

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.

CONTRA

EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. – ETB S.A. E.S.P.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de diciembre de dos mil quince (2015).

El Tribunal de Arbitraje conformado para dirimir las controversias jurídicas suscitadas entre **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, como convocante, contra la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** profiere el presente laudo arbitral después de que todas las etapas que la normatividad vigente (Ley 1563 de 2012 y normas complementarias) prevé para el desarrollo del proceso arbitral, se surtieron debidamente, con lo cual le pone fin al conflicto jurídico que las partes sometieron al conocimiento de este Tribunal.

CAPÍTULO PRIMERO **ANTECEDENTES DEL LITIGIO**

1.- Identificación de las partes del proceso.

1.1.- La parte **convocante** en este proceso es **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, persona jurídica de derecho privado debidamente constituida, con domicilio principal en Bogotá, representada legalmente en este proceso por **HILDA MARIA**

1

PARDO HASCHE, en su calidad de segunda suplente del Presidente de la Compañía, todo lo cual consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que se acompañó como anexo de la demanda. En este proceso arbitral actuó a través de apoderado judicial a quien en forma oportuna se le reconoció personería para actuar en el proceso con fundamento en el poder conferido.

Para todos los efectos, en este laudo arbitral a la convocante se le identificará como **COMCEL**.

1.2.- La parte **convocada** es la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. ETB S.A. E.S.P.**, sociedad por acciones constituida como empresa de servicios públicos con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, representada legalmente en este proceso por **RUBY RUTH RAMÍREZ MEDINA**, en su condición de apoderada general de la compañía, como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que reposa en el expediente. En este proceso arbitral actuó a través de apoderada judicial, a quien se le reconoció personería para actuar en el proceso con fundamento en el poder otorgado con arreglo a la Ley.

En el presente laudo arbitral a la parte convocada se le identificará como **ETB**.

2.- El pacto arbitral.

El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es el contenido la cláusula vigésimo cuarta del Contrato de Interconexión suscrito el 13 de noviembre de 1998 entre **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** y la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. ETB S.A. E.S.P.**, estipulación que es del siguiente tenor:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA. 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 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 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 la 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 arbitraje será adelantado por un Centro de Conciliación y Arbitraje especializado en el sector de las telecomunicaciones y a falta de este o de acuerdo en su designación por las partes será adelantado en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá. 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 11 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 en telecomunicaciones; para el arbitraje en aspectos técnicos, los árbitros serán ingenieros especializados o con experiencia comprobada en la temática o telecomunicaciones. El*

tribunal funcionará en la ciudad de Santa Fe de Bogotá D.C. Todos los gastos relacionados con este procedimiento serán sufragados por la parte que resulte vencida en el correspondiente laudo arbitral. PARÁGRAFO: Mientras se resuelve definitivamente la controversia planteada, se mantendrá en ejecución el contrato y la prestación del servicio.”

3.- Síntesis de las actuaciones procesales.

Las actuaciones adelantadas en el presente proceso arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

3.1.- La demanda arbitral con la que se dio inicio al proceso se presentó el día 6 de junio de 2013.

3.2.- Luego de un extenso trámite para la designación de árbitros, finalmente el Tribunal se integró en debida forma y se instaló en audiencia llevada a cabo el 31 de julio de 2014. En esta audiencia el Tribunal, además de declararse debidamente instalado, fijó como su sede y la de su secretaría al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en su denominada Sede Chapinero. Igualmente designó como Presidente al Doctor Edgar González López y Secretario a Henry Sanabria Santos, quien hace parte de la lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y oportunamente aceptó su designación dando cumplimiento al deber de información consagrado en la Ley.

3.3.- En firme el auto mediante el cual el Tribunal se declaró legalmente instalado, procedió a admitir la demanda en su versión modificada presentada por la parte convocante el día 30 de julio de 2014 y ordenó correr traslado de ella por el término legal al extremo convocado; igualmente ordenó notificar dicha providencia al Delegado del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en cumplimiento de lo previsto por el artículo 612 del Código General del Proceso.

3.4.- Mediante Auto No. 2 proferido en esa misma fecha, el Tribunal resolvió en forma desfavorable el recurso de reposición interpuesto por la parte convocada contra la providencia admisorio, recurso mediante el cual se pretendía que, pese a estar presente y debidamente representada en dicha audiencia, la entidad pública convocada fuese notificada de dicho auto mediante el sistema previsto en el artículo 612 del Código General del Proceso, es decir, mediante mensaje de datos remitido a la dirección electrónica de la Entidad.

3.5.- Al finalizar la audiencia y de acuerdo a lo resuelto en el Auto No. 2 , mediante su apoderada judicial la parte convocada **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda. Por su parte, el día 27 de agosto de 2014 se notificó de dicha providencia tanto a la Procuradora 132 Judicial II Delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

3.6.- De manera oportuna, el día 29 de octubre de 2014 la parte convocada dio contestación a la demanda, aportando pruebas y solicitando el decreto y práctica de otras. Mediante memorial del 30 de octubre de 2014, sin que venciera el término de traslado, el extremo convocado presentó memorial en el que adicionó el capítulo de pruebas del escrito de contestación.

3.7.- Mediante auto del 4 de noviembre de 2014, el Tribunal tuvo por contestada en tiempo la demanda y, en consecuencia, (i) en virtud de lo previsto por el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, corrió traslado al extremo convocante de las excepciones de mérito propuestas por cinco (5) días; (ii) en virtud de lo previsto por el artículo 206 del Código general del Proceso, corrió traslado a la parte convocante de la objeción al juramento estimatorio presentada en la contestación a la demanda.

3.8.- En su oportunidad, el apoderado de la parte convocante presentó tres (3) escritos, así: (i) pronunciamiento sobre el dictamen pericial elaborado por Emilio José Archila, aportado por el extremo convocado en su escrito de contestación; (ii) oposición a las excepciones de mérito propuestas por la convocante, solicitando el decreto y práctica de pruebas; (iii) solicitud de término para aportar un dictamen pericial con el fin de controvertir el dictamen aportado por la ETB en su escrito de contestación a la demanda, petición formulada al amparo de lo previsto por el artículo 227 del Código General del Proceso.

3.9.- Mediante memorial radicado el 10 de diciembre 2014, la apoderada de la parte convocante aportó al expediente documentos que le fueron remitidos en virtud de derechos de petición a diferentes entidades, los cuales habían sido anunciados en el escrito inicial.

3.10.- Luego de haberse aplazado su celebración en dos ocasiones por solicitud de cada una de las partes, respectivamente, el día 10 de diciembre de 2012 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, en la cual no hubo acuerdo alguno, por lo cual el Tribunal fijó las sumas correspondientes a honorarios y gastos, las cuales fueron pagadas por las partes de manera oportuna.

4.- Primera audiencia de trámite, etapa probatoria y alegaciones finales.

4.1.- El 16 de febrero de 2015, se dio inicio a la primera audiencia de trámite, en la cual, el Tribunal, luego de analizados el alcance del pacto arbitral en cuanto a la materia y en cuanto a los sujetos de cara a la índole de los asuntos sometidos a arbitraje, se declaró competente para conocer y resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento.

4.2.- La apoderada de la parte convocada interpuso recurso de reposición contra la anterior providencia, en el cual, en síntesis,

manifestó que: i) La acción incoada por el convocante había caducado; ii) La falta de competencia de este Tribunal para resolver el conflicto; iii) La competencia del ente regulador (CR), que implica la falta de competencia del Tribunal. Luego de surtido el respectivo traslado, el Tribunal resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por la apoderada de la parte convocada, por lo que, decidió (i) no reponer la providencia recurrida y (ii) dar apertura a la fase probatoria, decretando las pruebas oportunamente pedidas por las partes en la demanda en su versión modificada, la contestación y en el escrito de réplica a las excepciones.

4.3.- La fase instructiva del proceso se desarrolló mediante la práctica de las pruebas que fueron sometidas a la debida contradicción por las partes y el Agente del Ministerio Público.

4.4.- Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente manera:

4.4.1.- Se rindieron los siguientes dictámenes periciales:

4.4.1.1- Dictamen pericial financiero - contable solicitado por la parte convocante, rendido por la perito Marcela Gómez Clark, el cual fue aclarado y complementado de manera oportuna.

4.4.1.2- Dictamen pericial elaborado por el perito Juan Daniel Oviedo Arango, aportado por la parte convocada, en su escrito de contestación a la demanda. Así mismo, en audiencia de fecha 20 de abril de 2015, se practicó el interrogatorio a este experto, con fundamento en lo previsto por el artículo 228 del Código General del Proceso.

4.4.1.3.- Dictamen pericial elaborado por el perito Orlando Garcés Corzo, aportado por la parte convocante, con el objeto de controvertir el anterior dictamen. De igual manera, en audiencia de fecha 20 de abril de 2015, se practicó el interrogatorio a este perito,

con fundamento en lo previsto por el artículo 228 del Código General del Proceso.

4.4.2.- Se libró oficio a (i) Colombia Móvil S.A. E.S.P- TIGO; (ii) Movistar; (iii) La Superintendencia De Industria Y Comercio (iv) al Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección primera y Sección tercera (v) Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP- Telefónica TELECOM; (vi) Unitel S.A. E.S.P; (vii) Telepalmira S.A. ESP; (viii) ETG S.A. E.S.P.; (ix) EMTEL S.A. E.S.P; (x) Comisión de Regulación de Telecomunicaciones; (xi) Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

4.4.3.- En audiencia de fecha 22 de abril de 2015, se recibieron los testimonios de los Señores Marcel Fernando Tangarife y Carmen Estela Pilimur.

4.4.4.- Se practicó inspección judicial con exhibición de documentos a cargo de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, los cuales, luego de ser exhibidos, fueron anexados al proceso.

4.5.- Mediante Auto No. 23 del 24 de julio de 2015, considerando que con las pruebas obrantes en el expediente contaba con suficientes elementos de juicio para resolver la controversia, el Tribunal decidió dar por terminada la etapa probatoria y señaló como fecha y hora para celebrar la audiencia de alegaciones finales el día 30 de julio de 2015.

4.6.- Mediante Auto No. 24 del 30 de julio de 2015, y teniendo en cuenta que, según se desprende de la demanda, de la contestación, y las alegaciones de las partes y del Ministerio Público, en la controversia materia de este a proceso, están involucradas normas comunitarias, el Tribunal ordenó realizar la Interpretación Prejudicial obligatoria.

4.7.- El 10 de agosto de 2015, se remitió al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la solicitud de interpretación prejudicial ordenada en el presente trámite arbitral. La solicitud se remitió, junto con sus anexos, por correo electrónico certificado (Rpost). De igual manera, ésta se remitió por correo físico (DHL Express Colombia Ltda), el día 11 de agosto de 2015.

5.- Término de duración del proceso.

5.1.- El término de duración del presente proceso por mandato del artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, es de seis (6) meses, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto, el término cuyo cómputo inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, esto es el día **16 de febrero de 2015**.

5.2.- El proceso estuvo suspendido por solicitud conjunta de las partes, por un término de ochenta y un (81) días.

5.3.- Adicionalmente, entre los días 11 de agosto de 2015 y 15 de diciembre de 2015, ambas fechas inclusive, el proceso estuvo suspendido en razón de la Solicitud de Interpretación Prejudicial remitida al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, suspensión que tuvo como fundamento lo previsto en el artículo 124 de la Decisión 500 (Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina) y que inició el día en el que se remitió la Solicitud de Interpretación, hasta la fecha en que se recibió respuesta por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la cual se recibió el día 15 de diciembre de 2015, para un total de 127 días.

5.4.- Agregados los 208 días de suspensión, el término de duración se extiende hasta el día 11 de marzo de 2016.

CAPÍTULO SEGUNDO **SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA**

1.- Las pretensiones de la demanda.

Las pretensiones de la parte convocante fueron formuladas en el líbello en los siguientes términos:

“PRIMERA (1°) Declarar que **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP.**, está obligada a pagar a **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL. S.A.**, por concepto de “Cargo de Acceso” los valores establecidos bajo la Opción 1: “Cargos de Acceso Máximos por Minuto”, previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001, CRT 489 de 2002 y en la “Tabla 3. Cargo de acceso máximo por uso de redes móviles” previsto en el artículo 8° de la Resolución CRT 1763 de 2007.

SEGUNDA (2°)- 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 **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL. S.A.**, la diferencia entre lo que ha venido pagando y lo que ha debido pagar por dicho concepto, desde febrero de dos mil seis (2006) y hasta febrero de dos mil ocho (2008), ambos inclusive.

En la condena se incluirá tanto la corrección monetaria como los correspondientes intereses moratorios a la tasa máxima permitida, contados desde que se causó la obligación y hasta que se realice el pago. Se debe además incluir el IVA y los impuestos que le sean aplicables.

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

TERCERA (3°)- Ordenar a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP.**, que efectúe los pagos anteriores dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha que quede ejecutoriado el Laudo.

CUARTA (4°)- Se ordene la expedición de copia auténtica del Laudo con constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo.

QUINTA (5°) Se condene a **LA DEMANDA** al pago de las costas”

“SUBSIDIARIAS”

PRIMERA (1°) Declarar que la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP.**,

incumplió el contrato de Acceso, Uso e Interconexión Directa de la Red de TPBCLD de ETB con la red de TMC de COMCEL.

SEGUNDA (2°) *Declarar que como consecuencia de la declaración anterior, o de una semejante, **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL. S.A.**, sufrió unos perjuicios.*

TERCERA (3°)- *Condenar a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP.**, a que cumpla con el contrato con el contrato, pagando a **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.** desde febrero de dos mil seis (2006), y hasta febrero de dos mil ocho (2008), ambos inclusive, los valores establecidos como Cargo de Acceso por Tráfico Internacional Entrante a la red TMC de propiedad de **COMCEL**, determinados en la resoluciones CRT 463 de 2001, CRT 489 de 2002 y en la Tabla 3. Cargo de acceso máximo por uso a redes móviles” “previsto en el artículo 8° de la Resolución CRT 1763 de 2007.*

CUARTA (4°) *Condenar a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP.**, al pago a favor de **COMCEL** por concepto de Daño Emergente causado desde febrero de dos mil seis (2006) y hasta febrero de dos mil ocho (2008), la suma que por este concepto se haya acreditado en el proceso, derivada del incumplimiento del contrato.*

En la condena se incluirán tanto la corrección monetaria como los correspondientes intereses moratorios a la tasa máxima permitida contados desde que se causó la obligación y hasta que se realice el pago. se debe además incluir el iva y los impuestos que le sean aplicables.

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

QUINTA (5°)- *condenar a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP.**, a pagar el lucro cesante derivado del incumplimiento del contrato.*

En la condena se incluirán tanto la corrección monetaria como los correspondientes intereses moratorios a la tasa máxima permitida contados desde que se causó la obligación y hasta que se realice el pago. Se debe además incluir el IVA y los impuestos que le sean aplicables.

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

SEXTA (6°). Ordenar a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP.**, que efectúe los pagos anteriores dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que quede ejecutoriado el Laudo.

SÉPTIMA (7°) Se ordene la expedición de copia autentica del laudo con constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo.

OCTAVA (8°) Se condene a **LA DEMANDADA** al pago de las costas.”

2. Los hechos de la demanda.

Los hechos de la demanda que sustentan las pretensiones anteriormente transcritas son, en síntesis, los siguientes:

2.1.- El 13 de noviembre de 1998, entre **ETB y COMCEL** se suscribió el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión Directa de la Red de TPBCLD de **ETB** con la Red de TMC de **COMCEL**, en desarrollo del cual se permitió cursar tráfico de larga distancia internacional, tanto en sentido entrante como saliente entre la ETB y COMCEL. En el mismo contrato se acordó que ETB debía pagarle a COMCEL las sumas de dinero respectivas por concepto de Cargos de Acceso por tráfico de larga distancia internacional entrante.

2.2.- A la CRT le corresponde mediante resolución fijar los valores para remunerar el uso de las redes de TMC y PCS por el tráfico de larga distancia internacional entrante. A la fecha de firma del contrato de interconexión entre ETB y COMCEL, la CRT no había fijado ningún valor a cargo de acceso para las llamadas de TPBCLDI entrantes a las redes de TMC o PCS, por lo que COMCEL y ETB procedieron a acordar dichos valores.

2.3.- En abril de 2000, la CRT expidió la primera Resolución fijando la remuneración de los operadores de redes móviles para las llamadas de larga distancia internacional entrantes, remuneración que se fijó en una suma equivalente a la que pagaban los

operadores de TPBCLDI por terminar tráfico en las redes de los operadores locales (TPBCL)

2.4.- En el mes de diciembre de 2001, la CRT expidió la resolución CRT 463 de 2001, en la cual se fijaron unos nuevos valores de cargo de acceso y se determinó que los operadores TMC y TBCLD que así lo desearan tendrían la facultad de mantener las condiciones y valores existentes, o acogerse en su totalidad y para todos sus interconexiones a los valores definidos por la CRT en la Resolución 463 mencionada.

2.5.- En ejercicio del derecho que le dio la Resolución CRT 463 de 2001, la ETB le manifestó a operadores como EDATEL S.A. ESP, TELECOM CORDOBA, EMCALI, EMTELSA, UNITEL, entre otras que *se acogía a lo dispuesto por la Resolución CRT 463 de 2001* en lo relacionado con la remuneración por el acceso y uso de la red.

2.6.- ETB continuó liquidando por minuto los Cargos de Acceso por el tráfico de LDI entrante a COMCEL, pero aplicando un valor inferior al previsto para la opción de Cargos de Acceso Máximos por Minuto en la Resolución CRT 463 de 2001, 489 de 2002 y la Resolución 1763 de 2007.

2.7.- Como ETB se acogió en su totalidad al esquema de cargos de acceso previsto en la Resolución CRT 463 de 2001, en la Resolución 489 de 2002 y la Resolución 1763 de 2007, no podía aplicar los valores de la Resolución mencionada en sólo algunas interconexiones.

2.8.- Por cuanto la decisión de acogerse a una de las opciones de la Resolución 463 de 2001, implica acogerse para todas las interconexiones, Comcel le solicitó a ETB que para el tráfico internacional entrante cursado, se aplicaran los valores previstos en dicha resolución. Es decir, que ETB le aplicara a COMCEL el mismo esquema de cargos de acceso que ETB ya había escogido para aplicarle su interconexión con otros operadores.

3.- Contestación de la demanda.

Durante el traslado de la demanda la convocada se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. Basado en su versión de los hechos la convocada propuso las siguientes excepciones de mérito:

3.1.- “Falta de competencia del presente tribunal para conocer del asunto”, pues la voluntad de las partes fue clara al estipular que no todas las controversias que surgieran del contrato serían dirimidas por un Panel de Arbitral, sino tan solo aquellas que no fueran de competencia de un ente regulador. Entonces, según su opinión, frente a los conflictos referentes al contrato de interconexión el competente para poner fin al mismo sería la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Así las cosas, entendiendo que el proceso arbitral está restringido expresamente lo previsto la cláusula compromisoria suscrita válidamente entre las partes (respetando el ordenamiento jurídico), no puede el presente tribunal desatender la competencia para lo que fue llamado.

3.2.- “El objeto del presente litigio ya fue conocido por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (Hoy Comunicaciones”), la cual se hizo consistir en que que COMCEL ya ha reconocido que la autoridad competente para ponerle fin a esta controversia era la CRT (hoy CRC), toda vez que solicitó su intervención para solucionar este conflicto el 5 de Agosto de 2003. La CRT mediante Resoluciones 980 del 2 de abril de 2004 y 1038 del 9 de julio de 2004, negó la solicitud de COMCEL contra ETB. En consecuencia, la convocada considera que, el ente regulador definió la materia litigiosa en el 2004, a través de un pronunciamiento concluyente. Por lo anterior, el Tribunal no puede conocer decisiones administrativas proferidas por la CRT quien ya despachó desfavorablemente las pretensiones de COMCEL.

3.3.- “Obligatoriedad de aplicar las normas andinas de interconexión”, pues se afirma que Colombia hace parte de la Comunidad Andina de Naciones, por lo que en consecuencia todas las decisiones que profiera la CAN, son consideradas como normas supranacionales, lo cual implica que hacen parte del ordenamiento jurídico nacional con aplicación preferente y obligatoria frente a normas nacionales. Teniendo en cuenta lo anterior, para la convocada queda clara la imposibilidad de acudir a un Tribunal Arbitral para dirimir controversias con aplicación de normas Andinas, toda vez que el tema de interconexión a partir de la “Resolución 432 de la SGCAN se expidieron “normas comunes sobre interconexión” y a partir de ese momento, la interconexión pasó de ser una materia regulada por ley nacional a una regulación comunitaria.

3.4.- “Inexistencia de las disposiciones que sirven de sustento a Comcel”, habida cuenta que, para la convocada, las pretensiones de la demandante están atadas a disposiciones inexistentes y por ende, es imposible su prosperidad, debido que la CRC expidió la Resolución 463 de 2001, en la que se estipuló “que los operadores podían acogerse a dicha resolución o mantener las condiciones que hubieren pactado en sus contratos”. El 4 de enero de 2002 la CRT (hoy CRC) expidió la Resolución CRT 469 de 2002 consagró textualmente “La presente rige a partir de la fecha su publicación y deroga todas las normas expedidas con anterioridad”. En consecuencia derogó la Resolución 463 de 2001. Por otra parte, el 13 de noviembre de 2003, COMCEL y ETB prorrogaron el contrato de interconexión objeto de este litigio, con las mismas condiciones a las establecidas previamente por las partes, sin modificar el valor del cargo de acceso según lo fijado en la Resolución 463 de 2001. En consecuencia, como el contrato es ley para las partes, y en este caso no se modificaron las cláusulas del mismo, no se puede exigir obligaciones diferentes a las fijadas en el contrato que ellas mismas suscribieron de acuerdo a su voluntad.

3.5.- “Amenaza del principio de estabilidad regulatoria y por contera al concepto de integralidad por interpretación errónea”, pues, para la

parte demandada, no se puede aceptar que el sustento normativo de la demandante estuviese vigente, pues se le estaría brindando a esa norma un alcance que no tiene, puesto que se afectaría el principio de “estabilidad regulatoria” que consiste en que “una regulación posterior no puede afectar los contratos de interconexión celebrados cabalmente y con el cumplimiento de los requisitos imperantes al momento de su celebración” por tanto las normas rigen hacia el futuro y no deben afectar las relaciones en curso.

