condiciones sino que, además, puede ser revisado por las autoridades judiciales en virtud del principio de legalidad.”* En armonía con esta jurisprudencia y al decidir un recurso dentro de una controversia entre dos operadores derivada de un contrato de interconexión, la CRT reconoció que *“en esta medida, cualquier inconformidad de las partes del contrato por insuficiencia de lo decidido por la CRT, por mala decisión, o cualquier otra diferencia, exigía acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que evaluara los actos administrativos de la comisión de regulación”*.¹³

Como corolario de todo lo expuesto, este Tribunal carece de competencia principal para resolver la controversia planteada así como de competencia residual, porque esta última tampoco está consagrada en las normas dado que la Resolución 432 se refiere a una única, exclusiva y excluyente competencia en cabeza de la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones competente, entiéndase CRC actualmente, de una parte, y de la otra, si se entendiera por competencia residual aquella para conocer de las materias resueltas por la otrora CRT en sus Resoluciones 980 y 1038 varias veces citadas, sin importar si contienen decisiones inhibitorias o no, este Tribunal tampoco la tendría, porque el control de legalidad de los actos administrativos es competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa administrativa y, ni siquiera por habilitación de las partes, este Tribunal podría conocer de la misma.

2. Otras consideraciones

De otra parte, este Tribunal considera que si bien el trámite arbitral es un trámite especial, regulado en su integridad por la Ley 1563 de 2012, también lo es que en caso de vacíos legales de esta norma especial, éstos deben llenarse con fundamento en las disposiciones del Código General del Proceso, cuando no exista norma diferente aplicable, como por ejemplo, en los casos en los que hay expresa remisión

¹³ Cita tomada de la Sentencia 34846 del Consejo de Estado – Sección Tercera de. 1ro de abril de 2009 – M.P. Dr. Enrique Gil Botero

a otro cuerpo legislativo, según auto unificador de jurisprudencia del Consejo de estado del 14 de julio de 2014¹⁴.

Por lo anterior, el Tribunal considera de recibo hacer las siguientes precisiones:

- Que en lo no previsto en la Ley 1563 de 2012, y a partir de la Sentencia de unificación citada supra, se aplican las disposiciones del CGP, salvo cuando exista remisión expresa a otra norma.

- Que en los procesos que se ventilan ante la jurisdicción ordinaria y/o contenciosa administrativa, la falta de competencia puede ser decretada por el juez al momento de decidir sobre la admisión de la demanda (en este caso debe ser evidente la falta de competencia y al declararla debe remitir el expediente al competente -art. 85 CPC inc 3 y 4); en los tribunales de arbitramento, los temas de competencia se resuelven preliminarmente en la primera audiencia de trámite, por disposición del art. 30 inciso 1 de la Ley 1563 de 2012, y los decide por auto. Con todo, como vimos en los considerandos, la falta de competencia en este caso no era evidente para este Tribunal Arbitral, pues fue necesario instalarse, declararse inicialmente competente, adelantar el trámite arbitral, solicitar, obtener y valorar la Interpretación Prejudicial 255-IP-2013 del TJCA, para tener certeza de si lo era, para resolver las controversias aquí sometidas a su decisión.

- Que en los procesos que cursan ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa la falta de competencia puede proponerse como excepción con el carácter de previa en la contestación de la demanda (art. 100 num. 1 del CGP) o en cualquier estado del proceso como un incidente de nulidad (art. 131 num. 1 del CGP), casos en los cuales, si el juez la decreta, debe remitir el expediente al competente, en aplicación de lo dispuesto en los art. 101 inciso 5 y 138 inc. 1, ibídem, respectivamente. Con todo, dichas normas no son aplicables al trámite arbitral, pues en éste no hay lugar a excepciones previas, ni a incidentes de nulidad, en desarrollo de la expresa prohibición contenida en el art. 21 inc. 2 de la Ley 1563 de 2012, norma especial que rige este trámite.