CAPÍTULO TERCERO **CONSIDERACIONES PARA RESOLVER**

Las diferencias entre las partes tienen su origen en el valor de cargo de acceso que debía pagar la parte convocada, por el uso de la red de telecomunicaciones de la parte convocante para completar las llamadas de larga distancia internacional, en las cuales la parte convocada era el operador, durante el período comprendido entre febrero de 2006 y hasta febrero de 2008, ambos inclusive, según las pretensiones de la demanda.

Para la parte convocante, el valor a pagar es superior al que ha cancelado la parte convocada, con fundamento en las resoluciones expedidas por la CRT que, a su juicio, resultan aplicables para decidir la controversia, y vigentes para la época de los hechos.

Para la parte convocada, es inexistente la obligación de pago, así como las disposiciones que sirven de sustento a la pretensión de la parte convocante, referidas a las resoluciones de la CRT, pues, a su juicio, estos actos administrativos se encuentran derogadas, o no son aplicables en los términos expuestos por la parte convocante.

La parte convocada ha presentado como excepciones de fondo o de mérito, varias que conducen a solicitar al Tribunal que se declare la inexistencia de la obligación¹. En forma adicional, se refiere a

¹ Las excepciones de: 5.2 Inexistencia de las disposiciones que sirven de sustento a COMCEL; 5.3. Amenaza al principio de estabilidad regulatoria y por contera al concepto de integralidad por interpretación errónea; 5.4. Alcance antijurídico a la función de la CRC en cuanto a la fijación de

excepciones relacionadas con el procedimiento, relativas a la falta de competencia del presente Tribunal para conocer el asunto y a la caducidad de la acción.

El Título I, corresponde a las consideraciones previas, en las cuales el Tribunal efectuará una síntesis de los problemas jurídicos sometidos a su consideración, con el siguiente contenido:

En una primera parte, precisará el objeto de la controversia relacionado con la vigencia y aplicación de las normas pertinentes consagradas en las Resoluciones 463 de 2001, 469 de 2002 y 489 de 2002 de la CRT, para lo cual se referirá a las sentencias del Consejo de Estado atinentes al tema, que han sido materia de los razonamientos jurídicos y de interpretaciones contrarias esgrimidas por las dos partes, y de otros fallos judiciales aducidos en este proceso².

En una segunda parte, se expondrán el contenido pertinente de las sentencias de la Corte Constitucional relacionados con las normas de la comunidad andina, en especial la competencia atribuida al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), en cuanto a la solicitud obligatoria de interpretación predicable en un proceso arbitral, y el objetivo de este pronunciamiento, limitado a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la comunidad andina³.

Así mismo, los fallos de esta Corporación sobre la naturaleza y alcance de la función de resolución de conflictos atribuida a las comisiones de regulación en el sector de telecomunicaciones, y su visión en el derecho comparado.

los valores de los cargos de acceso; 5.5. Cobro de lo no debido; 5.6. Imposibilidad de aplicar el principio de integralidad.

² En forma adicional, el Tribunal se referirá a los fallos judiciales relacionados con las resoluciones citadas expedidas por la CRT, relacionadas con cargos de acceso, que no tuvieron el efecto de decidir sobre la nulidad o vigencia de las mismas, y que han sido planteadas por las partes en defensa de sus intereses.

³ Protocolo modificadorio del tratado de creación del Tribunal de Justicia, aprobado por la Ley 457 de 1998.

Finalmente sobre esta parte, se señalarán las normas nacionales vigentes para la época de los hechos, y supranacionales relacionadas con la interconexión en los servicios de telecomunicaciones, que el Tribunal considera aplicables a la controversia.

Efectuadas estas consideraciones previas, el estudio del litigio continuará así:

Como Título II, el Tribunal abordará el análisis de la excepción planteada sobre la falta de jurisdicción y competencia del Tribunal para resolver esta controversia, de acuerdo con el siguiente contenido:

Se referirá en primer lugar a la jurisprudencia, especialmente arbitral, respecto de la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales en materia de controversias sobre la interconexión de redes de telecomunicaciones, resaltando los aspectos esenciales de las diferentes tesis planteadas en los laudos que resolvieron problemas jurídicos similares a los presentados en este juicio.

En segundo lugar, por el contenido pertinente y conducente de la providencia, se efectuará el análisis de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por medio de la cual resolvió el recurso extraordinario de anulación presentado por la misma parte convocante de este proceso, contra el laudo arbitral del 10 de octubre de 2014, en el cual, participó la misma parte convocada de este proceso, y tanto las pretensiones, como los hechos relevantes, resultan similares a los planteados en esta controversia.

En tercer lugar, se hará referencia al contenido del concepto vinculante emitido por el TJCA en cuanto al alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, conforme a la consulta formulada por este Tribunal, y las demás que el Tribunal Andino de Justicia estimó pertinentes.

En cuarto lugar, y con fundamento en lo expuesto, este laudo efectuara el estudio de la excepción planteada, teniendo en cuenta los argumentos planteados por la convocada al formular la excepción, y los surgidos del contenido del concepto emitido por el TJCA específicamente para este proceso. De la misma forma, tendrá en cuenta los argumentos de oposición expuestos por la parte convocante, en especial, sobre la posible transgresión del ordenamiento constitucional en cuanto a sus principios estructurales.

Según las conclusiones, definirá si resulta procedente el estudio de las demás excepciones de procedimiento y de fondo expuestas en la contestación de la demanda.

Como Título III, tomará las decisiones que correspondan en derecho, según el acervo probatorio aportado y la interpretación prejudicial remitida por el TJCA, Proceso 385-IP-2015.

TITULO I **CONSIDERACIONES PREVIAS**

1.- El objeto de la controversia: la vigencia y aplicación de las normas contenidas en las Resoluciones 463 de 2001, 469 de 2002 y 489 de 2002 de la CRT, por medio de la cual se definieron los cargos de acceso que deben reconocerse al operador de los servicios móviles por el uso de su red, por parte del operador de servicios de larga distancia internacional.

Las partes en contienda suscribieron un contrato de acceso uso e interconexión de la red del operador ETB, con la red del operador de COMCEL el 13 de noviembre de 1998.

En desarrollo del negocio jurídico, le correspondía a la ETB como operador de los servicios de telefonía pública conmutada de larga distancia internacional (TPBCLDI) cancelar a COMCEL, como operador de los servicios de telefonía móvil celular (TMC), el valor

de los cargos de acceso por el uso de su red, para completar las llamadas de TPBCLDI prestadas por ETB.

En el anexo No. 2, cláusula sexta del contrato suscrito entre las partes, se estipuló los valores que la parte convocante debía pagar a la parte convocada, en lo relacionado con el tráfico internacional entrante, como valores iniciales, y con una determinación definitiva después de un procedimiento pactado, luego del cual, de no tenerse un aumento diferencial al cargo de acceso original, se aplicaría como valor definitivo el cargo de acceso establecido por el ente regulador para estos servicios. En el mismo sentido, la cláusula segunda consagra la incorporación de la Resolución 87 de 1997 expedida por la CRC, relacionada con la interconexión de redes de telecomunicaciones.⁴

El aspecto principal de la controversia entre las partes corresponde a la vigencia y aplicación de la norma expedida por la CRC que reguló el valor de los cargos de acceso para la terminación de llamadas en la red móvil de COMCEL, por parte de ETB, como operador de telefonía pública básica conmutada de larga distancia internacional (TPBCLDI).

Según la decisión que pudiera tomarse sobre la vigencia y aplicación de estas normas regulatorias, pendería la obligación, que señala la parte convocante incumplida y la parte convocada, satisfecha a cabalidad.

En forma específica, las partes del proceso y el Ministerio Público, presentan sus consideraciones jurídicas sobre la vigencia o no para la época de los hechos y pagos reclamados, de la norma específica de la Resolución 463 del 27 de diciembre de 2001, que determinó los cargos de acceso en favor de la red móvil, al parecer compilada por la Resolución 489 de 2002, ambas expedidas por la CRT, hoy CRC.

⁴ La Resolución 87 del 97 fue modificada posteriormente con las resoluciones citadas en las controversias, esto es 463 de 2001, y 469 y 481 de 2002 de la CRC.

El punto principal de las diferencias surgen por el contenido de la Resolución 469 del 4 de enero de 2002 del órgano regulador, la cual, “...deroga todas las normas expedidas con anterioridad a la misma que le sean contrarias, en particular el Título IV de la Resolución 087 de 1997 y los artículos 3.7 y 19.4 del Decreto 2542 de 1997”⁵, y si esta norma tuvo la virtualidad de derogar las normas pertinentes de la Resolución 463 de 2001⁶.

Por lo anterior, la controversia de fondo en este proceso arbitral está relacionada con la determinación de la norma regulatoria aplicable a los cargos de acceso que debió pagar la parte convocada a la parte convocante por el uso de redes móviles de esta última, durante el período de febrero de 2006 a febrero de 2008, ambos inclusive, salvo un período corto de tiempo⁷.

Si se observan las pretensiones de la demanda, principales y subsidiarias, están encaminadas a solicitar el pago de una obligación por parte de la convocada y los perjuicios correspondientes, o la declaratoria de incumplimiento de la misma, y el consecuente pago de los perjuicios, durante la ejecución de la interconexión. No obstante, su fundamento se centra en las normas regulatorias que considera aplicable para deducir las obligaciones de pago que demanda de su contraparte.

Tanto las pretensiones, primera principal y primera subsidiaria, en forma expresa señalan que esta declaratoria se efectúe bajo los valores establecidos en las Resoluciones 463 de 2001, 489 de 2002, y 1763 de 2007. Por su parte la contestación de la demanda

⁵ Resolución 469 de 2002. Artículo 3.

⁶ La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió la Circular 40 de 2002, en la cual se señalan las razones por las cuales esa autoridad administrativa considera la vigencia de la Resolución 463 de 2001, la cual, en su opinión, no fue derogada por la Resolución 469 de 2001. En esta circular se señala: “Al respecto, la CRT aclara que las Resoluciones CRT No. 463 y 469 fueron aprobadas en la misma sesión de Comisión del 21 de diciembre de 2001 y que forman un cuerpo normativo integral, como las conoció el sector durante todo el tiempo de discusión de los proyectos, siendo por lo tanto las dos resoluciones complementarias y nunca contrarias”

⁷ El período de tiempo que fue regulado con la aplicación de la Resolución 1763 del 5 de diciembre de 2007, que rigió a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, y por medio de la cual se expiden las reglas sobre cargos de acceso a redes móviles.

presenta en sus excepciones, sobre el derecho sustancial controvertido, la inexistencia de las disposiciones que sirven de sustento a COMCEL, con referencia a las tres resoluciones citadas.

Independiente del análisis que realizará el Tribunal sobre la excepción de falta de competencia presentada por la parte convocada en los numerales 5.1 y 5.7. de la contestación de la demanda, desde el punto de vista metodológico, es pertinente una síntesis de las providencias proferidas por los altos Tribunales relacionadas con el objeto de la controversia.

A.- Sentencias de la Sección Primera del Consejo de Estado sobre la vigencia y nulidad de las resoluciones de la CRT, citadas como fundamento de las pretensiones de la demanda y de las excepciones de la contestación de la demanda.

Se han proferido 4 sentencias de la Sección Primera del Consejo de Estado que han analizado y decidido la vigencia de algunos preceptos de estos actos administrativos, y en algunos casos, se ha decretado la nulidad parcial de algunos de ellos⁸.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 21 de agosto de 2008. M.P. Marco Antonio Velilla, sobre la nulidad parcial de algunas normas de la Resolución 489 de 2002, y de la Resolución 463 de 2001.

Sentencia del 16 de marzo de 2012, M.P. María Elizabeth García González. por medio de la cual se confirma la Sentencia de primera instancia, que decretó la nulidad de las resoluciones 758 y 826 de 2003 de la CRT, por considerar el Consejo, que la Resolución 469 de 2002 había derogado la Resolución 463 de 2001, que fue el fundamento de las resoluciones invalidadas.

Sentencia del 15 de noviembre de 2012 M.P. María Claudia Rojas Lasso, en la cual se afirma la competencia de la CRT para definir los cargos de acceso que se encontraban previstos en los contratos vigentes, y señala la posibilidad de pronunciarse sobre la Resolución 463 de 2001, pues aun cuando pudiera estar derogada, no es impedimento para decidir sobre los efectos que haya generado. Es necesario aclarar que esta sentencia quedó sin efecto con la Sentencia del 14 de marzo de 2013 del Consejo de Estado.

No obstante, su contenido es reiterado en la Sentencia del 19 de febrero de 2015. M.P. María Claudia Rojas Lasso. En este proceso se expidió la interpretación 089-IP-2013 del Tribunal Andino sobre las normas andinas del artículo 30 de la Decisión 462 de 1999 y artículo 18 y 20 de la Resolución 432 de 2000. Se ratifica la competencia de la CRT para fijar condiciones en el desarrollo de los contratos de interconexión, incluida la de establecer dos esquemas de remuneración, por tiempo y por capacidad, y establecer las formulas tarifarias para acceder a cualquier red de telecomunicaciones. Finalmente, ratifica que el régimen de interconexión forma parte de la ley del contrato, gobernado no solo por el derecho privado, y por ende, la CRT tiene competencia para redefinir los cargos de acceso que se encontraban previstos en los contratos vigentes al momento de expedirse el acto administrativo.

Sobre estas providencias, el Tribunal se referirá a las Sentencias del 21 de agosto de 2008 y 16 de marzo de 2012, expedidas por la Sección Primera del Consejo de Estado, relacionadas con las diferencias planteadas por las partes en este proceso.

Los otros dos fallos, aunque referidos a las resoluciones regulatorias, no atañen al objeto esencial de la diferencia sometida a este arbitramento:

La Sentencia del 15 de noviembre de 2012, reafirmaba la competencia de la CRT para definir cargos de acceso, y la facultad del juez para pronunciarse sobre la Resolución 463 de 2001, aun cuando pudiera estar derogada, por los efectos que haya generado, lo cual, a juicio de este Tribunal, aunque se refiera al mismo acto administrativo, es distinto al tema debatido. Aunque esta Sentencia quedó sin efectos⁹, sus consideraciones se reiteran en la Sentencia del 19 de febrero de 2015.

Esta Sentencia, si bien se refiere al artículo 5 de la Resolución 463 de 2001¹⁰, y consagra la competencia de la CRT para definir las opciones de cargos de acceso por tiempo y por capacidad en los términos de la norma impugnada, y aplicable a los contratos de interconexión vigentes (tema adicional argüido en contrario por la parte convocada)^{11 12}, no hace referencia al problema jurídico

⁹ Mediante Sentencia del 14 de marzo de 2013. Sección Primera Consejo de Estado.

¹⁰ Resolución 463 de 2001, artículo 5, incluyendo el subrayado en la parte compilada por la Resolución 489 de 2002, declarada nula por la Sentencia del 21 de agosto de 2008 “*Los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores existentes en las interconexiones actualmente existentes a la fecha de expedición de la presente resolución o acogerse en su totalidad a las condiciones previstas en la presente resolución para todas sus interconexiones*”.

¹¹ Corresponde a uno de los argumentos planteados por la parte convocada, respecto de la no aplicación de la norma regulatoria a los contratos vigentes. Al respecto, se encuentra: Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 2009, y la sentencia citada de la Sección Primera del Consejo de Estado del 19 de febrero de 2015, entre otras.

¹² Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 19 de febrero de 2015. M.P. María Claudia Rojas Lasso. Exp. 110010324000200200119401 y 2002200221301. Uno de los cargos correspondía a la falta de competencia de la CRT de fijar cargos de acceso por minutos y por capacidad, dejando la opción de solicitarlos a los operadores de TMC y TPBCLD, pues desconocía la fuerza vinculante de los contratos suscritos y el derecho de propiedad. Con fundamento parcial en el concepto del Tribunal Andino, “...*considera la Sala que los cargos de acceso que se encontraban previstos en los contratos vigentes al momento de expedirse el acto acusado y que habían sido fijados por la CRT en actos anteriores, fueron redefinidos con plena*

esencial a que se refiere la Sentencia del 21 de agosto de 2008, sobre las normas vigentes para pagar los cargos de acceso entre las partes, pues no fue objeto de los cargos en la demanda¹³.

La Sentencia del 19 de febrero de 2015, con la interpretación 089-IP-2013 del Tribunal Andino, que mantiene el mismo contenido de fondo de la sentencia anterior, y por ende, se pronuncia sobre los efectos del acto administrativo contenido en la Resolución 463 de 2001, pero no hay un pronunciamiento de fondo sobre su vigencia o nulidad.

Sobre las dos sentencias de la Sección Primera del Consejo de Estado, que contienen pronunciamientos, sobre la nulidad de las normas contenidas en las resoluciones citadas, o que se pronuncian sobre la derogatoria de la Resolución 463 de 2001, se encuentra:

1.- La Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado del 21 de agosto de 2008.

Esta sentencia fue aclarada mediante providencia del 29 de enero de 2009, la cual declaró la nulidad de algunas normas de la **Resolución compilatoria 489 de 2002:**

competencia por esa entidad la que no puede ver mermada ni perder con la competencia asignada legalmente para modificar o actualizar los valores que ella había fijado, por la existencia de un contrato entre particulares, puesto que son tales contratos de interconexión los que deben acogerse a las normas que dicte el ente regulador y no el regulador quien encuentre limitada su competencia a los acuerdos entre las empresas” (subrayado fuera de texto)

¹³ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 19 de febrero de 2015. M.P. María Claudia Rojas Lasso. Exp. 110010324000200200119401 y 2002200221301. Los cargos de la demanda son: sobre el artículo 5 de la Resolución 463 de 2001, corresponden a la presunta violación del artículo 58 de la Carta, sobre los derechos surgidos en contratos de derecho privado; sobre la violación del artículo 1602 del Código Civil y artículo 38 de la Ley 157 de 1887; sobre la aplicación retroactiva y lesión de derechos adquiridos; sobre la violación del derecho a la igualdad, incluido el principio de acceso igual - cargo igual; sobre la violación de los artículos 333 y 334 de la C.P. respecto al derecho a la libre competencia; sobre la violación del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 respecto de los criterios fijados para calcular los cargos de acceso; sobre la desviación de las atribuciones propias de la CRT en cuanto al régimen tarifario y sobre falta motivación. Estos cargos fueron resueltos en la sentencia del 19 de febrero de 2015 y su antecedente del 15 de noviembre de 2012. Este proceso cuenta con la interpretación 089-IP-2013 del Tribunal Andino.

“La nulidad de la expresión *“a partir del 1 de enero de 2002”* contenida en el artículo 2 numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 de la Resolución CRT 489 de 2002”.

“La nulidad 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 9° ibídem.”¹⁴

Esta sentencia hace alusión a la **Circular 40 de 2002** de la CRT, y al respecto señala que tal acto no tiene la capacidad jurídica suficiente de revivir las disposiciones expresamente derogadas y menos aún sobre la base de una compilación de normas, pues este fenómeno solo puede darse frente a normas vigentes.

Los efectos *ex tunc* y *ex nunc* se predicán de las situaciones jurídicas derivadas de la nulidad, o de la revocatoria, o aún derogatoria del acto administrativo. La nulidad decretada por juez competente del acto administrativo tiene efectos retroactivos desde la fecha en que fue expedido el acto¹⁵. La revocatoria o derogatoria del acto surte efectos a partir de la misma y, por ende, el acto afectado ha surtido efectos desde su expedición hasta la fecha de su revocatoria o derogatoria.

2.- La Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado del 16 de marzo de 2012.

Esta providencia confirmó la sentencia de primera instancia, que decretó la nulidad de las Resoluciones 758 y 826 de la CRT, las cuales resolvieron un conflicto entre dos operadores de servicios de telecomunicaciones, por considerar que la **Resolución 463 de 2001** que motivó los actos acusados, no se encontraba vigente para la época de los hechos.

¹⁴ La norma parcialmente anulada corresponde al artículo 9 de la Resolución compilatoria 489 de 2002, la cual quedaría: *“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”*.

¹⁵ Aunque la Sentencia es del 21 de agosto de 2008, los efectos de la nulidad declarada corresponden a la fecha de expedición de la Resolución 489 de 2002.

Según esta providencia:

*“El artículo 3 de la Resolución 469 de 4 de enero de 2009, esto es, apenas días después de expedida la Resolución CRT núm. 463 de 27 de diciembre de 2001, derogó todas las normas expedidas con anterioridad a la misma que le sean contrarias y **en particular el Título IV de la Resolución CRT núm. 087 de 1997**. Siendo la Resolución CRT núm. 463 de 2001, parte de dicho Título por haber adicionado unos artículos al mismo y, además, por ser anterior a la expedición de la Resolución CRT 469 de 2002, **se entiende que la Resolución CRT núm. 463 de 2001 quedó comprendida dentro de la derogatoria al ser esta expresa**”. (Resaltado del texto literal).*

Además, hace referencia a la sentencia del 21 de agosto de 2008, por medio de la cual se declaró la nulidad de las normas citadas de la Resolución 489 de 2002. Como corolario, en la sentencia se afirma.

“De manera que las Resoluciones acusadas se profirieron cuando la Resolución CRT núm.463 de 27 de diciembre de 2001 ya había sido derogada por la Resolución 469 del 4 de enero de 2002...”
(subrayado fuera de texto).

B.- Fallos judiciales relacionados con las resoluciones citadas, sobre cargos de acceso, que no incluyen decisiones sobre la nulidad o vigencia de las mismas.

1.- Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 27 de mayo de 2015. Proceso ejecutivo Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. ETB S.A. E.S.P.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia del 27 de mayo de 2015¹⁶, revocó el auto de primera instancia y ordenó librar mandamiento de pago a favor del demandante.

¹⁶ Consejo de Estado Sección Tercera. Providencia del 27 de mayo de 2015. Ejecutante: Telefónica Móviles Colombia S.A. y Ejecutado Empresas de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. C.P. Carlos Alberto Zambrano, por medio de la cual se decide el recurso de apelación interpuesto por el ejecutante contra el auto de primera instancia que negó el mandamiento de pago. Salvamento de Voto. Hernán Andrade Rincón

Se trata de una parte demandante distinta, en un proceso ejecutivo donde no existe pretensión o decisión sobre la vigencia o nulidad de las resoluciones citadas de la CRT, aunque se hace referencia al artículo 5 de la Resolución 463 de 2001^{17 18}.

Es pertinente reseñar que la Sala se pronuncia sobre uno de los fundamentos de la oposición al recurso de apelación presentado por la ETB en ese proceso ejecutivo, en el sentido que la Resolución 463 de 2003 fue derogada por la Resolución 469 de 2002, para lo cual cita como fundamento la Sentencia del 21 de agosto de 2008 de la Sección Primera del Consejo de Estado.

Sin embargo, las consideraciones de esta Subsección, parten de la presunción de legalidad de estos actos administrativos, sobre el contenido vigente, no anulado por el juez contencioso administrativos, como punto de partida de la naturaleza del proceso incoado.

Al respecto, en esta providencia se señala que estos argumentos están dirigidos a cuestionar la legalidad de las resoluciones de la CRT que se pronunciaron sobre la controversia entre las partes, y por ende, serían pertinentes en el escenario de solicitud y obtención de la declaratoria de nulidad de estos actos administrativos, mediante un proceso ordinario contencioso administrativo donde se debata la legalidad de estos actos administrativos.

¹⁷ Este proceso cuenta con la interpretación del Tribunal Andino mediante oficio 437-S-TJCA-2014 del 16 de julio de 2014. En este concepto, este Tribunal reitera que la CRC goza de competencia exclusiva y excluyente para solucionar los conflictos que se presenten en la “...ejecución de la interconexión...”, según texto literal de la providencia del Consejo de Estado

¹⁸ El problema jurídico a dilucidar por el Consejo de Estado corresponde a determinar si los actos administrativos en firme expedidos por la CRT, en la controversia por cargos de acceso entre TELEFONICA MOVILES S.A. y ETB, en cuanto al artículo 5 de la Resolución 463 de 2001, pueden calificarse como contentivos de una obligación expresa, clara y exigible, según las opciones señaladas en la norma transcrita de pago por tiempo o por capacidad. La Sala considera que la tarifa que debía pagar la ETB sería la contemplada en la opción de cargos de acceso por minuto, pues se reúnen las condiciones necesarias para la existencia del título base de recaudo ejecutivo, según el artículo 488 del C.P.C., entre otros fundamentos, en lo expresado por el Tribunal Andino. Para este Tribunal las resoluciones del regulador con ocasión de los contratos de interconexión “...en sí constituyen título habilitante para solicitar un mandamiento de ejecución de pago...”, según el texto de la providencia del Consejo de Estado.

Según esta decisión, este derecho no fue ejercido por la ETB para cuestionar la legalidad de estos actos y por ende, la Sala aplica la presunción de legalidad y veracidad de los mismos.

Tampoco considera la existencia del decaimiento de los efectos de los actos administrativos, pues este solo se presenta cuando la decisión particular es antecedente al desaparecimiento del fundamento de hecho o de derecho, o lo que es lo mismo, cuando este fundamento desaparece de forma posterior a la decisión administrativa afectada.

Como se observa, la decisión de la Sala de la Sección Tercera, por la naturaleza del proceso, no se pronuncia sobre la vigencia o nulidad de la Resolución 463 de 2001, en su artículo 5.

Finalmente, esta providencia señala que la Sentencia de la Sección Primera citada no desapareció del ordenamiento jurídico las dos opciones de cargo de acceso, los cuales se hallaban vigentes durante el período reclamado.

2.- Corte Constitucional Sentencia T-058 de 2009

Esta sentencia decretó la nulidad del laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2007 entre Telefónica Móviles Colombia S.A. y la ETB S.A. E.S.P.

Lo primero que observa el Tribunal es que se trata de una sentencia que resuelve un recurso de tutela, entre partes distintas y con los efectos jurídicos propios de esta acción.

En los considerandos de esta decisión se opta por la tesis de considerar todas las funciones de la comisión como delegadas del Presidente de la República, en los términos de la norma vigente para esa época¹⁹, y vinculada a las funciones de políticas generales a que se refiere el artículo 370 de la Carta.

¹⁹ Ley 142 de 1994

Para este fallo, la Comisión de Regulación actuó por fuera de su competencia constitucional y legal, cuando expidió las resoluciones que alteraron la voluntad de Telefónica y la ETB expresada en los contratos suscritos entre ellos, al referirse a la forma de remuneración de los cargos de acceso²⁰.

La tesis principal y reiterada por la parte convocante se refiere a lo considerado en esta providencia, en el sentido de que no se puede aplicar a un contrato las normas posteriores a la celebración del mismo, o incluso, aquellas cuya aplicación no ha sido válidamente definida por las partes. Por ello, según la misma, la ETB no está obligada a acogerse a las condiciones de remuneración en todos sus contratos, pues cada relación contractual es diferente, refiriéndose al denominado principio de integralidad, previsto en la norma regulatoria.

El fallo hace alusión a la Sentencia del Consejo de Estado del 21 de agosto de 2008, ya mencionada en este laudo, para considerar que el fundamento jurídico de la condena impuesta por el Tribunal de Arbitramento de la ETB, especialmente la fecha, han desaparecido del ordenamiento jurídico, refiriéndose a las normas de la Resolución 489 de 2002.

Finalmente, se refiere a que el conflicto ya había sido dirimido mediante actos administrativos en firme, con presunción de legalidad, que no podía ser cuestionada por la justicia arbitral, pues es competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa.

3.- Corte Constitucional Sentencia SU-263-2015.

En este fallo, la Corte revoca la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

²⁰ Un criterio contrario se acoge en las Sentencias de la Sección Primera del Consejo de Estado del 19 de febrero de 2015 y 15 de noviembre de 2012, sobre la competencia de la CRT para definir los cargos de acceso por tiempo y por capacidad aplicable a los contratos de interconexión vigentes, las cuales ya fueron mencionadas.

dictada el 23 de octubre de 2013 que negó la pretensión de los derechos de la acción de tutela, y en su lugar, confirma el fallo de primera instancia de la Sección Cuarta de la misma corporación, que declaró la improcedencia del amparo constitucional.

Se ha hecho referencia en este proceso a la Sentencia aludida, por medio de la cual se resolvió la acción de tutela instaurada por COMCEL S.A. en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por las tres providencias proferidas el 9 de agosto de 2012, mediante las cuales esa autoridad judicial acató la Sentencia 3-AI-2020 y su auto aclaratorio del 15 de noviembre de 2011, pronunciados por el TJCA.

En estas decisiones, el órgano comunitario declaró el incumplimiento de la República de Colombia por no haber efectuado la interpretación judicial en el trámite de anulación de unos laudos arbitrales dictados el 15 de diciembre de 2006, dentro de la controversia suscitada entre COMCEL y ETB, en razón de los contratos de interconexión suscritos entre estas partes.

Las sentencias de la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo invalidaron su propia decisión dentro del nuevo trámite de recurso de anulación de estos laudos arbitrales que habían favorecido a COMCEL.

Como se observa, el análisis jurídico de la Corte está referido a la procedencia del amparo constitucional presentado por COMCEL, y si se cumplieron los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

La decisión concluye que la acción de tutela se torna improcedente cuando al interior de un proceso contencioso administrativo se alega la vulneración al debido proceso y este derecho fundamental es susceptible de ser protegido mediante el trámite del recurso extraordinario de revisión. Además, para la Corte es posible inferir que en este caso no se reúnen los requisitos para deducir el

acaecimiento de un perjuicio irremediable que pudiera hacer procedente la tutela de manera transitoria.

Para este Tribunal de Arbitramento los problemas jurídicos analizados, aunque referentes al tema del negocio jurídico de interconexión entre las partes, son diferentes al objeto de esta controversia, tanto por la naturaleza de la acción, como por la decisión del Alto Tribunal.

C.- Providencias de la Corte Constitucional sobre el ordenamiento andino y sobre la función de regulación, en especial, la facultad de resolver controversias asignada a la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

En este proceso, se debate el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento de la Comunidad Andina, y del concepto que rinde el TJCA sobre la interpretación de las normas andinas aplicables al caso.

Así mismo, se hace referencia al régimen de interconexión para los países miembros consagrado en las normas andinas, en especial, la autoridad competente para resolver los conflictos de interconexión.

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las funciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de las normas que aprobaron el Acuerdo de Integración Subregional Andina, y su aplicación directa y prevalencia sobre la norma local, advirtiendo que la creación y aplicación de la norma comunitaria, no puede quebrantar el conjunto de principios superiores consagrados en la Constitución, lo cual conduciría eventualmente a una inaplicación interna en una situación extrema, por la Jurisdicción Constitucional.

La Corte Constitucional también se ha referido a la naturaleza y alcance de las funciones atribuidas a la Autoridad Nacional de regulación en los servicios públicos de telecomunicaciones, los

cuales deben señalarse en forma previa al estudio del contenido de la interpretación prejudicial remitida por el TJCA.

1.- Sobre las funciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la aplicación del ordenamiento comunitario.

1.1.- Sentencia C-228 de 1995, relacionada con las funciones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en cuanto a protección de datos. Normas de la Ley 444 de 1993²¹.

Sobre las funciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se dijo:

“...la solución del caso planteado implica, de una parte, la consideración de la normatividad comunitaria y de la interpretación que de ella haga el citado Tribunal y, de otra, el juicio de constitucionalidad que debe hacer la Corte con respecto a las normas demandadas. Es decir, nos hallamos en presencia de una particular colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario, aun cuando ambos actúen en ámbitos jurisdiccionales diferentes, en la aplicación de normas que tienen distinto contenido de validez, pero que exigen una interpretación integral.

No existe, por tanto superposición de una jurisdicción sobre otra, que pudiera dar lugar a la estructura de una jerarquía, sino mas bien actuaciones jurisdiccionales complementarias e interactuantes de los jueces comunitarios y nacionales que permiten la aplicación uniforme del derecho comunitario, e igualmente conciliada con el derecho nacional.” (Subrayado fuera de texto)

(...)

“...aparece delimitada la función del Tribunal Andino de Justicia y de este Corte, con respecto a la elucidación del asunto a que se contrae la demanda, así: corresponde al Tribunal hacer la interpretación prejudicial de las aludidas normas comunitarias, limitándose a precisar el contenido y alcance de las mismas, sin interpretar el aspecto sustancial del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, pues esto último corresponde a la Corte. Dentro de los

²¹ En los antecedentes del proceso se cita y analiza la interpretación prejudicial de la Decisión 344, y la Sentencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena del 17 de marzo de 1995. Proceso No. 10- IP-94

supuestos limitativos anotados, la Corte debe acatar la interpretación prejudicial hecha por el Tribunal”. (Subrayado fuera de texto)

1.2.- Sentencia C-231 de 1997, por medio de la cual se aprueba el protocolo modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), del 10 de marzo de 1996.

La Corte en esta providencia resolvió “Declarar **EXEQUIBLE**, en los términos de esta sentencia, el Protocolo modificador del Acuerdo Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)”. (Subrayado fuera de texto).

En este Protocolo, se encuentran consagrados los órganos e instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración, entre ellos la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaria General de la Comunidad Andina y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, los cuales fueron incorporados en la Ley 323 de 1996.²²

La ley, consagra las funciones de la Comisión de la Comunidad Andina²³, de la Secretaria General de la Comunidad Andina²⁴, y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina²⁵.

Los términos de esta sentencia, bajo las cuales se declaró exequible el tratado son:

Con fundamento en las normas constitucionales relacionadas con el proceso de integración de Colombia, en este caso en la Comunidad Andina, *“La Corte declarará la constitucionalidad del tratado de su ley aprobatoria. Sin embargo, esta Corporación considera que es importante hacer algunas precisiones sobre el tema.”*

Entre estas consideraciones, relacionadas con la solicitud de interpretación se encuentra:

²² Ley 323 de 1996 que aprueba el protocolo modificador del Acuerdo de Cartagena. Art.6

²³ Art. 22

²⁴ Art. 30

²⁵ Art. 41

Principio de separación de poderes en el proceso de integración andina.

“El reconocimiento de los principios democráticos ha conducido a que dentro del proceso de integración andino se incorpore también el principio de separación de los poderes, para lo cual se creó, además de diversos órganos ejecutivos, un Parlamento Andino y un Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.”

Aplicación directa del ordenamiento comunitario y su prevalencia sobre la norma local.

“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.”²⁶ (Subrayado fuera de texto)

El acuerdo de Cartagena y su protocolo modificatorio responden a la idea de tratado marco. La revisión de constitucionalidad se limita al texto del tratado y de su ley aprobatoria. No incluye el alcance de habilitaciones a los órganos de la comunidad, que se apreciará en su ejercicio ulterior.

“Las disposiciones del Acuerdo de Cartagena y de su protocolo modificatorio, responden a la idea de tratado-marco.”

Dado que el acuerdo ha significado la transferencia de competencias soberanas por parte de los Estados a las autoridades supranacionales, un amplio número de decisiones comunitarias se aplican directamente en los países signatarios y otras surten efectos internos luego de agotado su proceso de incorporación. La naturaleza de los dos instrumentos internacionales suscita, para los efectos de su control de constitucionalidad, una complejidad que no está presente en los demás casos. La revisión de la Corte Constitucional se limita a confrontar el texto del tratado y de su ley aprobatoria con la Constitución. No obstante, el alcance de las habilitaciones que se

²⁶ En el mismo sentido, Corte Constitucional. Sentencia C-137 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

radican en cabeza de los distintos órganos de la comunidad, sólo podrá apreciarse con ocasión de su ejercicio ulterior...

Respeto de principios superiores del ordenamiento constitucional en las decisiones comunitarias.

“Queda claro que si no se descubre el modo de impedir que al menos los principios superiores del ordenamiento constitucional -respeto de los derechos humanos, vigencia del Estado social de derecho, de la democracia y de la separación de poderes-, se preserven en la fase de ejecución del acuerdo, los órganos de la comunidad detentarían un poder constituyente que ninguno de los países imaginó conferirles. Sin embargo, esta hipótesis debe desecharse puesto que el desarrollo del tratado, en modo alguno, requiere que dichos principios dejen de observarse. Las facultades de las autoridades de la subregión se limitan al ejercicio de las competencias que se trasladan a la comunidad y éstas, como emanación de los diferentes pueblos soberanos, no comportan la posibilidad de quebrantar tales principios que, además de corresponder a la tradición de los países firmantes, se recogen en los tratados internacionales suscritos por ellos y que, por su condición de derecho imperativo, resultan oponibles y vinculantes en el seno de la comunidad creada. No cabe la menor duda de que los actos y decisiones comunitarias que violen los principios superiores deben reputarse ultra vires y ser anulados por denotar desviación de poder. (Subrayado fuera de texto)

(...)

“Ni las partes signatarias al dar vida al acuerdo abdicaron de tales principios, ni los tratados internacionales que en punto a los derechos humanos y a su efectiva protección se encuentran vigentes, permiten o toleran que al socaire de tratados de integración se pretenda desconocer su obligatoriedad”.

“Por el contrario, la configuración de un espacio de mutua complementación e integración económica, social y cultural, demanda que en éste se proyecten los valores y principios superiores que rigen en el interior de los países y que también ostentan la naturaleza de compromisos internacionales irrevocables, no susceptibles de sufrir suspensión o detrimento alguno. La integración económica, que amplía mercados y genera oportunidades de desarrollo antes no concebidas, no puede aparejar como contraprestación la pérdida o erosión de los principios jurídicos superiores pertenecientes al acervo común de los pueblos que rinden homenaje a la persona humana y a su indeclinable dignidad.”

La creación y aplicación de las normas comunitarias no puede quebrantar el conjunto de principios superiores. Acciones para

anular el acto por el Tribunal de Justicia, o cuando se presente denegación de justicia o ineficacia de sus mecanismos judiciales.

“Lo que se pretende es que el conjunto de los principios superiores no se vea quebrantado con ocasión de la creación y aplicación de las normas comunitarias. De hecho y de derecho, las autoridades de la subregión pueden llevar a cumplido efecto su encargo, sin apelar a dicho procedimiento asaz censurable, máxime si se tiene presente las múltiples alternativas que siempre se ofrecen para avanzar en las metas comunitarias sin causar menoscabo a los anotados principios. (Subrayado fuera de texto)

Debe en todo caso plantearse el interrogante teórico sobre el curso de acción que habrá de seguirse si una norma o decisión dictada en desarrollo del acuerdo, viola un principio superior. La independencia y autonomía del derecho comunitario, se ha querido preservar en este trance merced a la obligada intervención que se reserva al Tribunal de Justicia del Acuerdo, el cual a instancia de cualquier país miembro, de un órgano del sistema o de la persona natural o jurídica perjudicada, deberá anular el acto que quebrante el derecho comunitario, incluso por desviación de poder, el que sin duda se presenta cuando quiera se desacatan los principios superiores (Ley 17 de 1980, art. 17-20). (Subrayado fuera de texto)

La denegación de justicia por parte del Tribunal o la probada ineficacia de sus mecanismos judiciales para enervar las decisiones o actos de la comunidad que violen los derechos humanos u otro principio jurídico superior, podría eventualmente llevar a la Jurisdicción Constitucional, en una situación extrema, a ordenar su inaplicación interna, siempre que previamente se hubiere procurado obtener del Tribunal Andino la interpretación de la norma sobre cuya aplicación se centra la controversia (Ley 17 de 1980 art. 29). En este evento cabe distinguir la validez de la decisión comunitaria que es asunto ajeno al órgano judicial nacional, de la inaplicación interna en un caso particular y por el motivo expresado. Lo anterior, sin embargo, no podría siquiera ser contemplado hipotéticamente si en el seno de la comunidad se llega a imponer en un momento dado una práctica de garantía de los principios aludidos sobre cuyo normal funcionamiento pudiere mantenerse una expectativa razonable.” (Subrayado fuera de texto).

1.3.- Sentencia C-227 de 1999, por medio de la cual se declara exequible el Tratado Aprobatorio de la Creación del Tribunal Andino.

Los temas pertinentes al caso analizado, son:

36

Las competencias atribuidas al Tribunal Andino no pugnan con la Constitución Política.

“Las competencias atribuidas al tribunal Andino de Justicia en modo alguno pugnan con la Constitución Política. Por el contrario, la integración económica se promueve en la medida en que un tribunal especializado en el derecho comunitario, por la vía arbitral, se erige en foro para resolver las controversias que giren en torno a este ordenamiento jurídico, incluidas las que le sometan los particulares. Las sentencias y laudos proferidos en ejercicio de esta función, serán precisamente las fuentes de una rica doctrina que servirá para orientar, sobre bases de seguridad y de permanente adecuación a la realidad, el proceso de integración. La circunstancia de que los jueces nacionales sean instancias propias de aplicación del derecho comunitario, le brinda sustento adicional a esta modalidad de justicia arbitral fundada en el acuerdo de las partes, como quiera que siempre se dispondrá de una vía franca para acceder a la jurisdicción.”

Las normas andinas que consagran el carácter vinculante de la interpretación del TJCA, circunscrita al contenido y alcance de la norma comunitaria, se ajustan a la Constitución Política.

“De una parte, los jueces nacionales podrán solicitar la interpretación del Tribunal acerca de las normas que integran el ordenamiento jurídico de la comunidad y que deban aplicarse en el proceso o controversia. Si la controversia es susceptible de recursos, el juez deberá decidir el proceso si llegada la oportunidad de dictar la sentencia, no se hubiere recibido la interpretación del Tribunal. En los casos en los que la sentencia no sea susceptible de recursos, el juez de la causa suspenderá el procedimiento y solicitará directamente la interpretación del Tribunal. La interpretación del Tribunal, circunscrita al contenido y alcance de las normas comunitarias, es vinculante para el respectivo órgano judicial y, a este respecto, las distintas autoridades nacionales deben velar por el efectivo cumplimiento de las decisiones de aquél. (Subrayado fuera de texto).

Las disposiciones de esta sección se ajustan a la Constitución Política. La aplicación directa y preferente del ordenamiento comunitario en los países miembros, obliga a articular un sistema que permita unificar su interpretación. El principio de igualdad demanda que la aplicación de las normas que componen este ordenamiento se realice de manera homogénea. De lo contrario, la atomización de interpretaciones podría conducir a situaciones de inequidad, lo cual minaría el esfuerzo de integración. Dado que la interpretación uniforme sólo abarca el contenido y alcance de las normas de la

comunidad, no se puede aducir que se vulnere la autonomía funcional de los jueces nacionales. En últimas se revela en esta materia, relacionada con la aplicación del derecho comunitario, un rasgo inherente a la formación y puesta en obra de un ordenamiento jurídico supranacional, que apela al concurso de los órganos judiciales nacionales con el objeto de aplicar sus normas a las controversias que se sometan a su consideración. Justamente, los medios procesales de unificación de la interpretación, apuntan a armonizar los campos de actuación de los diferentes órganos judiciales, lo que se realiza concediendo al Tribunal preeminencia en lo que atañe a la determinación del contenido y alcance del derecho comunitario.” (Subrayado fuera de texto).

2.- Sobre la naturaleza y alcance de la función de resolución de conflictos atribuida a las comisiones de regulación en el sector de telecomunicaciones. Su visión en el derecho comparado.

Existen, como antecedentes, dos fallos de la Corte Constitucional relacionadas con la facultad otorgada a las comisiones de regulación para resolver controversias en el marco de sus competencias, que susciten entre los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones, en los cuales se señalan las características de esta función, su naturaleza, su incorporación dentro de las materias comprendidas en la regulación y su facultad para restringir la autonomía privada y las libertades económicas, siempre y cuando esté encaminada al cometido de fines constitucionales legítimos.

La Corte precisa que la facultad de solución de controversias de la CRC, no vacía de contenido, ni impide los pactos compromisorios para acudir a un Tribunal de Arbitramento, respecto de los asuntos en los cuales no estén involucradas las competencias de regulación atribuidas por ley a este organismo.

Una visión similar se observa en el derecho comparado, respecto del ordenamiento jurídico de la Unión Europea en cuanto a la función de regulación, su objetivo y prevalencia para garantizar el interés público, generalmente ubicada en la organización de la Administración Pública, aunque existen criterios doctrinales

distintos, dadas las disimiles facultades que incorpora esta función²⁷.

Al respecto se encuentra:

2.1.- Sentencia C-1120 de 2005, por medio de la cual se declaran exequibles las normas de la Ley 142 de 1994, que atribuían funciones administrativas de resolución de conflictos a las comisiones de regulación, del 1 de noviembre de 2005.

La Corte examinó las normas legales que atribuían competencia, entre otras a la CRT²⁸, para resolver los conflictos entre operadores, cuando se requiere la intervención de las autoridades con el fin de garantizar los principios de competencia y de eficiencia en el servicio, pues se consideraba que se vulneraba el principio del juez natural y el derecho de acceso a la administración de justicia.