- Por tanto, la falta de competencia que no podía ser resuelta al momento de la primera audiencia de trámite, por la incertidumbre que pesaba frente a ella y que sólo fue aclarada con la 255-IP-2013 después de recibida, tampoco podía decretarse por la vía de incidente de nulidad, según se estudió arriba, razón por la cual, a este

¹⁴ Auto del 25 de junio de 2014, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante providencia de dicha fecha (Rad. 25000233600020120039501 IJ, Número interno 49.299 en el proceso de Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A. Vs. la Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social, C.P. Dr. Enrique Gil Botero)

Tribunal de Arbitramento no le queda otra oportunidad procesal diferente a la del Laudo, para decretar la falta la competencia y poner fin a este proceso arbitral (art. 1 inc. 3 de Ley 1563 de 2012).

- Por lo anterior, este Tribunal decidirá, en este Laudo que pone fin al proceso, declarar que se ve en la obligación de inhibirse para pronunciarse respecto de las pretensiones de la convocante y de las excepciones de la convocada, por carecer de competencia; esta situación, no sobra advertir, no constituye una incongruencia en el laudo al no resolverse sobre las pretensiones ni excepciones, por cuanto por hechos sobrevinientes a la adopción preliminar de competencia, como lo fue la 255-IP-2013, se confirmó la carencia de competencia y al juez que carece de ella no puede obligársele a pronunciarse sobre las mismas, interpretación que sigue lo señalado en Sentencia del H. Consejo de Estado, Sección Tercera con radicación 11001-03-26-000-2013-00004-00 (45.855) .

- Finalmente, tratándose de un laudo inhibitorio y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 numeral 1 del CGP, este Tribunal no hará condena en costas, razonamiento que resulta ser compartido por la Sentencia del H. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Expediente 1999-N9408¹⁵.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de los antecedentes y consideraciones antes expuestos, el Tribunal Arbitral instalado para decidir en derecho las diferencias entre las sociedades **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** de una parte, y la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP – ETB** de la otra, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Adoptar la Interpretación Prejudicial 255-IP-2013 proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y, en consecuencia, declarar que este Tribunal Arbitral NO es competente para resolver las controversias surgidas entre **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, y la **EMPRESA DE**

¹⁵ Dispone la Sentencia del H. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Expediente 1999-N9408 que "(...) para que proceda la condena en costas, es menester que exista una parte vencida en el proceso, incidente o recurso, y obviamente, como contrapartida, una parte vencedora. Tal situación no puede presentarse en un proceso que ha concluido con fallo inhibitorio, toda vez que tal decisión es la consecuencia procesal de la imposibilidad del juez de fallar de fondo un negocio, y por ende, al proferirse, no hay parte vencedora ni vencida, por cuanto, se reitera, el juez no pudo avocar el conocimiento de fondo del proceso. (...)".

TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP – ETB en razón del Contrato de Interconexión suscrito el 13 de noviembre de 1998.

SEGUNDO: Sin condena en costas

TERCERO: Disponer la entrega de copias auténticas de este Laudo a cada una de las partes.

CUARTO: Disponer la entrega de copia de este Laudo al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

QUINTO: Disponer el envío de una copia de este Laudo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 500).

SEXTO: Una vez en firme el presente laudo, entréguese para su archivo el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JUAN CARLOS CUESTA QUINTERO
Presidente

MARIA FERNANDA GUERRERO M
Árbitro

LUIS FERNANDO VILLEGAS G
Árbitro

LAURA BARRIOS MORALES
Secretaria

Contenido

I. ANTECEDENTES	1
1. El Contrato origen de las controversias.	1
2. El Pacto Arbitral.	1
3. Hechos.....	2
4. El trámite del proceso arbitral.	9
5. Término de duración del proceso.	13
6. Apoderados judiciales.....	14
7. Ministerio Público.....	14
8. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado	14
9. Pretensiones de la demanda	14
10. Excepciones de mérito formuladas contra la demanda	16
II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	17
1. Presupuestos Procesales	17
1.1. Demanda en forma.....	17
1.2. Capacidad	17
1.3. Partes Procesales	18
1.4. Competencia	18
➤ Liberalización de los servicios de telecomunicaciones	18
➤ Ubicación de Colombia en el contexto del sistema comunitario andino- El Acuerdo de Cartagena y las decisiones 439 y 462.....	21
➤ Solución de controversias dentro del Derecho Comunitario	23
➤ La Interconexión y los cargos de acceso	24
➤ Interpretación Prejudicial	29
➤ Valoración de la Interpretación Prejudicial.....	31
2. Otras consideraciones	45
III. PARTE RESOLUTIVA	47