Según la demanda, *“...las normas demandadas pretenden radicar en una unidad administrativa de la rama ejecutiva la función de administrar justicia a través de su ejercicio administrativo. Agrega que la potestad de decir el derecho está reservada como materia exclusiva de la rama jurisdiccional y, por tanto, se genera una usurpación de funciones”*.

La Corte Constitucional se remite a la Sentencia C-1162 de 2000, sobre el alcance de la función de regular, que no puede sustituir al legislador, para que no exista *“contravención de los postulados del Estado de Derecho entre los cuales se encuentra el principio de separación de funciones de los órganos del Estados (art. 113 Ibídem)*

Para la Corte, en el ordenamiento jurídico colombiano las comisiones de regulación ejercen:

²⁷ Teniendo en cuenta el origen de estas autoridades administrativas independientes en el derecho anglosajón y cuyas funciones las denominan *cuasi legislativas y cuasi judiciales*, atendiendo más a la materia, que a su clasificación legal.

²⁸ Ley 142 de 1994, Art. 74.3 literal b

“...una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, (los servicios públicos) y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros.”²⁹.

Las comisiones de regulación no ejercen funciones atribuidas a otras ramas del poder público.

“Repite la Corte que no se trata de funciones legislativas o de atribuciones de creación de normatividad paralela a la ley, o encaminada a cubrir sus vacíos, ni tampoco de una sustitución de la propia ley ni de la potestad reglamentaria, exclusiva del Presidente de la República. Solamente sobre la base de estos criterios se declara la exequibilidad de las indicadas normas, pues bajo cualquier otro entendido son inconstitucionales”.³⁰

Las funciones de regulación, son funciones de intervención del Estado en las actividades económicas, y las funciones de resolución de conflictos quedan materialmente comprendidas en las de regulación.

“Son funciones de regulación de la prestación de los mencionados servicios, conforme a los criterios expresados en las consideraciones generales de esta sentencia, y, más ampliamente, son funciones de intervención del Estado en las actividades económicas con fundamento en lo dispuesto en el Art. 334 de la Constitución.”

(...)

“En estas condiciones, tales funciones de resolución de conflictos quedan materialmente comprendidas en las de regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de las comisiones de regulación, con el fin de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los mismos, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 370 superior y de acuerdo con el contenido de las atribuciones de regulación señalado en repetidas ocasiones por esta corporación.”

²⁹ Sentencia C-1120 de 2005, en cita de la Sentencia 1162 de 2000.

³⁰ Sentencia C-1120 de 2005, en cita de la Sentencia 1162 de 2000.

La función de resolución de conflictos, atribuida por la ley a la CRT, es de naturaleza administrativa y no de naturaleza judicial. Por ello, no se vulnera el principio del debido proceso judicial, ni el derecho de acceso a la administración de justicia

“Por otra parte, las decisiones que deben adoptar las Comisiones de Regulación en la solución de los mencionados conflictos tienen carácter de actos administrativos que ponen fin a la actuación administrativa y están sometidas al control de legalidad por parte de la jurisdicción, como expresamente lo señalan los numerales acusados 73.8 y 73.9 del Art. 73 de la Ley 142 de 1994, y aunque en el Art. 74, Num. 74.3, Lit. b), de la misma ley no se hace el mismo señalamiento, debe entenderse así conforme a las reglas generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo.”

De lo anterior se concluye que las funciones de resolución de conflictos de que tratan las normas acusadas son de naturaleza administrativa, no sólo desde el punto de vista formal u orgánico sino también material, y por ende no son de naturaleza judicial.

(...)

En este orden de ideas, tales disposiciones no vulneran tampoco el principio del juez natural, que forma parte integrante del principio del debido proceso judicial, ni el derecho de acceso a la administración de justicia.

2.2.- Sentencia C-186 de 2011, por medio de la cual se declara exequible la norma de la Ley 1341 de 2009, por medio de la cual se otorga competencia a la CRC, como facultad regulatoria, para resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que no puede ser limitada por acuerdo entre operadores, del 16 de marzo de 2011

La demanda considera varios aspectos de constitucionalidad, respecto de la norma que otorga esta facultad a la CRC, y que ningún acuerdo entre proveedores puede menoscabar, limitar o afectar su facultad de intervención regulatoria y de solución de controversia.

“El primer cargo que formula el actor consiste en que la expresión acusada restringe de manera indebida la autonomía de la voluntad

privada de los particulares.... Señala que este principio solo puede ser limitado por el legislador..., porque el legislador deslegalizó la materia al confiar a una entidad administrativa la posibilidad de intervenir en el ejercicio de una prerrogativa constitucional.”

“Alude al numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009... y entiende que se trata de una función de índole eminentemente administrativa y no jurisdiccional. A partir de esta primera inferencia concluye que... la facultad de resolución de controversias en cabeza de la CRC cercena la autonomía de los particulares de acudir para solucionar sus conflictos a mecanismos tales como el arbitraje, razón por la cual limita el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.” (Subrayado fuera de texto)

En un tema relacionado con la consulta de la interpretación de la norma andina, la demanda se refiere a la interpretación, a su juicio inconstitucional, para entender que la facultad de resolución de conflictos por parte de la CRC, sería una competencia exclusiva y excluyente, que dejaría sin efecto alguno, el acuerdo para asignar competencia a un arbitramento, lo cual sería inconstitucional:

“frente a la garantía reconocida a favor de los particulares de acordar libremente el arbitramento, puede tener dos entendimientos, ambos igual de inconstitucionales a saber: (i) que no obstante los proveedores hayan acordado libremente el arbitramento, al CRC continúa teniendo competencia para la resolución de conflictos... y (ii) que no obstante los proveedores hayan acordado el arbitramento en cualquiera de sus modalidades, tal acuerdo no surte efecto alguno y todas las controversias existentes entre proveedores de redes y servicios son de competencia exclusiva y excluyente de la CRC”. (Subrayado fuera de texto)

La Corte Constitucional declara exequible la norma impugnada contenida en la Ley 1341 de 2009, con las siguientes consideraciones pertinentes al tema materia de análisis:

La Corte precisa el contenido del cargo de inconstitucionalidad.

“... los cargos que formula el demandante corresponde realmente a una acusación de supuesta vulneración de la autonomía de la voluntad privada, pues se fundan en el presunto desconocimiento de los acuerdos celebrados por los particulares para someter sus diferencias a arbitramento, antes que en la imposibilidad de acudir a esta modalidad de justicia.”

La naturaleza administrativa de las funciones de la CRC, como un instrumento de la función de regulación, y sometida jerárquicamente a los Decretos del Presidente de la República.

“... esta Corporación ha entendido que la potestad normativa atribuida a las comisiones de regulación es una manifestación de la intervención estatal en la economía –una de cuyas formas es precisamente la regulación- cuya finalidad es corregir las fallas del mercado, delimitar la libertad de empresa, preservar la competencia económica, mejorar la prestación de los servicios públicos y proteger los derechos de los usuarios. Así mismo, ha utilizado una perspectiva jerárquica para determinar su lugar dentro del sistema normativo y ha sostenido que se trata de una competencia normativa de naturaleza administrativa sujeta a la ley y los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República.” (Subrayado fuera de texto)

La intervención del órgano regulador puede suponer una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas, siempre y cuando esté dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y en el marco de la ley.

“La intervención del órgano regulador en ciertos casos supone una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación de los servicios públicos, sin embargo, tal limitación se justifica porque va dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y se realiza dentro del marco fijado por la ley.”

El arbitramento se encuentra constitucionalmente protegido, y la ley debe regularlo, sin convertir en inane la opción que el Constituyente otorgó a los sujetos involucrados en el conflicto. Se trata de una función jurisdiccional.

“Por otra parte el Constituyente otorgó al Legislador un amplio margen de configuración en materia de arbitraje, pues el artículo 116 de la Constitución es claro en autorizar su existencia “en los términos que determine la ley”. Así lo ha reconocido insistentemente esta Corporación[58]. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha advertido que “la intervención del legislador en esta materia, pese a ser discrecional, no puede convertir en inane la opción que el Constituyente otorgó a los sujetos involucrados en un

*conflicto de acceder a mecanismos alternos de administración de justicia*³¹

(...)

“Por lo tanto, el arbitramento es una forma constitucionalmente legítima de ejercer jurisdicción cuando así lo ha previsto la ley...

*Así mismo la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el principio de la autonomía de la voluntad privada es el fundamento del arbitramento, pues, “si los sujetos de derecho, según las regulaciones legales, tienen la capacidad de gobernar sus derechos según las reglas, siéndoles posible adquirirlos, gozarlos, gravarlos, transferirlos, o extinguirlos, posible también les es acordar la solución de los conflictos que comprometen sus derechos subjetivos.”*³²

*“El anterior recuento jurisprudencial demuestra, en síntesis, la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral, y que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta. Incluso el Legislador debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes.”*³³

No todas las cuestiones litigiosas pueden ser sometidas a arbitramento. Solo las de naturaleza transigible

“Por otra parte, no todas las cuestiones litigiosas pueden ser sometidas a arbitramento. Como ha señalado esta Corporación “[e]n términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad”

La facultad de resolución de conflictos de la CRC es una modalidad específica de regulación, destinada a cumplir la competencia y los fines señalados en la ley: promover la competencia, proteger los derechos de los usuarios, como fines constitucionales legítimos.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2001

³² Corte Constitucional. Sentencia C-014 de 2010

³³ Esta sentencia de la Corte Constitucional, transcribe la Sentencia SU-174 de 2007

“Se tiene entonces que la disposición acusada caracteriza una modalidad específica de regulación: aquella de carácter imperativo (de ahí precisamente que los proveedores estén obligados a cumplirla). Esta regulación de carácter imperativo puede versar sobre distintos aspectos de la actividad de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, de conformidad con el marco normativo fijado por la misma ley, al que previamente se ha hecho alusión, y persigue los fines señalados por la ley tales como promover la competencia, proteger los derechos de los usuarios o evitar el abuso de la posición dominante, los cuales son fines constitucionalmente legítimos, e igualmente en términos generales la regulación es una medida adecuada para conseguir tales fines.”

La facultad de resolver conflictos de la CRC, en el marco de sus competencias de ley, supone la expedición de actos administrativos y no tiene naturaleza jurisdiccional.

“Cabe recordar que en la sentencia C-1120 de 2005 se indicó que la facultad de resolver conflictos debe entenderse como una función de regulación y de intervención en la economía, que supone la expedición de actos administrativos pues no tiene naturaleza jurisdiccional.”

La restricción a la autonomía de la voluntad privada para acudir a la justicia arbitral es constitucionalmente legítima, pero no impide la celebración de pactos compromisorios en los cuales no estén involucradas las competencias del regulador.

“De lo anterior se concluye que la restricción de la autonomía de la voluntad privada respecto de acuerdos suscritos entre particulares (proveedores de redes y servicios) para acudir a la justicia arbitral es constitucionalmente legítima porque persigue salvaguardar los poderes de intervención que el Legislador asigna a la CRC, pues de otro modo los particulares podrían obstaculizar el cumplimiento de las competencias y por ende la consecución de los propósitos de intervención que la ley le asigna al órgano regulador, de manera que esta restricción resulta también necesaria para el cumplimiento de las competencias atribuidas a la CRC, y no vacía de contenido la autonomía de la voluntad, porque no se impide que los proveedores de redes y servicios celebren pactos compromisorios respecto de asuntos en los cuales no estén involucradas las competencias de regulación legalmente atribuidas a este organismo.” (Subrayado fuera de texto)

Más adelante:

“Ahora bien, aunque no fue demandado es preciso hacer alusión al primer enunciado del numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 para una adecuada comprensión de tal facultad de resolución de conflictos. Este precepto le atribuye a la CRC la función de “resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones”, se tiene entonces que la facultad de resolución de controversias a la cual hace alusión el precepto demandado es ejercida dentro del marco de las competencias que el citado cuerpo normativo encomienda al órgano regulador, las cuales persiguen fines constitucionalmente legítimos a los que ya se ha hecho alusión.”³⁴

3.- La naturaleza administrativa y características de la función de regulación de las Autoridades Administrativas Independientes. Visión en el derecho comparado. El sector de telecomunicaciones en el derecho de la Unión Europea.

El concepto y la función de regulación para los servicios de telecomunicaciones, y para los servicios públicos domiciliarios (SPD), comprende, entre otros instrumentos, la facultad de estas comisiones para resolver las controversias³⁵ que se susciten entre los operadores o proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones (PRST).³⁶

³⁴ La Corte hace alusión, en cuanto al marco de sus competencias, al artículo 19 de la Ley 1341. La ley le asigna competencia como “*el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante, y regular los mercados, de las redes y servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente y refleje altos niveles de calidad*”. La ley no le asigna competencia sobre otros aspectos distintos a su función administrativa.

³⁵ La función de regulación comprende funciones normativas, mediante actos generales, de creación de situaciones jurídicas particulares, mediante decisiones que afecta a uno o un número limitado de operadores, y otros instrumentos, la creación de incentivos, publicación de los criterios de eficiencia y eficacia de los actores en el mercado. Se estipula un proceso previo a la expedición del acto administrativo, especialmente normativo, para conocer y controvertir los estudios y los proyectos de norma, como una manera de mitigar su falta de legitimidad democrática y de responsabilidad política directa, incluyendo la concertación con los afectados, de ser posible. La función de regulación no puede confundirse con el concepto literal de regular, esto es, de expedir normas, y comprende la regulación económica, pero también puede comprender la regulación propia para garantizar los fines sociales del servicio público, o de los servicios de interés general económico.

³⁶ Ley 1341 de 2009 .

A partir de la liberalización del sector de las telecomunicaciones, la mayoría de los países latinoamericanos crearon organismos administrativos con mayor o menor grado de autonomía y especializados, encargados de la función de regulación³⁷, como una modalidad de intervención del Estado en la economía, cuyo objetivo es promover la competencia, corregir fallas del mercado y proteger a los usuarios³⁸.

Su función, tiene como objetivo garantizar la prevalencia del interés público sobre el interés privado, en actividades complejas y especializadas, teniendo en cuenta que corresponde a servicios de interés general esencial para la comunidad, y para la sociedad de la información, sustentado en fines legítimos consagrados en la Constitución Política de cada país³⁹.

Estas autoridades generalmente se ubican en la organización de la Administración Pública, tanto en el ordenamiento jurídico europeo como en el latinoamericano, denominadas por la doctrina como Autoridades Administrativas Independientes (AAI), y normalmente de origen legal.

No obstante, el órgano regulador tiene características especiales respecto de los demás organismos administrativos, pues *“Una administración compuesta es la respuesta adecuada desde el punto de vista de la ciencia de la organización, a la complejidad de funciones e intereses a que se ve enfrentada en las sociedades*

³⁷ Documento de la Unión Internacional de Telecomunicaciones – (UIT) del 19 de marzo de 1998. En dichos documentos se recoge la historia sobre la creación de los organismos reguladores o de reglamentación en los países de América del Sur y del Centro, su constitución y composición, sus funciones, su oportunidad anterior o posterior a un proceso de privatización y su relativa independencia. Para esa época, 16 países de América habían suscrito los compromisos de la OMC sobre los acuerdos de telecomunicaciones y uno de esos compromisos consistía en la necesidad de establecer un órgano de reglamentación independiente. A esa fecha, 8 países más habían constituido dichas comisiones independientes. Ver también GONZÁLEZ LÓPEZ EDGAR. “Tendencia y Cambios en el Sector de las Telecomunicaciones en América”, *Revista Contexto*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, septiembre de 1999.

³⁸ Sobre el concepto de regulación como una modalidad de intervención del Estado en la economía: Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda, reiterada en Sentencias C-353 de 2006, C-955 de 2007, C-823 de 2011 y C-186 de 2011

³⁹ C.P. Arts. 333 y 334, y sobre régimen de servicios públicos Art. 365 y s.s.

*actuales. Las Unidades Administrativas Independientes llevan a cabo la recepción de nuevas necesidades sociales (...) En este sentido, tanto la racionalidad en la toma de decisiones como la eficiencia en su ejecución abogan por una Administración compuesta*⁴⁰.

Para ello, deben contar con rasgos especiales e inherentes al mejor cumplimiento de su función: la independencia y neutralidad política al servicio de la imparcialidad, alejada de los regulados y de los requerimientos políticos del momento; la inserción de expertos para garantizar la especialidad técnica de su función,⁴¹ y el carácter administrativo de sus actos. Se busca de esta manera que sus decisiones mantengan su naturaleza técnica.

Es también necesario garantizar la revisión judicial de su potestad discrecional, con el control de la ponderación efectuada⁴², con el fin de evitar la “*deferencia judicial*” pues discrecionalidad no es sinónimo de ausencia de control, o de protección a la arbitrariedad⁴³.

Estas instituciones, expiden actos administrativos sujetos al control judicial, y por ende, no cumplen funciones judiciales, sino una función administrativa:

En el caso de España, sobre los actos expedidos por la antigua CMT⁴⁴, parte de la doctrina critica la deferencia judicial, que se observa en la práctica, en el análisis de distintos fallos del Tribunal Supremo que analizaron la legalidad de las actuaciones de esta AAI,

⁴⁰ Eberhard Schmidt-Assmann *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. INAP. Marcial Pons. 2003. Pág. 270.

⁴¹ Vid. Ob Cit. Schmidt-Assmann. Pág. 273 a 275.

⁴² Vid. Ob Cit. Schmidt-Assmann. Pág. 231 a 234. Para este autor, sobre la potestad discrecional “...tiene lugar el control de la ponderación efectuada que, a su vez, comprende tres aspectos: el control de la observancia de las directrices que han de guiarla, el del material factico ponderado, y el de la ponderación en sí misma.” Pág. 236. Además “Ni la especial pericia de la Administración actuante ni el hecho de que la decisión adoptada se base en una predicción acerca de la evolución futura de la circunstancia pueden por sí solos justificar una limitación del control judicial” Pág. 135

⁴³ Betancor Andrés. *Regulación: Mito y Derecho: Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Civitas. Thomsom Reuters. 2010. En especial, Pág. 501 a 606 sobre el peligro para el Estado Social de Derecho de la “*deferencia judicial*”.

⁴⁴ Comisión de Mercado de Telecomunicaciones

y mediante las cuales se ejerció la facultad de resolver los conflictos de interconexión entre los operadores de servicios de telecomunicaciones⁴⁵.

Como puede observarse, a pesar de los rasgos especiales que requiere el órgano regulador, en los países de la Comunidad Económica Europea, en los países latinoamericanos y en los países de la Comunidad Andina, se insertan estas autoridades en la rama ejecutiva del poder público, y cumplen una función administrativa, incluida la de resolver conflictos entre operadores con ocasión de la interconexión. Por ello, está sujeta al control judicial como cualquier acto de la administración.

Las instituciones del ordenamiento jurídico nacional en el sector de telecomunicaciones, han tenido una gran influencia del ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea.

Se advierte lo anterior, con la adopción en nuestra legislación y en las normas andinas, de varias de las instituciones provenientes de la Comunidad Económica Europea:

⁴⁵ Vid. Ob Cit. Betancor. En las páginas 646 a 650, se describen las sentencias relativas a las actividades de la CMT, sobre su potestad normativa, declaraciones de dominancia y operadores principales, cumplimiento de obligaciones por operadores dominantes, fomento de la competencia, financiación del servicio universal etc., y las sentencias correspondientes del Tribunal Supremo. El autor efectúa un recuento sobre los actos de la CMT que resuelven conflictos de interconexión y el control judicial del Tribunal Supremo, entre otros:

1) “STS 21 de diciembre de 2007 (RJ2008, 367; asunto: Impugnación resolución CMT por la que se impone a Telefónica la obligación de requerir autorización de la CMT cuando pretenda modificar unilateral algún contrato de interconexión..”; 2) “STS 12 de diciembre de 2008 (RJ2009, 217; asunto: impugnación de la resolución de la CMT en relación con el cumplimiento del acuerdo de interconexión y que deducía los incumplimientos de los plazos de la obligaciones impuestas a Telefónica como operador dominante” 3) “STS 8 de julio de 2008 (RJ2008, 3425; asunto: Impugnación resolución de la CMT que resuelve un conflicto de interconexión entre operadores obligando a una de ellas a reducir sensiblemente el precio pactado con la otra. La doctrina de esta sentencia fue reiterada y reproducida en la STS del 1 de octubre de 2008 (RJ2008,4601); asunto: impugnación de la resolución de la CMT que resolvía un conflicto de interconexión entre operadores...).” Pág. 649 -650.

Sobre precios de interconexión: 1) “STS de 31 de mayo de 2005 (RJ2005, 4326; asunto: resolución de un conflicto de interconexión, en el ámbito de la telefonía móvil); 2) “STS 29 de mayo de 2007 (RJ 2007,3313; asunto: recurso de casación contra Sentencia que había estimado recurso contra resolución de la CMT que había fijado los precios de interconexión a una red de telefonía móvil de un operador dominante”.

- La creación de organismos reguladores integrantes de la rama ejecutiva para promover la competencia y garantizar los derechos de los usuarios, con amplias facultades normativas, y para solucionar conflictos entre los prestadores de servicios, dada la especialidad técnica y garantía de la medida oportuna, respecto del término requerido para una decisión judicial.
- El régimen de la interconexión y acceso a las redes como garantía de la competencia, con una fuerte intervención del Estado para garantizar el derecho a la competencia y las obligaciones de servicio público.
- El régimen especial para el operador con peso significativo en el mercado o con posición dominante, para efectos de otorgar facultades al órgano regulador que permitan su control, mediante normas de discriminación positiva, con la finalidad de garantizar la existencia de competencia en el sector⁴⁶.
- El régimen del servicio universal y los derechos de los usuarios, por lo cual, los países andinos han mantenido, en algunos casos, el concepto de servicio público de las telecomunicaciones, o de obligaciones de servicio público o de servicios de interés general, y en todos los casos, con un régimen específico para garantizar la intervención del Estado en la finalidad social de asegurar su prestación a todos los habitantes del respectivo país.
- El tratamiento de datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.
- La regulación relativa a los mercados de redes y servicios, distinguiendo entre las funciones *ex ante* del órgano administrativo de regulación de carácter preventivo, y las funciones *ex post* de la Autoridad Nacional de la Competencia, con funciones de control, vigilancia, y sancionatorias.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 2013 M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio

- En especial, la creación de autoridades nacionales de reglamentación, cuya misión y funciones reguladoras, corresponden a fomentar la competencia, contribuir al desarrollo de un mercado interior europeo y promover los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea⁴⁷.

La Directiva Marco 21 de 2002, consagra las funciones de estas autoridades nacionales de reglamentación, para resolver los litigios entre empresas, a petición de cualquiera de las partes, bajo un procedimiento, y consagrando en forma expresa que la aplicación de este procedimiento no impedirá que cualquiera de las partes pueda emprender acciones legales ante un órgano jurisdiccional.⁴⁸

El artículo 21 consagra el procedimiento para la resolución de litigios transfronterizos *“entre partes radicadas en diferentes Estados Miembros y que sea de la competencia de Autoridades Naciones de Reglamentación de dos o más estados miembros, para lo cual se aplicará lo dispuesto en parte del procedimiento previsto para litigios entre empresas”*⁴⁹.

Tanto la Directiva Marco 21, como la Directiva de Acceso 19, del 2002, (sobre la interconexión y acceso a redes y recursos asociados), modificadas por la Directiva 140 de 2009, consagran las funciones y facultades de la Autoridad Nacional de Reglamentación

⁴⁷ Directiva Marco 21 de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Art. 8

⁴⁸ Directiva Marco 21 de 2002, “1. En caso de producirse un litigio en relación con obligaciones existentes en virtud de la presente Directiva o de las directivas específicas entre empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas de un Estado miembro, o entre dichas empresas y otras empresas en el Estado miembro que se beneficie de las obligaciones de acceso o de interconexión impuestas en virtud de la siguiente directiva o las directivas específicas la autoridad nacional de reglamentación afectada adoptará, a petición de cualquiera de las partes, ... una decisión vinculante para resolver el litigio lo antes posible o en todo caso en un plazo de cuatro meses, salvo en circunstancias excepcionales.”

(...)

“5. El procedimiento a que se refieren los apartados 1, 3 y 4 no impedirá que cualquiera de las partes pueda emprender acciones legales ante un órgano jurisdiccional.” Con las modificaciones introducidas por la Directiva 140 de 2009. (Subrayado fuera de texto).

⁴⁹ En el mercado común europeo, en forma adicional a la autoridad nacional de reglamentación de cada país miembro, se creó el órgano regulador común, con normativa prevalente, denominado BEREC. Reglamento 1211 de 2009, del Parlamento Europeo y del Consejo: denominado ORECE

de cada país, encaminada a cumplir la misión y objetivo para la cual fue creada⁵⁰.

En consonancia con este marco, las legislaciones de los países miembros han constituido AAI en diversos sectores para garantizar los principios de competencia de sectores liberalizados, o derechos fundamentales, como autoridades administrativas independientes, y con funciones de regulación, entre ellas, de resolución de conflictos entre actores del mercado:

En el derecho Francés, las Autoridades Administrativas Independientes (AAI), encargadas de la regulación en sectores liberalizados, cumplen funciones propias de la administración, y no son jueces, ni están revestidas sus decisiones de la fuerza de cosa juzgada⁵¹.

Para el Consejo de Estado Francés, la regulación es *“el hecho de asegurar el funcionamiento correcto de un sistema complejo a*

⁵⁰ Fomentar la competencia, desarrollar el mercado interior y proteger los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea.

⁵¹ Curso de Derecho Administrativo Jacqueline Morand – Deviller. Universidad Externado de Colombia. Junio 2010. Pág. 127. *“Estos organismos, como su nombre lo indica, tienen una triple característica. Se trata de autoridades con verdaderos poderes de decisión a través de reglamentos, medidas individuales, proposiciones o recomendaciones, competencias que van más allá de una misión de experto o de consejo.*

-Se trata de instituciones administrativas, partes integrantes del Estado, segregadas por el poder Ejecutivo, con una función de regulación destinada a establecer las “reglas del juego” entre los actores socio-económicos, complemento y no sustitución aportada a las jurisdicciones. Ellas actúan en nombre y por cuenta del Estado y comprometen la responsabilidad del Estado por los perjuicios que ellas podrían causar: CE, 22 juin 1984, “Soc. Pierre et Cristal”, daños causados por la Comisión de Operaciones de Bolsa (COB). Ellas deben presentar un informe de actividades cada año.

-Finalmente, tales organismos son independientes pues, aunque no tienen personería jurídica, y financieramente dependientes de las estructuras estatales, ellos escapan a todo control jerárquico o de tutela.

Más adelante señala:

“-No son ni jurisdicciones, puesto que sus decisiones no están revestidas de la autoridad de cosa juzgada, ni organismos consultivos con competencia mucho más limitada, ni organismos de control en el sentido tradicional de los cuerpos e inspecciones generales, ni administraciones de misión, aunque la ligereza y la movilidad de las estructuras muestran alguna similitud con ellas. Las autoridades administrativas independientes son estructuras originales, ellas no entran en consecuencia en ninguna de las categorías existentes del derecho y de las instituciones administrativas.

*través de la acción de mecanismos correctores que mantienen el sistema en existencia*⁵².

En el Informe de 2010, el Consejo de Estado Francés hace hincapié en las exigencias de independencia de estas autoridades nacionales de regulación por las Directivas de la Unión Europea⁵³

En el Reino Unido, hacen parte de la forma tradicional de la organización de los poderes públicos que se caracterizan por un alto grado de autonomía, denominados *Non-Departmental Public Bodies – DNPB*, los *quangos*, que no hacen parte de los departamentos ministeriales.

En el modelo Británico existe una separación de poderes y su énfasis se presenta en la necesidad de su equilibrio mediante pesos y contrapesos. Estos *quangos* encargados de la regulación de servicios a la comunidad, tienen competencias de carácter normativo ejecutivo y cuasi judicial, según la norma de su creación, incluidas las de resolver conflictos entre los ciudadanos y entre estos o estos y la administración, pero no cumplen funciones judiciales y están sometidos al control jurisdiccional de los Tribunales⁵⁴.

En España, se han planteado las funciones concentradas en una sola administración independiente (potestad normativa y resolución de conflictos) y su necesario encaje con el principio de división de poderes. A pesar de la textura mixta de sus funciones atribuidas a estas administraciones, necesariamente deben incardinarse como función propia del poder ejecutivo⁵⁵.

⁵² Informe público del Consejo de Estado Francés. 2001

⁵³ Rapport del Consejo de Estado de 2010 el cual está dirigido al análisis de las AAI en Francia.

⁵⁴ Betancor Rodriguez, Andrés. Las Administraciones independientes: Un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho. Madrid Tecnos. 1994; Jhon R. Greenwood y David Jack Wilson. Public Administration in Britain Today. 2ª ed, London Unwin Hyman 1989 p. 210; Paul P. Craig Administrative Law. 4ª ed. Sweet & Maxwell. 1999; María Salvador Martínez. Autoridades independientes: Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España. Madrid. Ariel. 2002. P. 47

⁵⁵ Parejo Alfonso Luciano. *La potestad normativa de las llamadas Administraciones Independientes: Apuntes para un estudio del fenómeno en AA.VV Origen y evolución de las*

Se trata de funciones cumplidas por una administración especializada de carácter técnico, con fuertes rasgos de autonomía, y como parte integrante de la Administración Pública⁵⁶, antes Comisión de Mercado de Telecomunicaciones (CMT).

Con la reciente reestructuración de estas comisiones, se asignó a una sola autoridad administrativa las distintas funciones en los sectores de telecomunicaciones, audiovisual, transporte, postal, energía, juegos. Así mismo, se le atribuyó las funciones propias de la autoridad nacional de la competencia. La autoridad se denominó Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia⁵⁷, y dentro de la función de regulación se encuentra la de resolver controversias entre los actores del mercado. Sus actos tienen un control judicial, y no limitan la facultad de las partes para acudir a las autoridades jurisdiccionales.

D.- Contenido de las normas sobre la facultad de resolver controversias asignada a las comisiones de regulación.

1.- El ordenamiento nacional vigente para la época de los hechos: Ley 142 de 1994.

Dadas las pretensiones contenidas en la demanda, se infiere que los hechos corresponden a las relaciones de interconexión suscitadas entre 2006 y 2008, período en el cual se encontraba

entidades instrumentales de las administraciones públicas. Libro Homenaje a M.F. Clavero. Civitas 1994, Pág. 639-345.

⁵⁶ Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Ley 6/1997 de 14 de abril). En sus Disposiciones Adicionales, Décima, consagra el Régimen Jurídico de determinados Organismos públicos: “1. La Comisión Nacional del Mercado de Valores..., la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones... se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta ley. Según la Ley 3 de 2013, se crea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que absorbe las funciones regulatorias de la antigua CMT. Esta entidad se crea como un Organismo Público, con independencia, y cumple funciones administrativas. No cumple funciones judiciales cuando ejerce la función de regulación, entre ellas resolución de conflictos entre operadores. Puede verse, la Ley 9 de 2014. Ley de Telecomunicaciones.

⁵⁷ Ley 3 de 2013

vigente para los operadores de los servicios de TPBC, y sus relaciones con los demás operadores, la Ley 142 de 1994⁵⁸.

Según el artículo 73, las comisiones de regulación tienen la función de promover la competencia en quienes presten servicios públicos, y:

“Resolver, a petición de cualquiera de las partes los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte está sujeta al control jurisdiccional de legalidad”. (73.8)

Del precepto enunciado se infiere la naturaleza administrativa de la actuación realizada por el órgano regulador para resolver los conflictos entre las empresas del sector, derivadas de los contratos que suscriban, entendidas dentro de los negocios jurídicos relacionados con los servicios públicos que regula esta ley, razón por la cual, están sujetas al control jurisdiccional.

Según el artículo 74.3, la antigua Comisión de Regulación de Comunicaciones, tenía, entre sus funciones y facultades especiales, la de:

“Resolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y deficiencia en el servicio” (74.3. literal c))

2.- El ordenamiento Andino.

Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina.

La Decisión 462 de 1999, regula el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina.

⁵⁸ Con posterioridad se expidió la Ley 1341 del 30 de julio de 2009, por medio de la cual se definen los principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC). Esta ley incluye en su ámbito de aplicación el sector de las telecomunicaciones.

En su artículo 32, consagra:

“Si un proveedor que solicita una interconexión considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, recurrirá ante las Autoridades Nacionales respectivas de la materia que se trate, las cuales resolverán de acuerdo con su normativa nacional.”

Resolución 432 de la Secretaria General de la Comunidad Andina.

La Resolución 432 del 2000, expedida por la Secretaria General de la Comunidad Andina, con fundamento en la Disposición Transitoria Segunda de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, consagro las normas comunes sobre Interconexión.

Su artículo 32, reza:

“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 pongan 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”

TITULO II

ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN PLANTEADA SOBRE LA FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO PARA RESOLVER ESTA CONTROVERSIA.

1.- La jurisprudencia sobre la jurisdicción y competencia del Tribunal de Arbitramento, en controversias similares.

El Tribunal se referirá a los principales laudos arbitrales proferidos respecto de contratos de interconexión de redes de

telecomunicaciones, solo en cuanto al tema analizado, esto es, las interpretaciones prejudiciales del TJCA, y los criterios asumidos por los jueces arbitrales respecto de su competencia para dirimir el conflicto.

Este Tribunal considera necesario enfatizar sobre la necesidad de analizar la jurisprudencia arbitral pertinente, teniendo en cuenta la fecha histórica en que se profieren los laudos.

Lo anterior, puesto que en fechas posteriores, se han proferido providencias o sentencias, especialmente del Consejo de Estado⁵⁹, respecto de asuntos que fueron conocidos en su momento por los Tribunales de Arbitramento, y decididos conforme a la jurisprudencia vigente a la fecha de su decisión.

Esta consideración resulta necesaria, especialmente, sobre el tema que se analiza, de la jurisdicción y competencia arbitral, y el alcance de la aplicación de las interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).

Con posterioridad al análisis de los laudos que este Tribunal estima pertinente, se procederá al estudio de la controversia específica que origina este proceso, y las consideraciones que el Tribunal efectúa para decidir la excepción de falta de jurisdicción y competencia planteada por la convocada, y los argumentos en contrario expuestos por la convocante.

A.- Laudo arbitral del 10 de octubre de 2014. Partes: COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P.⁶⁰

⁵⁹ Sobre el asunto analizado, esto es, la jurisdicción y competencia del Tribunal de Arbitramento, y la necesidad de tener en cuenta el contenido de la interpretación prejudicial del TJCA, así como la eventual competencia de la CRC para resolver el conflicto surgido en la ejecución de la interconexión se expidió recientemente la providencia de: Consejo de Estado. Providencia del 23 de septiembre de 2015. Exp. 53054. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, que resolvió el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral del 10 de octubre de 2014, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias originadas en el contrato de interconexión celebrado entre Ocel S.A. (ahora Comcel) y la ETB S.A. E.S.P.

⁶⁰ Laudo arbitral proferido el 10 de octubre de 2014 entre OCCIDENTE y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P. Las pretensiones iban dirigidas a que se declare que la parte convocada está obligada a pagar a la parte convocante, el valor por cargos de acceso

La parte resolutive de esta providencia adopta la Interpretación Prejudicial 255-IP-2013 proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), y, en consecuencia, declara que el Tribunal Arbitral NO es competente para resolver las controversias surgidas en ese proceso.

En la IP mencionada, se realizan las consideraciones sobre la autoridad competente para resolver conflictos de interconexión en caso de desacuerdo entre las partes, teniendo en cuenta que el órgano consultante solicita se determine el alcance y contenido del artículo 32 de la Decisión 462 frente a la competencia de un Tribunal de Arbitramento surgida en desarrollo de una cláusula compromisoria.

El Tribunal cita y transcribe la interpretación prejudicial 181-IP 2013, reiterada en laudos posteriores, donde se afirma que la competencia corresponde a la Autoridad de Telecomunicaciones pertinente, y en el caso colombiano, la CRC.

El TJCA considera que existe una antinomia entre el artículo 17, literal f) de la Resolución 432 que regula los mecanismos de solución de controversias, y el artículo 32 de la misma norma, que establece la competencia de la autoridad de telecomunicaciones. Al respecto, interpreta la norma andina, para afirmar la aplicación preferente del artículo 32, y por ende, la competencia exclusiva y excluyente de la CRC para solucionar los conflictos generados en la interconexión.

Afirma que las partes también pueden acudir al mecanismo de solución de controversias andino, una vez decidido el asunto en la vía administrativa por la autoridad competente, específicamente a la acción de incumplimiento si se considera que la autoridad

previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001, 489 de 2002 desde enero de 2002 hasta la fecha del laudo y al pago de los perjuicios correspondientes.

competente vulneró el ordenamiento jurídico andino al resolver el conflicto.

La otra vía de acceso a la justicia, que advierte el TJCA, se refiere a la posibilidad de acudir a los mecanismos nacionales de impugnación de actos administrativos, y en este evento se deberá utilizar, en la instancia pertinente, la figura de la interpretación prejudicial. Lo anterior, según el artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal, delimitado además en la IP del proceso 207-IP-2013.⁶¹

Teniendo en cuenta que el caso consultado ya había sido resuelto por la CRT, según este concepto, se señala que la vía competente para controvertir lo decidido es la acción de incumplimiento comentada o la vía nacional en el marco del artículo 31 atrás referido. **“En este orden de ideas, el Tribunal de arbitramento consultante no goza de competencia para resolver el asunto particular”** (Subrayado y en negritas fuera de texto) (Es texto literal de la 255-IP-2013 en cita de la 181-IP-2013. Pág. 16)

En forma expresa se señala:

“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, mas 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” (Subrayado fuera de texto)

Como se observa, el TJCA, aplica el contenido de la 181-IP-2013, y la considera pertinente para absolver la consulta de este Tribunal.

El Tribunal de Arbitramento acoge esta interpretación, y realiza las siguientes consideraciones:

⁶¹ En el proceso 207-IP-2013, se analiza el artículo 31 en cita respecto de la competencia del juez nacional para conocer de las demandas presentadas por los particulares cuando sus derechos resulten afectados, si el respectivo País Miembro no adopta las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias, o cuando adopta o emplea medidas que sean contrarias a estas u obstaculicen su aplicación.

- En cuanto al tema de interconexión, el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, constituye norma supranacional de efecto directo y de aplicación inmediata que prevalece sobre cualquier normativa nacional.⁶²

- Los cargos de acceso resultan inherentes y de la esencia de la interconexión, y por ende, del régimen jurídico aplicable a la interconexión de redes de telecomunicaciones.

- Son aplicables las normas andinas, aunque se trate de una relación de operadores ubicados en Colombia, y que la interconexión sea de carácter doméstico, según los artículos 3 y 35 de la Resolución 432. A la misma conclusión, señala, llega el TJCA en el concepto 255-IP-2013, No. 88, remitida para este proceso.

- La interpretación prejudicial del TJCA es obligatoria acatarla por parte del juez nacional, según el artículo 127 de la Decisión 500 (Estatuto TJCA). Según esta norma *“El Juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”*

- Hace énfasis en los efectos jurídicos de no aplicar la IP del TJCA. Al señalar la valoración de la interpretación prejudicial, reconoce 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”*, como lo advirtió el TJCA en providencia del 26 de agosto de 2011, y lo reiteró en el proceso 181-IP-2013.

- Considera que la declaratoria inicial de su propia competencia, se efectuó, sin perjuicio de un pronunciamiento posterior de acuerdo con las pruebas y la interpretación prejudicial que se produjera.

⁶² El Tribunal cita, la Decisión 03- AI-2010 del TJCA

Por lo tanto, “...este Tribunal consideró en su momento, y lo sigue haciendo, que solo 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 del 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”.

- El Tribunal no goza de jurisdicción ni de competencia para pronunciarse respecto de las resoluciones de la CRT, bien sea que contengan decisiones inhibitorias o de fondo y, por tanto, el Tribunal no entra a estudiar o a pronunciarse sobre este aspecto.

Para el Tribunal, “...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 esta facultad no es derogable en favor de otra autoridad... 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.”

- Por las anteriores razones, el Tribunal afirma que carece de competencia principal para resolver la controversia planteada así como de competencia residual, porque esta última está consagrada en las normas, dado que la Resolución 432 se refiere a una única exclusiva y excluyente competencia de la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones, entiéndase CRC.

- Aunque 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 deben llenarse, según las normas del Código General del Proceso, en los casos en los que hay expresa remisión a otro cuerpo legislativo, según acto unificador de jurisprudencia del Consejo de Estado del 14 de julio de 2014.⁶³

B.- Laudo arbitral del 14 de octubre de 2014. Partes: ETB S.A. E.S.P. y COLTEL S.A. E.S.P.⁶⁴

En su parte resolutive, el laudo declara probada parcialmente la excepción de falta de competencia del Tribunal, únicamente respecto de las pretensiones tercera, principal y cuarta principal de la demanda, mas no respecto de las demás frente a las cuales se declara no probada. Así mismo, declara probada parcialmente la excepción de cumplimiento de contrato, y el incumplimiento de la convocada a sus obligaciones legales y contractuales en cuanto a la pretensión primera principal que prospera parcialmente. Finalmente señala que el Tribunal carece de competencia sobre las pretensiones primera principal, segunda y tercera subsidiarias, y no se accede a las pretensiones primera y cuarta subsidiarias.

Sobre la excepción de falta de competencia, el Tribunal se refiere al régimen comunitario andino y el alcance de las atribuciones de TJCA. Para ello delimita su objeto fundamental de precisar el sentido de las normas comunitarias, sin que le corresponda interpretar el contenido y alcance del derecho nacional, ni calificar los hechos materia del proceso.

La providencia presenta su análisis sobre las normas que consagran las funciones del TJCA, las funciones de la CRC y el alcance de la

⁶³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 25 de junio de 2014. Exp. 49.299. C.P. Enrique Gil Botero

⁶⁴ Laudo arbitral proferido el 14 de octubre de 2014 entre ETB S.A. E.S.P. y COLTEL S.A. E.S.P. Las pretensiones iban dirigidas a que se declarara el incumplimiento del contrato de la convocada en razón del contrato de interconexión suscrito entre las partes, y de las obligaciones contractuales y legales, relacionada con el sistema de remuneración Sender Keeps All impuesto por la CRT y el pago de los perjuicios correspondientes.

facultad de dirimir conflictos de interconexión entre operadores y con la jurisdicción y competencia de los jueces arbitrales.

El Tribunal hace referencia a la interpretación prejudicial del TJCA, y alude a la Sentencia 181-IP-2013. En forma adicional, se efectúan las consideraciones sobre una falta de armonía, que se presenta con otras decisiones⁶⁵.

La interpretación del TJCA (181-IP-2013), que será reiterada en conceptos posteriores por el mismo Tribunal, señala que, en cuestiones de ejecución de interconexión, “... *todo lo relacionado con conflictos que surjan en la “ejecución de la interconexión” es de 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*”⁶⁶.

Por lo anterior, el Tribunal Andino concluye:

“39. Ahora bien, lo anterior significa que en el caso concreto la “CRC” tiene competencia exclusiva y excluyente para solucionar los conflictos generados en la interconexión. En conclusión la normativa comunitaria confiere a la autoridad competente una línea coherente de regulación en el sector de las telecomunicaciones, lo que implica armonía en todos los aspectos, inclusive en la solución de conflictos”.
(Subrayado fuera de texto).

En su parte resolutive, el TJCA concluye que el tema ya había sido resuelto por la CRT y el Tribunal de Arbitramento consultante no tiene competencia para resolver el asunto particular.

En el laudo se advierte que el TJCA no se limitó a interpretar las normas andinas, pues además de su interpretación indicó que el

⁶⁵ El Tribunal de Arbitramento alude a la proferida el 15 de noviembre de 2011, sobre la petición de enmienda y aclaración de la Sentencia del 26 de agosto de 2011, dictada en el proceso 03-AI-2010. En esta interpretación se hace alusión al Tribunal de Arbitramento y a su obligación de solicitar las interpretaciones prejudiciales, todo lo cual indicaría que podrían ser competentes desde el punto de vista de la normatividad andina, según lo señala el laudo.

⁶⁶ Pronunciamiento 181-IP-2013. Numeral 38. TJCA.

Tribunal Arbitral no era competente, lo que supone un análisis de los hechos materia del proceso, asunto que está reservado al juez nacional.

El Tribunal adopta como fundamento de su decisión la interpretación del TJCA. De este modo, a la luz del derecho comunitario, la competencia para resolver conflictos surgidos por la interconexión es de la Autoridad Nacional competente, según el marco de competencias determinado por el ordenamiento nacional.

Con fundamento en la falta de armonía con las decisiones anteriores del TJCA, el Tribunal Arbitral, considera que la forma de conciliar estos diferentes pronunciamientos, es entender “... *que los Tribunales de Arbitramento no pueden resolver sobre la controversia que versa sobre la regulación de interconexión expedida por las autoridades competentes, pero sí pueden hacerlo sobre otros aspectos contractuales o extracontractuales entre los diferentes operadores*”.

A partir de este criterio diferenciador, el Tribunal se pronuncia y decide las diferentes pretensiones presentadas en la demanda y en la demanda de reconvención, en los términos señalados, en algunos casos, declarando probada la excepción de falta de competencia, y en otros, mediante un pronunciamiento de fondo.

C.- Laudo arbitral del 21 de octubre de 2014. Partes: COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P.^{67 68}

La parte resolutive de esta providencia niega las excepciones formuladas por la convocada, y declara que esta parte convocada incumplió el contrato de interconexión en cuando al pago del precio

⁶⁷ Laudo arbitral entre COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P. del 21 de octubre de 2014 sobre la controversia surgida por el pago de cargos de acceso desde enero de 2002 hasta la fecha en que se profiera el laudo.

⁶⁸ El laudo contiene salvamento de voto del árbitro Mauricio Velandia. Para el salvamento, la existencia de la interpretación prejudicial, respecto de la competencia de la CRC para resolver el pleito, debe ser obedecida por el juez y remitir el expediente a esta autoridad para que evalúe lo de su competencia.

convenido, según el monto de las tarifas fijadas por las resoluciones de la CRT 463 de 2001, 489 de 2002 y 087 de 1997. Así mismo, condena al pago de los perjuicios causados a favor de la convocante.

Para el Tribunal, las pretensiones estaban limitadas al tiempo del primer proceso arbitral, esto es, la diferencia por los cargos de acceso del período enero de 2002 a julio de 2005.

Sobre la competencia del Tribunal, se considera que el asunto es de índole contractual, y que no existen actos administrativos de fondo que hayan resuelto la *litis* de este proceso.

En este proceso se surtió la interpretación prejudicial del TJCA, correspondiente al proceso 14-IP-2014, mediante el cual el Tribunal remite a la interpretación 181-IP-2013, en especial sobre los artículos 32 de la Decisión 462 de 1999 y de la Resolución 432 de 2000 de las normas andinas. Para el TJCA, existe expresa disposición de la norma andina que remite la competencia para resolución de conflictos de interconexión, a la autoridad nacional competente y bajo los lineamientos de la ley interna.

Considera de aplicación prevalente el artículo 32 de la Resolución 432 de 2000, respecto del artículo 17, literal f, de la misma Resolución, relativa resolución de conflictos. Para el Tribunal existe una antinomia en el mismo cuerpo normativo, por lo cual aplica el principio de normatividad, que en su concepto, hace priorizar la norma inicial y por ende la competencia de la CRC en el caso particular consultado⁶⁹.

En forma expresa se señala:

⁶⁹ Las competencias y definición de la autoridad nacional competente, corresponde al ordenamiento jurídico de cada país, sobre el cual no tiene alcance o competencia el organismo jurisdiccional andino en cuando se refiere al concepto de interpretación, salvo para hacer referencias al mismo.

“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, mas 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” (Subrayado fuera de texto)⁷⁰.

Para el Tribunal de Arbitramento, las normas andinas se refieren a la interconexión, lo cual es diferente, a su juicio, del asunto que es de su conocimiento, referido a una cláusula contractual sobre el uso de la red en el servicio de LDI. Considera que es totalmente ajeno a la interconexión en sí misma y se refiere al monto del precio que debe reconocerse entre las partes del contrato, COMCEL y ETB.

Estima además que estas normas no aplican para casos de conflictos de operadores de telecomunicaciones de un país miembro, pues en este evento el régimen aplicable es el interno de cada país.

Finalmente, por considerar que se trata de un reclamo contractual en relación con el precio a que tienen derecho las partes del contrato de interconexión, existe competencia para resolver de fondo las pretensiones y excepciones planteadas.

D.- Laudo arbitral del 2 de diciembre de 2014. Partes: ETB S.A. E.S.P. y TELMEX S.A. E.S.P.⁷¹

En su parte resolutive, el laudo declara que el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre las pretensiones tercera y cuarta principal de la demanda. Así mismo, declara el incumplimiento de la convocada de la pretensión primera principal,

⁷⁰ Proceso 14-IP-2014. Numeral 58.

⁷¹ Laudo arbitral proferido el 2 de diciembre de 2014 entre ETB S.A. E.S.P. y TELMEX S.A. E.S.P. Las pretensiones iban dirigidas a que se declarara el incumplimiento del contrato de la convocada en razón del contrato de interconexión suscrito entre las partes, relacionada con el sistema de remuneración Sender Keeps All impuesto por la CRT y el pago de los perjuicios correspondientes.

que prospera parcialmente y condena en perjuicios a favor de la convocante.

El Tribunal hace referencia a la interpretación prejudicial del TJCA, y alude a la Sentencia 261-IP-2013 del TJCA, que tiene un contenido similar al mencionado en el análisis del laudo anterior. Ambas interpretaciones se sustentan y reiteran la interpretación prejudicial 181-IP-2013. En forma adicional, se efectúan las consideraciones sobre una falta de armonía, que se presenta con otras decisiones⁷².

En este laudo se afirma que los tribunales de arbitramento no pueden resolver conflictos de telecomunicaciones relativos a la interconexión, armonizando los pronunciamientos del TJCA, sea que la relación de interconexión se plasme o no en un contrato. Cuando se contenga en un contrato, el Tribunal es competente para decidir sobre otros aspectos contractuales o extracontractuales distintos a los contenidos en la Resolución 432⁷³, así como cualquier otro tema que se desprenda del contrato a ser ejecutado o que se desprenda de su propia puesta en marcha⁷⁴.

Por ello el Tribunal adopta la interpretación del TJCA, y la competencia para resolver los conflictos surgidos en la ejecución de la interconexión en cabeza de la Autoridad Nacional Competente, teniendo en cuenta el marco de competencia determinado por el ordenamiento nacional.

Como se observa, el Tribunal distingue las controversias sobre interconexión, que corresponden a la función regulatoria de la CRC, y sustrae de la misma a conflictos ajenos a la regulación. Como

⁷² El Tribunal de Arbitramento alude a la proferida el 15 de noviembre de 2011, sobre la petición de enmienda y aclaración de la Sentencia del 26 de agosto de 2011, dictada en el proceso 03-AI-2010. En esta interpretación se hace alusión al Tribunal de Arbitramento y a su obligación de solicitar las interpretaciones prejudiciales, todo lo cual indicaría que podrían ser competentes desde el punto de vista de la normatividad andina, según lo señala el laudo.

⁷³ Artículos 16, 17 y 19 de la Resolución 432 de 2000 de la Secretaría General de la CAN.

⁷⁴ Se citan como ejemplos la eficacia, ineficacia, validez, invalidez, oponibilidad o inoponibilidad del contrato, resolución por incumplimiento y consecuencial de reparación de daños, el cobro coactivo de prestaciones pecuniarias. Son asuntos que el Tribunal considera que no atañen estrictamente a la interconexión sino al contrato y a su disciplina normativa.

corolario, no se excluye la competencia de los jueces sobre asuntos diferentes, sean contractuales o extracontractuales.

Finalmente, el laudo señala, conforme a la jurisprudencia nacional, que la CRC no comporta el ejercicio de la función pública jurisdiccional, y de decidir controversias distintas de las surgidas durante la ejecución de la interconexión⁷⁵.

Con fundamento en estos criterios, al diferenciar las controversias relativas a la ejecución de la interconexión, de competencia de la CRC, y asuntos puramente contractuales, sustraídos de su órbita y asignados a sus jueces, procede a decidir las pretensiones y excepciones, en los términos señalados, esto es, declararse no competente para algunas pretensiones y en otras, pronunciarse de fondo sobre las mismas.

E.- Laudo arbitral del 3 de diciembre de 2014. Partes: ETB S.A. E.S.P. y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.⁷⁶

En su parte resolutive, el laudo declara que el Tribunal carece de competencia, en consonancia con lo señalado por el Tribunal Andino en la interpretación prejudicial, para ocuparse de los aspectos regulatorios contenidos en las pretensiones de la ETB en su demanda, y de UNE en su demanda de reconvención.

Es importante advertir que estas pretensiones donde el Tribunal señala que carece de competencia están referidas a declaratorias de incumplimiento de obligaciones provenientes de la regulación.

⁷⁵ C.P. Artículo 121 *“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*.

⁷⁶ Laudo arbitral proferido el 3 de diciembre de 2014 entre ETB S.A. E.S.P. y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. Las pretensiones iban dirigidas a que se declarara el incumplimiento del contrato por parte de la convocada, en razón del contrato de interconexión suscrito entre las partes, relacionada con el sistema de remuneración Sender Keeps All impuesto por la CRT y el pago de los perjuicios correspondientes. Se pretende que la convocada pague el valor de los cargos de acceso por la interconexión local-local, en la ciudad de Bogotá por el tráfico asimétrico cursado por la red de ETB desde agosto de 2001 hasta la fecha de presentación de la demanda.

En forma adicional el Tribunal se pronuncia denegando otras pretensiones de la demanda, y denegando o declarando próspera, las otras pretensiones de la demanda de reconvención.

Sobre las demás excepciones no se pronuncia, por una parte, según lo resuelto en las pretensiones, y por otra, por la restricción de la competencia del Tribunal arbitral a raíz de la interpretación prejudicial.

El Tribunal se refiere al alcance de la interpretación prejudicial y a las funciones de la CRC para dirimir conflictos de interconexión entre operadores, como función administrativa.

A partir de este análisis, el Tribunal considera que las facultades de la CRC están vinculadas necesariamente a las que se susciten en relación con la regulación que la misma expida. La razón de ser de esta medida del legislador, corresponde a la necesidad de asegurar que la regulación adoptada por la Comisión cumpla los propósitos para los cuales se expide. Si no fuera así, podría existir el peligro de que su alcance y sentido fuera alterado frente a lo que pretende el regulador.

Desde esta perspectiva, a juicio del Tribunal, la competencia del regulador para pronunciarse sobre estas controversias entre empresas sujetas a regulación, no cobija aquellas controversias que no versan sobre la regulación, sino sobre otros aspectos, bien sean contractuales y extracontractuales. De interpretarse lo contrario sería desconocer la naturaleza y el objeto de la regulación y de su actuación.

El TJCA expidió la interpretación prejudicial, Proceso 161-IP-2013, para absolver la consulta del Tribunal de Arbitramento, y en forma adicional, se refiere a quien es la autoridad competente para resolver conflictos de interconexión, según la Decisión 462 y la

Resolución 432, citando y reiterando lo expuesto en el Proceso 81-IP-2013.⁷⁷

Por ello, para el TJCA:

“De lo manifestado queda claro, que para el caso concreto la autoridad nacional competente para dirimir el conflicto presentado entre la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB y la UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. es la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones”.

El Tribunal de Arbitramento reitera planteamientos expuestos en los laudos arbitrales del 2 de diciembre de 2014 y del 14 de octubre de 2014, entre otros temas, respecto de la IP del 15 de noviembre de 2011, sobre la petición de enmienda y aclaración de la Sentencia del 26 de agosto de 2011, en el Proceso 03-AI-2010.

De conformidad con el criterio del Tribunal arbitral, de no poder resolver controversias que versen sobre cuestiones de ejecución de la interconexión, según el concepto del TJCA, por estar regidas por la regulación de interconexión de la CRC, pero sí poder resolver aspectos contractuales o extracontractuales entre los diferentes operadores, en el laudo se procede a decidir las pretensiones y excepciones planteadas en el proceso arbitral, en los términos señalados.

F.- Laudo arbitral del 2 de marzo de 2015. Partes: COMCEL S.A. y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.⁷⁸

⁷⁷ Como se ha citado, este pronunciamiento 181 señala que la CRC tiene competencia exclusiva y excluyente para solucionar los conflictos generados en la interconexión.

⁷⁸ Laudo arbitral proferido el 2 de marzo de 2015 entre COMCEL S.A. y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. Las pretensiones iban dirigidas a que se declare que la parte convocada ha sido negligente en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, según el contrato suscrito entre las partes en abril de 2005, al no asumir una conducta adecuada a su responsabilidad en la adjudicación de líneas de TPBCL y TPBCLE, a través de las cuales los usuarios utilizaron la red móvil de COMCEL en el recaudo de cartera, en el envío de información de clientes morosos, y en general en su conducta contraria a la buena fe, y el pago de los perjuicios correspondientes.

En su parte resolutive, el Tribunal declara que no es competente para resolver las controversias surgidas entre las partes, en razón del contrato de interconexión, de conformidad con la Interpretación Prejudicial 079-IP-2014, proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

El Tribunal se refiere a su competencia, en su declaratoria inicial de asumirla, y a los antecedentes de la controversia surgidas de un laudo arbitral anterior, decretado nulo por el Consejo de Estado el 21 de noviembre de 2012, al no haberse realizado la consulta prejudicial al TJCA.

Sobre su declaratoria inicial de competencia, el laudo señala que el pronunciamiento sobre esta excepción presentada por la parte convocada, sería nuevamente revisada una vez practicadas las pruebas y obtenida la Interpretación Prejudicial del TJCA.

Con este fundamento, y conocida la Interpretación Prejudicial 79-IP-2014, el Tribunal analiza su incompetencia sobreviniente para decidir de fondo, según los aspectos indisolublemente relacionados con aquella, en orden a ceñirse a lo dispuesto por el TJCA.

Para ello, efectuó un análisis de las normas andinas de carácter prevalente y de aplicación inmediata en los países miembros de la CAN; la conformación de un sistema de justicia propio de la CAN y la Interpretación Prejudicial como herramienta del sistema andino de justicia. Partiendo de la naturaleza de la IP como requisito para fallar, nacen las obligaciones de pedirla (Art. 23 de la Decisión 500) y la obligación de acatarla (Art. 127 id.), según las citas textuales de estas normas.

El Tribunal hace mención de la Decisión 462 de 1999 y la Resolución 432 de 2000, en especial, sus artículos 32, y se remite al contenido de la Interpretación Prejudicial y a su alcance.

La Interpretación 79-IP-2014, como las anteriores, se remite y reitera lo expuesto en el Proceso 181-IP-2013, en especial la competencia a la autoridad de telecomunicaciones del país para solucionar la controversia, y que ninguna otra autoridad nacional tiene la facultad de dirimir este tipo de controversias, en la interpretación de la Decisión 462.

Sobre la Resolución 432 se reitera, el tema de la antinomia y la aplicación prevalente del artículo 32 de esta Resolución, la preeminencia de la norma comunitaria andina y lo relativo al contrato de interconexión.

Sobre la autoridad competente para resolver conflictos de interconexión, y su análisis en relación con las cláusulas compromisorias pactadas en los contratos de interconexión, nuevamente se reitera la Interpretación 181, esto es, que la CRC tiene competencia exclusiva y excluyente para solucionar los conflictos generados en la interconexión. El TJCA advierte que se puede también recurrir a los mecanismos nacionales de impugnación de actos administrativos.

Se desprende de lo dicho, según el organismo andino, que las partes pueden pactar formas de solución de controversias en relación con conflictos que surjan antes de la ejecución del contrato. Pero una vez en ejecución el contrato, reitera la competencia exclusiva y excluyente de la autoridad de telecomunicaciones competente. “El efecto de no respetar lo mencionado es la nulidad por vicio de competencia”. (Subrayado fuera de texto).

Finalmente, el TJCA considera que no es pertinente, como se pretende en la consulta, efectuar una lista de las materias exclusivas para la regulación de la autoridad nacional competente, diferenciándola de otra que de cuenta de las materias que los proveedores puedan pactar libremente.

Para el Tribunal de Arbitramento, respecto del contenido de la IP, en especial sobre la fase específica de “*ejecución contractual*”, forzoso resulta determinar si es aplicable a la *litis* analizada, para concluir, luego de un análisis de las diferentes fases de la relación contractual, que la controversia está referida ciertamente a la etapa de ejecución, es decir en la que los derechos de crédito de una parte, y correlativamente los deberes de prestación de la otra, convergen o deberán converger a lo largo de la vigencia del respectivo contrato.

Además la convocante alude, en forma reiterada, a la fase de ejecución o cumplimiento del contrato, lo que es demostrativo de la existencia de la ejecución negocial respecto de la controversia.

Con este fundamento, el Tribunal analiza las diferentes pretensiones, para concluir que se trata de la supuesta transgresión de obligaciones contractuales, indefectiblemente relacionados con la fase ejecutiva del contrato.

Ante las manifestaciones de la parte convocante sobre el principio de división de poderes, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre las funciones administrativas de la CRC y el límite a sus competencias para no pronunciarse sobre obligaciones dinerarias, que, en su sentir, resultan contrarias a la IP, el Tribunal de Arbitramento afirma que

“... no le es dable matizar o reinterpretar las consideraciones y conclusiones de la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, máxime cuando en la solicitud de dicha interpretación se incluyeron todos los aspectos relevantes de la presente controversia...”.

El Tribunal de Arbitramento concluye afirmando la obligatoriedad de acatar la IP-079-2014, de acuerdo con el artículo 127 de la Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y como conductor del proceso y consultante de la interpretación, considera que debe adoptar en el laudo dicha interpretación.

Tampoco puede el Tribunal entrar a alterar el alcance de las conclusiones, ni menos de la Decisión de la IP del TJCA, “...no solo porque se expone a invadir la competencia de este sino también porque siendo claras dichas conclusiones en relación con la competencia que, en la ejecución de la interconexión, tiene la autoridad de telecomunicaciones, la eventual alteración de su alcance comportaría apartarse de las mismas. Conforme lo anota el mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el efecto de no respetar la competencia de dicho organismo respecto de las controversias de interconexión durante la ejecución del contrato, se memora de nuevo, acarrearía la nulidad por vicio de competencia.”.(Subrayado fuera de texto).

Sobre el derecho de acceso a la justicia, advierte el Tribunal que el TJCA fue suficientemente explicativo en relación con las alternativas con que cuenta la convocante respecto de la solución de controversias, según los considerandos 73 y 74 de la Interpretación Prejudicial⁷⁹.

Por lo tanto, no obstante que el Tribunal declara su falta de competencia para resolver la controversia, es evidente que la convocante cuenta con medios idóneos y expeditos para formular sus reclamaciones y obtener la correspondiente respuesta. Se colige, entonces, que la decisión del Tribunal no está denegando el acceso a la justicia.

Además, el Tribunal acoge las consideraciones del laudo arbitral del 14 de octubre de 2014, que resolvió las controversias entre COMCEL y ETB.

⁷⁹ El considerando 73 se refiere, a la posibilidad que, decidido el asunto en vía administrativa, se puede acudir al mecanismo de solución de controversias andino, específicamente a la acción de incumplimiento si se considera que la autoridad competente vulneró el ordenamiento jurídico andino al resolver el conflicto (art. 23 a 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 49, 107 a 111 de su Estatuto).

El considerando 74 se refiere a los mecanismos nacionales de impugnación de actos administrativos, y en este evento se deberá utilizar, en la instancia pertinente, la figura de la Interpretación Prejudicial. Lo anterior según el art. 31 del Tratado citado, claramente delimitado en la IP expedida en el marco del Proceso 207-IP-213.

Finalmente, el Tribunal señala que su decisión es consecuencia única y exclusivamente de la perentoria declaración del Tribunal Andino, aunada a su indubitable carácter vinculante, así se deje explícito de que la inhibición es una vía excepcional y residual, por lo cual, hay situaciones que, sin importar qué tan indeseadas sean acaban imponiéndose por fuerza de los hechos, y dando lugar infortunada pero inevitablemente al fallo inhibitorio.⁸⁰

Aludiendo a la Sentencia de la Corte, cita su texto en cuanto a lo escandaloso que sería, en su afán de decidir de fondo, que el juez inventase los presupuestos y sacase de la nada los elementos indispensables para proveer que se requieran.

G.- Laudo arbitral del 29 de mayo de 2015. Partes: COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P.⁸¹

En su parte resolutive, el Tribunal declara: improcedentes las excepciones: sobre competencia (numeral 5.2 y 5.3 de la contestación de la demanda) propuestas por la parte convocada; sobre caducidad interpuesta por la parte convocada, y declara procedentes las excepciones 5.10, 5.11 y 5.15⁸², en el sentido y con los alcances expuestos en la parte motiva. Por lo anterior, no se accede a las pretensiones primera y segunda de la demanda, y condena a la parte convocante a pagar las costas y agencias en derecho.

⁸⁰ El laudo cita la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de julio de 2002.

⁸¹ Laudo arbitral proferido el 29 de mayo de 2015 entre COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P. Las pretensiones iban dirigidas a que se declare que la parte convocada está obligada a pagar a la parte convocante, el valor por cargos de acceso previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001, 489 de 2002 desde el mes de enero de 2002 hasta la fecha del laudo, o de la presentación de la corrección de la demanda, y al pago de los perjuicios correspondientes. Este laudo cuenta con la Aclaración y Salvamento de Voto del árbitro Omar Rodríguez Turriago. El Salvamento considera que la red debía ser remunerada al cargo de acceso máximo consagrado en la tabla del artículo 4.2.2.19. de la Resolución 87 de 1997, y estima aplicable la Resolución 489 de 2002.

⁸² La excepción 5.10 corresponde a: cumplimiento del contrato y el derecho vigente al tiempo de su celebración; la excepción 5.11 corresponde a: la pretendida aplicación de la derogada Resolución 463 de 2001 a la interconexión es ilícita y contraria a lo dispuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; la excepción 5.15 corresponde a: el periodo de la condena que solicita COMCEL es inválido y su aplicación es en todo irregular.

En este proceso se surtió la Interpretación Prejudicial, denominada Proceso 146-IP-2014 del 20 de febrero de 2015.

El TJCA, hace referencia a las normas del ordenamiento jurídico comunitario a ser interpretadas, y de oficio interpreta, entre otros, el artículo 32 de la Decisión 462 y el artículo 32 de la Resolución 432.

En sus consideraciones, en forma consonante con los anteriores pronunciamientos, señala la preeminencia de la norma comunitaria andina, reiterando lo expresado en el Proceso 36-IP-2012; el contrato de interconexión, transcribiendo lo expresado en el Proceso 79-IP-2014 y 181-IP-2013; y la autoridad competente para resolver conflictos de interconexión.

Para definir la autoridad competente, reitera y transcribe las interpretaciones de los Procesos 181-IP-2013 y 79-IP-2014, citadas en la síntesis de los laudos anteriores, para concluir en la competencia exclusiva y excluyente de la CRC sobre conflictos surgidos durante la ejecución de la interconexión.

Finalmente, el TJCA efectúa unas consideraciones para tratar de mostrar la coherencia de sus providencias, y concluye en la competencia de la autoridad de telecomunicaciones en los términos citados, salvo que se trate de asuntos acaecidos antes de la ejecución del contrato.

Respecto de la excepción de la falta de jurisdicción y competencia del Tribunal Arbitral, el Tribunal analiza la normatividad andina, en especial respecto de los artículos 17 y 32 de la Resolución 432; el pronunciamiento del Tribunal de Justicia contenido en el Proceso 146-IP-2014; el complemento indispensable; la competencia de la CRC de acuerdo con la normativa colombiana⁸³, que, para el

⁸³ El Tribunal, interpreta las funciones de la CRC consagradas en el artículo 22 de la Ley 1341, y evidencia que las normas legales no le atribuyen funciones jurisdiccionales a la CRC, y por lo tanto los conflictos de carácter contractual y patrimonial entre operadores deben ser conocidos por la jurisdicción competente.

Tribunal, corresponde a aspectos netamente regulatorios, como una restricción legítima a la autonomía de la voluntad privada, pero no referida al tema de obligaciones contractuales⁸⁴; y el contenido de la cláusula compromisoria.

El laudo tiene en cuenta, para el caso específico, el contenido de la Resolución 981 de 2004 de la CRC, en la cual señaló que el reclamante carecía de legitimación para obrar, y por ende, estimó que no era competente para obligar coactivamente a un operador a cumplir una norma jurídica. Con ella quedó abierta la posibilidad de cuestionar el pronunciamiento en un proceso judicial, contencioso administrativo o arbitral.

El Tribunal considera que el caso materia de análisis versa sobre diferencias surgidas sobre el cargo de acceso, en virtud del contrato de interconexión, cuestión que involucra un contenido patrimonial, diferente del cumplimiento de un acto administrativo o de una obligación regulatoria.

Sobre la excepción por la existencia de actos administrativos, y la prohibición para pronunciarse sobre su legalidad, el laudo considera que los actos administrativos citados por la convocada no implicaron el tratamiento de fondo del asunto sino que, a contrario sensu, determinaron la imposibilidad de avocarse a su conocimiento, puesto que la facultad para acudir a la autoridad regulatoria correspondía a la convocada y no al convocante. Aclara que su pronunciamiento no implica un control de legalidad de los actos administrativos invocados.

Respecto de la falta de competencia por no agotarse la instancia de representantes legales, estima que no es posible considerar el pronunciamiento de esta instancia como un prerrequisito para la

⁸⁴ El Tribunal transcribe la parte pertinente de la Sentencia C-186 de 2011 de la Corte Constitucional

convocatoria al arbitramento, aun cuando haya sido pactada entre las partes, y cita la sentencia de tutela de la Corte Constitucional⁸⁵.

El Tribunal se pronuncia sobre la excepción de caducidad, la cual afirma que no se configuró, conforme a la vigencia de la Ley 1563 de 2012.⁸⁶

Con fundamento en estas apreciaciones, el Tribunal decide las pretensiones y excepciones planteadas por las partes, en los términos señalados.

H.- Laudo arbitral del 1 de septiembre de 2015. Partes: COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P.^{87 88}

En su parte resolutive, el Tribunal declara: improcedentes las excepciones propuestas por la parte convocada, entre ellas, la falta de competencia; la obligación de la convocada de pagar los cargos de acceso, previstos en la Resolución 1763 de 2007, y los perjuicios correspondientes y, desestimar las pretensiones subsidiarias de la demanda arbitral.

⁸⁵ Corte Constitucional T-058/09, en la cual se considera que no es posible admitir la obligatoriedad de agotar estas etapas previas, en la medida en que podría traducirse en el despojo del derecho del libre acceso a la administración de justicia.

⁸⁶ Estatuto de Arbitraje. La Ley 1563 de 2012 entró en vigor el 12 de octubre de 2012, según cita del laudo arbitral.

⁸⁷ Laudo arbitral proferido el 1 de septiembre de 2015 entre COMCEL S.A. y ETB S.A. E.S.P. Las pretensiones iban dirigidas a que se declare que la parte convocada está obligada a pagar a la parte convocante, el valor por cargos de acceso previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001, 489 de 2002 y en la tabla 3 del Art. 8 de la Resolución 1763 de 2007, y al pago de los perjuicios correspondientes. Como pretensión subsidiaria que se declare el incumplimiento al contrato por la parte convocada y el pago de los perjuicios correspondientes.

⁸⁸ Este laudo tuvo el salvamento de voto de la doctora María Fernanda Guerrero en el cual se expresan las razones de disenso, y se considera que el Tribunal de Arbitramento no tiene competencia para resolver la controversia, con la alusión a la IP del TJCA, 322-IP-2014. Por su valor didáctico y académico, resulta ilustrativo el Salvamento de Voto, donde se constatan los distintos pronunciamientos arbitrales, del Consejo de Estado y la Corte Constitucional y las distintas interpretaciones prejudiciales del TJCA. El Salvamento presenta en sus reflexiones finales que la decisión del conflicto planteado al Tribunal de Arbitramento es de naturaleza interpretativa. Se destaca la comparación de las características y naturaleza del Tribunal de Arbitramento y de la CRC, con la certeza de que esta última es una entidad administrativa y no es jurisdiccional, aspecto que concuerda con la denominación de funciones cuasi judiciales utilizada en el derecho anglosajón. Así mismo, el papel del árbitro en la solicitud de interpretación prejudicial, como necesario y definitivo, y el valor de la interpretación en el diálogo entre jueces. Por lo anterior, concluye en la necesidad de interpretar el contrato de interconexión y la IP en relación con un sistema. Recuerda la jurisprudencia sobre el Sistema Jurídico de Integración Comunitaria, y la preeminencia del derecho comunitario andino.

El Tribunal aborda el análisis de la jurisdicción, competencia y excepciones de naturaleza procesal.

Para ello efectúa el análisis de la IP del TJCA, incluyendo las normas de la Comunidad Andina, la solicitud obligatoria de interpretación al Tribunal Andino, el alcance de la prelación de normas contenidas en los tratados y limitaciones del TJCA, y la consulta y respuesta del Tribunal Andino de Justicia.

Con estas premisas determina la competencia del Tribunal de Arbitramento, diferenciándola del carácter regulatorio y competencia privativa de la CRC. Para ello señala que el asunto sometido a su consideración, esto es las diferencias con relación al pago de cargos de acceso, es un asunto netamente contractual.

El TJCA, mediante el Proceso 322-IP-2014, del 20 de mayo de 2015, analiza la preeminencia de la norma comunitaria andina, el contrato de interconexión y la autoridad nacional competente para resolver conflictos de interconexión.

En cuando a la autoridad nacional competente para resolver conflictos de interconexión, y las cláusulas compromisorias pactadas en los contratos de interconexión, nuevamente el TJCA se remite y reitera las consideraciones expuestas en el Pronunciamiento 181-IP-2013 y 79-IP-2014, ampliamente expuestas en la síntesis de los laudos anteriores.

Sobre la pregunta de cuándo tiene competencia la autoridad de telecomunicaciones para solucionar estas controversias, el Tribunal estima que siempre que la controversia se refiera a la ejecución de la interconexión, y que las formas de solución de controversias pactadas, deben entenderse en relación con conflictos surgidos antes de la interconexión.

En la parte del pronunciamiento, el TJCA señala nuevamente que la IP es de obligatorio cumplimiento por el juez consultante. “Su no acatamiento podría dar lugar (sic) nulidad procesal e incumplimiento de País Miembro en el escenario comunitario andino, de conformidad con los artículos 26 a 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 107 a 120 de su Estatuto”. (Subrayado fuera de texto).

También señala que es un requisito de procedibilidad intentar el arreglo directo antes de acudir a la entidad competente, lo cual debe demostrarse.

Como en anteriores oportunidades, el TJCA señala que para el caso colombiano es la CRC quien tiene la competencia exclusiva y excluyente para solucionar conflictos en la ejecución de la interconexión.

Para el Tribunal de Arbitramento la competencia de los árbitros no se contrapone a la competencia de la CRC de naturaleza administrativa y no judicial.

En el laudo se interpretan las normas contenidas en los artículos 17 y 32 de la Resolución 432, y al contrario de lo expuesto por el TJCA, considera que coexisten armónicamente. Si se refiere a materias regulatorias, debe acudir a la Autoridad de Telecomunicaciones. Si no se trata de materias regulatorias o la autoridad mencionada no resuelve el conflicto, pueden acudir a otra autoridad nacional competente para que decida el caso, o sea la autoridad judicial o arbitral⁸⁹.

Para el Tribunal de Arbitramento, en acatamiento al numeral 75 de la IP⁹⁰, determina que la controversia se presenta por asuntos

⁸⁹ Independiente de la interpretación estrictamente jurídica realizada por el Tribunal de Arbitramento sobre la norma andina, debe señalarse la competencia del TJCA sobre el alcance e interpretación de las normas andinas.

⁹⁰ En el considerando 75 se señala que el Tribunal Arbitral debe determinar si la controversia se presentó por asuntos acaecidos en la etapa de ejecución del contrato de interconexión, para así

acaecidos en la etapa anterior a la ejecución del contrato de interconexión, “...pues la controversia se deriva de un hecho que antecede la ejecución del contrato, que hace parte de la etapa precontractual y del perfeccionamiento del contrato, a las cuales pertenece la fijación de los términos y condiciones del mismo. Por anterior (sic) el Tribunal es competente para conocer el caso, respetando el ordenamiento jurídico comunitario andino”. (Subrayado fuera de texto).

Con estos fundamentos el Tribunal mantiene la decisión inicial sobre su competencia para emitir el laudo, con el soporte adicional que concede el numeral 75 de la Interpretación Prejudicial.

En forma consonante, el laudo, al resolver la excepción de falta de competencia presentada por la parte convocada, cita el Estatuto Arbitral, contenido en la Ley 1563 de 2012, y, según su artículo 79, estima que el Tribunal Arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia.

Se hace también referencia a una norma posterior a los hechos, la Ley 1341 de 2009, y las funciones de la CRC consagradas en su artículo 22, para afirmar que la función de resolver controversias, se ejerce en el marco de sus competencias y teniendo en cuenta su naturaleza de entidad administrativa, no puede entenderse que dicha Comisión tenga funciones judiciales⁹¹.

Sobre los requisitos de procedibilidad a que alude el TJCA, reitera la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el sentido de que solo pueden ser establecidos por el legislador⁹². Al respecto, se refiere al artículo 13 del Código General del Proceso que acogió la tesis del Consejo de Estado, el cual consagra que el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia, no son de obligatoria observancia.

determinar su competencia. El considerando 74 señala la competencia exclusiva y excluyente de la CRC para solucionar conflictos en la ejecución de la interconexión.

⁹¹ Se cita, Corte Constitucional. Sentencia C-1120 de 2005, y Sentencia C-186 de 2011.

⁹² Consejo de Estado. Sentencias del 4 de diciembre de 2006, 29 de agosto de 2007 y 1 de abril de 2009.

A partir de estas consideraciones, el Tribunal de Arbitramento resuelve las pretensiones y excepciones planteadas en el Proceso.

2.- La decisión del Consejo de Estado. Sección Tercera del 23 de septiembre de 2015, por medio de la cual se resolvió en forma desfavorable el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral del 10 de octubre de 2014.⁹³

2.1.- El pronunciamiento judicial, sobre el laudo arbitral del 10 de octubre de 2014, posterior a la expedición de los laudos arbitrales analizados.

Para la fecha en que se proyecta este laudo arbitral, el Tribunal solo conoce de la decisión citada, como único pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado respecto de los recursos extraordinarios de anulación presentados por las partes de este proceso contra los laudos arbitrales, a los cuales se ha hecho mención, y que implican el análisis del problema jurídico relacionado con la jurisdicción y competencia de la justicia arbitral, respecto de la interpretación de las normas andinas que regulan la interconexión de redes de telecomunicaciones, realizadas por el TJCA.

Para el Tribunal resulta de especial importancia esta decisión, en cuanto a la parte resolutive y a las consideraciones expuestas por la alta Corporación que atañen al tema materia de análisis.

Es necesario recabar que se trata de una decisión judicial en firme, que mantiene la vigencia del laudo arbitral del 10 de octubre de 2014, por medio del cual ese Tribunal de Arbitramento adoptó la interpretación prejudicial proferida por el TJCA y declaró, en consecuencia, que no era competente para resolver la controversia

⁹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencia del 23 de septiembre de 2015 Exp.53.054 C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, por medio de la cual se resolvió en forma desfavorable el recurso extraordinario de anulación presentado por COMCEL S.A., contra el laudo arbitral del 10 de octubre de 2014.

surgida en ese proceso, y que contiene problemas jurídicos y hechos similares al de esta contienda.

Como es sabido, el recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales solo procede por “*errores in procedendum*”, conforme a las causales previstas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en los procesos a los cuales es aplicable la vigencia del Estatuto Arbitral. En estas causales se encuentra consagrada la causal No. 2 sobre falta de jurisdicción y competencia y la causal No. 9, por haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

Además, la decisión judicial es posterior a los laudos arbitrales expedidos con antelación al 23 de septiembre de 2015, fecha de la providencia, por lo cual debe tenerse en cuenta en las decisiones que tomará este Tribunal para resolver sobre su jurisdicción y competencia, en forma adicional, a la interpretación prejudicial específica rendida para este proceso, para absolver las consultas igualmente específicas planteadas al TJCA.

2.2.- Análisis de la decisión judicial del Consejo de Estado.

Se trata de una decisión judicial que declara infundado el recurso de anulación interpuesto por COMCEL S.A. contra el laudo arbitral del 10 de octubre de 2014, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias originadas con ocasión del contrato de interconexión del 13 de noviembre de 2008, celebrado entre las mismas partes de este proceso.

El laudo arbitral impugnado, tomó la decisión de “*Adoptar la Interpretación (sic) Prejudicial (sic) 225-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...*” (Texto literal incorporado en la providencia analizada).

A.- Causal de anulación alegada en el recurso extraordinario y su fundamento.

El recurso de anulación se sustentó en la causal novena del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que consagra lo siguiente: “9. *Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento...*”⁹⁴

Para el efecto sostuvo que el Tribunal de Arbitramento no decidió las cuestiones sometidas a su consideración por dos razones: la primera, bajo la adopción de la interpretación prejudicial 255-IP-2013 del Tribunal de Justicia, y declaró que no era competente para resolver la controversia; la segunda, por estimar que se abstuvo de resolver las pretensiones de la demanda arbitral.

En primer lugar, sobre la interpretación prejudicial, referida a la competencia de la CRC, a juicio del impugnante, el Tribunal de Arbitramento la distorsionó, pues quiere hacer ver que la CRC tiene competencia exclusiva y excluyente para dirimir conflictos de interconexión, lo cual no es así, porque la jurisprudencia que citó el TJCA para hacer tal afirmación se refiere a un tema distinto⁹⁵.

Para el recurrente, y según lo dicho por el TJCA, el Tribunal como ente consultante es quien debe a su vez valorar los argumentos contenidos en la ponencia de la autoridad andina soportando su decisión en lo dispuesto de las normas allí interpretadas.

En segundo lugar, considera que en la controversia no se aplicaban las normas de la comunidad andina, pues se refiere a hechos de incumplimiento contractual, en un contrato celebrado en Colombia entre empresas colombianas, por servicios prestados en Colombia,

⁹⁴ La causal del numeral 9 de la norma mencionada, tiene fundamento en el principio de congruencia consagrado en los artículos 280 y 281 del C.G del P.

⁹⁵ A la aplicación del sistema Keeps All, que, en su sentir, nada tiene ver con la controversia planteada.

regido por normas jurídicas colombiana y por hechos ocurridos en el territorio colombiano.

Por tanto, el TJCA, según su argumento, actuaría “*ultra vires*”, si interpreta una norma nacional, diciendo que otorga competencias y define facultades jurisdiccionales en cabeza de la CRC, el cual es un organismo administrativo.

Por ello, solicita al Consejo de Estado corregir y complementar el laudo para resolver las cuestiones sujetas al arbitramento que el Tribunal de Arbitramento no resolvió.

B.- Consideraciones expuestas por el Consejo de Estado para resolver el recurso extraordinario de anulación.

En primer lugar, el Consejo de Estado se aparta de la refutación expuesta por la parte convocada en el proceso arbitral, ETB y por la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado, las cuales se pronuncian en contra del recurso de anulación.

Estas entidades estiman que la argumentación expuesta por el demandante sobre el contenido del laudo del Tribunal, se refiere a presuntos, “*errores in iudicando*”, y por lo tanto, son improcedentes para sustentar el recurso de anulación.

La decisión judicial se aparta de lo expuesto por estas dos entidades, puesto que el sustento del recurso de anulación no radica en los razonamientos de orden jurídico del Tribunal, sencillamente porque no existieron en el laudo, pues el Tribunal se abstuvo de resolver de mérito el asunto por falta de competencia funcional o por falta de jurisdicción.

Para esta providencia, el recurso si está dirigido a cuestionar un vicio en el procedimiento. Desde el punto de vista técnico, la única forma de cuestionar el vicio del laudo, al declarar la falta de competencia, es a través de la censura de las razones aducidas

para inhibirse, bajo la causal 9 de la norma citada; por el contrario, cuando el vicio es la falta de competencia del Tribunal para decidir el asunto sometido a su consideración, la causal que se debe invocar es la prevista en el numeral 2 ibídem.

Dada la importancia de este fallo, proferido después de los distintos laudos arbitrales citados, es necesario recabar sobre sus puntos esenciales, especialmente porque se refiere a un proceso arbitral, en el cual el Tribunal de Arbitramento declaró que no es competente para resolver la controversia, teniendo en cuenta la interpretación prejudicial 225-IP-2013 proferida por el TJCA en ese proceso, la cual adopta en su parte resolutive.

i) La primacía o prioridad de la norma comunitaria andina, según la Sentencia C-256 de 1998 de la Corte Constitucional.

Para el Consejo de Estado, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha precisado que los principios del derecho internacional obligan a los Estados a respetar los tratados que los vinculan y especialmente, a hacerlos aplicar por sus órganos legislativos ejecutivos y jurisdiccionales. Así mismo, la Corte Constitucional ha señalado la prevalencia de los tratados internacionales, según el artículo 96 de la Carta, aunque considera que el derecho comunitario no tiene prevalencia sobre la misma, sino primacía o prioridad dentro de su función integradora⁹⁶.

Por ello, *“...no puede el órgano interno, so pretexto de una norma o decisión comunitaria andina, desconocer, desbordar o quebrar las garantías mínimas consagradas en la Constitución Política o en los tratados internacionales de respeto a los derechos humanos de*

⁹⁶ La providencia cita la Sentencia C- 256 de 1998 de la Corte Constitucional: *“Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional, su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc. No existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria”*

*todos los sujetos. Sin perjuicio de lo anterior, cabe afirmar que las normas de derecho comunitario andino reflejan la “cesión voluntaria” que los Estados Miembros han acordado, por lo que si bien dichas normas no tienen supremacía o prevalencia sobre la Constitución esto no implica que pueda invocarse esta “para sustraerse a las obligaciones derivadas del Tratado de adhesión.”*⁹⁷ (Subrayado fuera de texto).

Agrega la providencia:

*“...todo Estado, independientemente de sus preceptos constitucionales, como sujeto internacional está obligado a respetar sus compromisos internacionales, no pudiendo invocar frente a otros Estados parte en el tratado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que este le impone”*⁹⁸.

ii) La interpretación prejudicial del TJCA de la norma comunitaria es obligatoria y vinculante para el juez nacional en cuanto al contenido y alcance de estos preceptos.

Previo el recuento sobre las normas y organismos de la comunidad andina, incluida el TJCA, el Consejo de Estado señala que *“La interpretación prejudicial de las normas comunitarias es vinculante para el juez nacional, tanto en los casos en que es obligatoria como en aquellos que es facultativa”*⁹⁹ (Subrayado fuera de texto).

Con fundamento de lo anterior, la providencia concluye que, contrario a lo afirmado por el recurrente, *“La interpretación prejudicial que realizó el TJCA en el proceso arbitral que culminó con el laudo recurrido era procedente, obligatoria y vinculante (imperativa)”*.¹⁰⁰

⁹⁷ SOBRINO HEREDIA. José Manuel. “Las Nociones de Integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales” Impulso No. 31. Ps. 119-138; <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>. Citada en la providencia

⁹⁸ SOBRINO HEREDIA. José Manuel. “Las Nociones de Integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales”. Ob. Cit.

⁹⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial 255-IP-2013.

¹⁰⁰ Página 44 de la providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 23 de septiembre de 2015 que se analiza.

iii) Son aplicables las normas andinas, independiente del lugar de celebración y ejecución del contrato, del domicilio de las partes y de la aplicación de las normas colombianas.

Sobre el argumento de la no aplicación de las normas andinas, por tratarse de un contrato celebrado y ejecutado en Colombia, entre empresas colombianas y regidas por normas colombianas, al margen de que el conflicto no se presente entre empresas de distintos países, lo cierto es que *“las normas andinas que regulan el tema son aplicables”*¹⁰¹ y por ende, no le asiste razón al recurrente.

iv) El Tribunal de Arbitramento acató la interpretación del TJCA como era su obligación: Este tipo de controversias debe ser solucionado por la CRC.

No es cierto que el Tribunal de Arbitramento hubiera dado una lectura equivocada a la interpretación prejudicial, en el sentido de que en dicho documento no se dijera que la competencia para resolver la controversia era de la CRC, pues para la Sala no hay duda que el Tribunal simplemente acogió el planteamiento del TJCA, *“como era su obligación, en el sentido de que este tipo de controversias debe ser solucionado por la autoridad nacional de comunicaciones del país, que en el caso de Colombia es la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC-.”*^{102 103}. (Subrayado fuera de texto).

v) La interpretación del TJCA no desconoció la Constitución Política, al determinar la competencia de la autoridad regulatoria para resolver la controversia.

¹⁰¹ El Consejo de Estado se refiere a las normas andinas, Decisiones 439 y 462. Pág. 46

¹⁰² Pág. 47 de la providencia analizada

¹⁰³ Las funciones para resolver controversias por parte de la CRC, según la norma actual, es Ley 1341 de 2009, artículo 22 numeral 9. Esta norma fue declarada exequible por Corte Constitucional. Sentencia C-186 de 2011. M.P. Humberto Sierra.

Con fundamento en la Sentencia de la Corte C-186 de 2011, citada en extenso, para el Consejo, lo anterior sirve para desvirtuar el planteamiento del recurrente, en cuanto afirma que la interpretación del TJCA desconoció la Constitución Política, porque en opinión del mismo, le atribuyó funciones jurisdiccionales a la CRC, en presunta contradicción con el artículo 116.

vi) La competencia atribuida por el TJCA a la autoridad regulatoria no se limita a un sistema de retribución por el uso de la red. Está dada por la materia “conflictos de interconexión”.

No es de recibo el argumento del recurrente sobre la interpretación del TJCA limitada a la aplicación del sistema “*Sender Keeps All*”, pues la competencia del órgano regulador está dada por la materia “*conflictos de interconexión*” y no por las distintas modalidades de la misma o el tipo de acuerdo entre los operadores.

Por ello, a la luz de lo expuesto por el TJCA en el marco del proceso arbitral “*...cualquier conflicto de interconexión entre operadores de redes y servicios de comunicaciones es de competencia de la autoridad nacional de comunicaciones del país donde se presta el servicio que en el caso de Colombia es la CRC.*”

vii) El Tribunal de Arbitramento acogió la interpretación del TJCA, y no se puede desconocer su fuerza vinculante mediante un recurso extraordinario de anulación.

En conclusión, para el Consejo de Estado, el Tribunal de Arbitramento acogió en su integridad la interpretación prejudicial, del TJCA y “*...no puede pretender Comcel S.A. que, a través del recurso extraordinario de anulación se desconozca la fuerza vinculante que tiene dicho mecanismo de cooperación internacional, para que, en su lugar, se acojan sus planteamientos, que, por razonados que sean, son contrarios a lo dispuesto por este último Tribunal (el TJCA).*”

viii) El recurso extraordinario de regulación no es el escenario para cuestionar las decisiones de los organismos jurisdiccionales de orden internacional, como el TJCA.

“No es el recurso extraordinario de anulación el escenario para cuestionar las decisiones de los organismos jurisdiccionales de orden internacional y no puede pretender el recurrente que las autoridades nacionales, especialmente el Consejo de Estado, como máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de la República de Colombia, desconozcan tales decisiones”

3.- La interpretación prejudicial 385-IP-2015 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre la consulta formulada respecto de las normas andinas.

A.- Contenido de la consulta

Este Tribunal de Arbitramento solicitó al TJCA su interpretación prejudicial, sobre el contenido de estas normas andinas, para determinar si:

“Primera Consulta.

El artículo 32 de la Decisión 462 de 1999:

“Si un proveedor que solicita una interconexión considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, recurrirá ante las Autoridades Nacionales respectivas de la materia que se trate, las cuales resolverán de acuerdo con su normativa nacional.”

A. *¿Cuál es el alcance del contenido del artículo 32 de la Decisión 462, cuando se le asigna competencia a las autoridades nacionales para resolver las solicitudes de un proveedor que solicita la interconexión, supeditado a que exista violación de las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia?*

Segunda consulta:

El artículo 32 de la Resolución 432 de 2000

“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 pongan 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”

Bajo el contenido exclusivo de la norma andina, se pregunta si:

- Según el texto de la norma andina, la autoridad de telecomunicaciones del país, al resolver la controversia sobre la interconexión entre los particulares proveedores de los servicios, ejerce una función jurisdiccional y si su fallo corresponde a la naturaleza y características de una sentencia?

- ¿Ante el silencio de la norma andina consultada, le correspondería al ordenamiento jurídico de cada país delimitar la naturaleza jurídica de la función de la Autoridad de Telecomunicaciones competente?”

B.- Interpretación Prejudicial. Proceso 385-IP-2015

El TJCA dio respuesta mediante la interpretación citada, recibida en este Tribunal el 15 de diciembre de 2015, de la cual, se extraen los apartes conducentes para definir la jurisdicción y competencia de este Tribunal.

- Preeminencia de la norma comunitaria andina

El TJCA, señala la preeminencia de la Comunitaria andina, y cita como cuestión preliminar, entre los antecedentes, la Sentencia del 26 de agosto de 2011, emitida en el marco del proceso 03-AI-2010, y la Interpretación Prejudicial del 11 de julio de 2012, dictada en el proceso 57-IP-2012.

Para ese Tribunal, el ordenamiento jurídico andino goza de prevalencia respecto del ordenamiento jurídico de los Países Miembros y de las normas de derecho internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario.

Se trata de reglas conformadas bajo el principio de autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino.

Con este fundamento, recuerda que “La presente interpretación prejudicial es de obligatorio cumplimiento por el juez consultante...” según los artículos 35 del Tratado de Creación del TJCA y 127 y 128 de su Estatuto. (Subrayado fuera de texto).

Por ende, “Su no acatamiento podría dar lugar a la nulidad procesal e incumplimiento de País Miembro en el escenario comunitario andino”, (Numeral 63) (Subrayado fuera de texto), según los artículos 26 a 36 del Tratado de su Creación y 107 a 120 de su Estatuto.

- El complemento indispensable.

En virtud de este principio, la norma nacional podría regular temas que no se encuentren regulados por la norma comunitaria andina, con el objetivo de lograr una correcta aplicación de esta última¹⁰⁴.

Sin embargo, recuerda que la normativa prevalente en temas de interconexión es la normativa comunitaria andina, y que la normativa nacional puede regular ciertos asuntos no contemplados en la normativa comunitaria andina. Por tal motivo, cualquier acuerdo contractual sobre la materia tiene que permearse y soportarse en la normativa comunitaria so pena de incurrir en nulidad.

- Autoridad competente para resolver los conflictos en la ejecución de la interconexión.

“La autoridad de telecomunicaciones, que para el caso colombiano es la CRC, es quien tiene la competencia exclusiva y excluyente para solucionar conflictos en la ejecución de la interconexión...” (Numeral 84)

¹⁰⁴ El TJCA cita la Interpretación 115-IP-2009 del 25 de febrero de 2010

- La naturaleza de la función para resolver conflictos de interconexión, atribuida a la Autoridad Nacional, corresponde a los lineamientos de la ley interna.

Para el TJCA, conforme al artículo 32 de la Resolución 432, la normativa andina remite la competencia para la resolución de conflictos de interconexión a la Autoridad Nacional y bajo los lineamientos de la ley interna. Esto quiere decir que la naturaleza de su función la define la normativa nacional; por lo tanto, sobre la base del principio de complemento indispensable la asignación de funciones jurisdiccionales es un asunto que le compete al sistema jurídico interno, en este caso al derecho colombiano.

Corresponderá al ordenamiento nacional definir si esta autoridad regulatoria goza de funciones jurisdiccionales o su decisión correspondería a un acto administrativo.

4.- Análisis de la excepción de falta de jurisdicción y competencia planteada en este proceso.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal procede a revisar su jurisdicción y competencia para resolver la controversia, conforme a la nueva situación presentada, especialmente con la interpretación remitida por el TJCA.

En primer lugar, el Tribunal se referirá a los argumentos planteados en la contestación de la demanda, y a la oposición presentada por la parte convocante.

Consideraciones de las partes

Argumentos de la parte convocada

En la contestación de la demanda, se señalan los siguientes argumentos relacionados con este tema:

- Que el contrato de interconexión limitó la competencia de un eventual Tribunal, en la medida en que la cláusula compromisoria exceptúa de su competencia a los asuntos que sean competencia del ente regulador¹⁰⁵.
- Que el objeto del presente litigio ya fue conocido por la CRT.
- Que el Tribunal de Arbitramento debe aplicar obligatoriamente las normas andinas de interconexión, en especial la Resolución 432 de 2000, y a los pronunciamientos anteriores del Tribunal de Justicia, y sus normas de creación, según las cuales, a juicio de la convocada, disponen la imposibilidad de acudir a un Tribunal Arbitral.

Hace alusión al laudo arbitral del 10 de octubre de 2014, y al proceso 255-IP-2013 del TJCA, el cuál señaló, para ese proceso, que el Tribunal Arbitral no es competente para resolver la controversia entre las mismas partes convocante y convocada.

- La existencia de la caducidad, en la medida en que han transcurrido 2 años a partir del día siguiente de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirven de fundamento, según el artículo 164 dela C.P.A.C.A.

Posteriormente en los alegatos de conclusión, la convocada, en su capítulo de cuestiones previas, argumenta:

La prevalencia en la aplicación de las normas andinas al presente caso; la competencia de la autoridad administrativa para conocer del asunto, en este caso la CRC; según la Decisión 462 y la Resolución 432, en sus artículos 32; la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento, para lo cual se refiere a algunos laudos arbitrales anteriores, y a las interpretaciones emitidas por el TCJA en otros procesos, en especial, las IP-181 2013, 79-IP 2014; 322-IP 2014; IP-14-2014; 255-IP-2013, según cita de los alegatos.

¹⁰⁵ Cláusula 24 del Contrato de Interconexión

Argumentos de oposición de la parte convocante

En su demanda, alude a la Sentencia del 27 de marzo de 2008, de la Sección Tercera del Consejo de Estado que resolvió el recurso de anulación propuesto por ETB por el laudo del proceso arbitral COMCEL Vs ETB, en la cual efectúa la cita textual respecto de la competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer de la controversia, según el objeto del pacto arbitral.

En el alegato de conclusión realiza una amplia exposición de la competencia del Tribunal de Arbitramento, para lo cual alude principalmente a los siguientes temas:

- A lo resuelto por este Tribunal de Arbitramento al avocar competencia, según el acta No. 6 del 16 de febrero de 2015.
- A lo resuelto por la Sección Tercera del Consejo de Estado cuando conoció del recurso de anulación, del 21 de mayo de 2008.

En esta cita textual, se alude a que el conflicto que atañe a otro proceso, con hechos similares, está referido a una controversia de carácter contractual y patrimonial que corresponde al juez competente.

Además que los actos administrativos de la CRC fueron inhibitorios, y no hubo un pronunciamiento de mérito y definitivo.

- A lo resuelto por la Corte Constitucional al negar la tutela de ETB, en noviembre de 2013.

Presenta una cita textual de la decisión del 12 de noviembre de 2013, sobre el análisis de la Corte respecto del amparo constitucional solicitado.

- A lo resuelto en el laudo arbitral entre las mismas partes el 14 de octubre de 2014, y presenta apartes textuales del mismo, en los

cuales el Tribunal sustenta su competencia para proferir decisión de fondo.

- A lo resuelto por el laudo arbitral de ETB S.A. E.S.P. Vs TELMEX DE COLOMBIA S.A. E.S.P. el 2 de diciembre de 2014, y presenta apartes textuales del mismo, donde el Tribunal considera su competencia al calificar el conflicto como diferente al alcance y aplicación de la regulación, distinto de conflictos de naturaleza contractual o extracontractual, y al hecho de que la CRC no tiene en sus competencias el ejercicio de la función jurisdiccional.

- A lo resuelto por el laudo arbitral de COMCEL S.A. Vs ETB S.A. E.S.P. del 21 de octubre de 2014, y presenta apartes textuales del mismo, donde el Tribunal considera su competencia al calificar el conflicto como de naturaleza contractual, y la competencia exclusiva y excluyente de la CRC como función administrativa y en ningún caso judicial.

- A lo resuelto por el laudo arbitral de COMCEL S.A. Vs ETB S.A. E.S.P. del 10 de octubre de 2014, y presenta apartes textuales del mismo, donde el Tribunal afirma que carece de competencia para resolver el conflicto y se ve en la obligación de inhibirse para resolver de fondo¹⁰⁶.

- A lo resuelto por el laudo arbitral de COMCEL S.A. Vs ETB S.A. E.S.P. del 29 de mayo de 2015, y presenta apartes textuales del mismo, donde el Tribunal considera que la IP no puede referirse a interpretaciones de la norma nacional, y decide asumir competencia.

En forma adicional, afirma que la eventual interpretación prejudicial sobre la competencia de la CRC no es aplicable, por cuanto que el TJCA, no puede interpretar la ley nacional.

¹⁰⁶ El Laudo Arbitral del 10 de octubre de 2014 afirma la falta de competencia del Tribunal y la necesidad de acatar la IP del TJCA, contrario a lo que pretende la parte convocante.

Para ello, alude a las limitaciones de la interpretación prejudicial; al contenido de la interpretación prejudicial en la comunidad andina, en especial, en forma resaltada señala que al TJCA le está prohibido manifestar su opinión sobre las normas legales; al TJCA le está prohibido cambiar las competencias de los órganos nacionales fijadas por la Constitución y la ley.

Este fundamento le permite afirmar que en este proceso no hay que aplicar ninguna norma andina y no se discute tampoco si se aplica una norma andina. Para ello, señala que las normas andinas no pueden vulnerar los principios de la Constitución Política.¹⁰⁷

Finalmente, la convocante afirma que las normas de la Comunidad Andina, por regla general, no pertenecen al bloque de constitucionalidad, y hace alusión a esta noción tratada en la Sentencia C-225 de 1995. También se refiere a la Sentencia C-256 de 1998, donde se señala que no existe prevalencia del derecho comunitario andino sobre el orden interno.

Por otra parte cita la Sentencia C-988 de 2004, donde en nota textual subraya la afirmación sobre la necesidad de una cláusula expresa de la Carta para que una norma se entienda incorporada al bloque de constitucionalidad y ordene dicha incorporación. La convocante distingue entre la supranacionalidad que obliga a los jueces y a las autoridades administrativas a aplicar la legislación comunitaria con prevalencia sobre la legislación nacional, pero no le permite inaplicar la Constitución ni desplazar los derechos fundamentales a un rango inferior al derecho comunitario.

En sus apartes posteriores, señala las restricciones por la naturaleza de las cuestiones debatidas, entre ellas, afirma:

¹⁰⁷ La convocante cita y transcribe apartes de las Sentencias de la Corte Constitucional C-137 de 1996, donde se revisó la constitucionalidad del tratado y declaró su constitucionalidad, condicionada en varias de sus disposiciones, y, a juicio del alegato, precisó el concepto de supranacionalidad; la Sentencia C-331 de 1996 que declaró exequible la Asociación de Estados del Caribe; la C-155 de 1998, y al respecto señala que la supranacionalidad tiene la consecuencia de disminuir el margen de configuración del legislador, en los ámbitos regulados por la legislación comunitaria.

- Que el proceso no es de interconexión ni aplica la norma andina.
- Que la CRC no resuelve conflictos de carácter económico, y ha manifestado que no es competente para conocer controversias similares a las de este proceso.
- Que la solución del conflicto le corresponde a este Tribunal y nuevamente cita la Sentencia de tutela del 12 de noviembre de 2013 de la Corte Constitucional.
- Que el artículo 22 numeral 9 de la Ley 1431 de 2009 no le da facultades jurisdiccionales a la CRC ni prohíbe pactar arbitramentos, para lo cual hace referencia a la Sentencia C-186 de 2011.

Aunque no fue planteado en la demanda, solicita aplicar la excepción de inconstitucionalidad de la IP emitida por el TJCA, o en subsidio dar aplicación prevalente de la Constitución.

Plantea que la eventual IP que confiera jurisdicción a la CRC ha de considerarse ULTRA VIRES, es decir, *“más allá del poder”*, haciendo referencia a la sentencia de la Corte Constitucional C-231 de 1997, reiterada en varios de sus apartes, en especial, el texto subrayado por la convocante, mediante el cual se señala:

“No cabe la menor duda de que los actos y decisiones comunitarias que violen los principios superiores deben reputarse ultra vires y ser anulados por denotar desviación de poder”.

Por ello, atribuir jurisdicción a la CRC va en contra de la normatividad colombiana y de la Constitución, según la convocante.

La posición del Ministerio Público:

El Ministerio Público presenta un interesante alegato de conclusión, con consideraciones sobre el concepto de regulación y de las normas andinas y sus características, las cuales son de obligatorio,

acatamiento por el Estado Colombiano, dado su compromiso de respetar y promover los procesos de integración.

En cuanto a la competencia de la CRC para solucionar controversias, referida a la interconexión, independiente que se encuentre en un contrato o en un acto administrativo, y como expresión de la actividad regulatoria, definida en la misma ley, considera, como lo manifestó el Tribunal Andino, que “...*se trata de una competencia exclusiva y excluyente*”. Por ello, existe plena correspondencia entre las normas internacionales y las nacionales en materia de regulación de la interconexión.

Luego de hacer un recuento del marco normativo que regula la competencia de la CRC, indica el Agente del Ministerio Público que “*la competencia de los Tribunales de Arbitramento en asuntos como el que nos ocupa, debe partir del respeto de la regulación y de la competencia de la CRC para resolver por la vía administrativa los conflictos de interconexión que se puedan presentar entre los operadores, de manera tal que el ámbito de decisión quede entonces reservado a asuntos puramente contractuales como sería el caso del incumplimiento, fuerza mayor, aplicación de la teoría de la imprevisión, etc*”.

Para el Ministerio Público, según lo expresado, es absolutamente claro que en asuntos de interconexión, la CRC tiene la competencia exclusiva y excluyente para resolver los conflictos entre los distintos operadores. Es igualmente claro que este caso es un asunto de interconexión, tal como lo ha determinado la CRC y el Tribunal Andino.

Afirma que el asunto que se debate no es de naturaleza contractual, vistas las pretensiones de la demanda, pues busca que el Tribunal declare aplicable al contrato la Resolución 463 de 2001. Además, la CRC ha definido que los cargos de acceso aplicables a un contrato se enmarcan en el ámbito de la interconexión.

Por lo anterior, concluye que este Tribunal carece de competencia para resolver el asunto planteado por el demandante.

En consecuencia, en su opinión, una conclusión diferente, además de ir en contra del orden constitucional, generaría un “*caos operativo total*”, pues podría, por vía de decisiones arbitrales, implantarse la remuneración de los cargos de acceso, generando incertidumbre frente a las distintas decisiones que en tal sentido podrían adoptar los tribunales arbitrales.

Consideraciones del Tribunal.

Se hará referencia a los fundamentos planteados en esta excepción por la parte convocada, y a los argumentos en extenso planteados por la parte convocante en los alegatos de conclusión:

La jurisdicción y competencia de este Tribunal, conforme a la interpretación prejudicial del TJCA efectuada sobre el contenido de las normas andinas.

El Tribunal abordará la excepción de falta de jurisdicción y competencia respecto de la interpretación prejudicial remitida por el TJCA, Proceso 385-IP-2015, sobre el contenido y alcance de las normas andinas que regulan la interconexión de redes de telecomunicaciones, en especial los artículos 32 de la Decisión 462 y la Resolución 432, independiente de las diferentes opiniones que pueden suscitarse sobre su contenido, pues conforme al ordenamiento jurídico integral aplicable a nuestro país, incluida las normas andinas, esta facultad ha sido otorgada al Tribunal Andino.

Para la decisión, no se tendrá en cuenta, ni es requerido, las opiniones o consideraciones que haya podido emitir el TJCA sobre los hechos de este proceso o sobre las normas nacionales, y se tomarán como simples anotaciones¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Como lo recuerda el Laudo arbitral del 29 de mayo de 2015 la competencia del Tribunal Andino no abarca el análisis o pronunciamiento de la legislación civil de cada País Miembro de

Para definir la competencia y jurisdicción del Tribunal, es necesario precisar que:

A.- La interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sobre las normas andinas, es de obligatoria aplicación.

Este Tribunal acatará la interpretación prejudicial, Proceso 385-IP-2015, remitida por el TJCA, por considerar que se trata de normas supranacionales, aplicables a la controversia de interconexión planteada en este proceso, y de aplicación vinculante y obligatoria por parte del juez nacional. Lo anterior, según lo ordena el artículo 127 de la Decisión 500.

Su no aplicación y la inobservancia del trámite constituyen una violación al principio del debido proceso y podría acarrear la nulidad de la sentencia, como lo advierte el mismo TJCA¹⁰⁹.

El Tribunal no comparte el argumento expuesto por la parte convocante, en el sentido de que las normas andinas no resultan aplicables a esta controversia, pues el texto del artículo 32 de la Decisión 462 y el artículo 32 de la Resolución 432 son explícitos en señalar su aplicación en una interconexión de redes, para cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión.

En su lugar, considera pertinente para tomar una decisión, varias de las argumentaciones expuestas en el Laudo arbitral del 10 de octubre de 2014, en el laudo arbitral del 2 de marzo de 2015, y en especial, el contenido de la providencia de la Sección Tercera del 23 de septiembre de 2015.

la Comunidad Andina, puesto que las normas andinas sobre interconexión, no incorpora aspectos procedimentales o patrimoniales de los contratos de interconexión.

¹⁰⁹ Pueden verse los procesos 181 IP 2013.

Esta providencia fue proferida con posterioridad a la expedición de los laudos analizados e incorpora el análisis de los supuestos de hecho y de derecho atinente a la obligatoriedad de la interpretación prejudicial y su incidencia sobre la competencia de un Tribunal de Arbitramento¹¹⁰.

Por ello, tomará la decisión de adoptar la interpretación prejudicial y declarar que el Tribunal no es competente para resolver las controversias planteadas, de acuerdo con los siguientes argumentos:

B.- La decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 23 de septiembre de 2015, que reitera la primacía o prioridad de la norma andina y el carácter vinculante de la interpretación prejudicial, la cual no desconoce la Constitución Política al definir la competencia de la autoridad regulatoria.

Para el Tribunal resulta esencial, las consideraciones expuestas en esta providencia del Consejo de Estado, las cuales comparte y toma en cuenta para resolver la excepción de falta de jurisdicción y competencia, por el contenido de la IP remitida a este proceso por el TJCA.

En forma expresa, se considera:

La primacía o prioridad de la norma comunitaria andina, tal y como lo señala la Sentencia C-256 de 1998, y la obligación del órgano interno de acatarla, independiente de compartirla o no, pues se trata de la vinculación voluntaria de los estados miembros de la comunidad andina y por lo tanto, del respeto a los compromisos internacionales asumidos.

¹¹⁰ Antes de la decisión jurisdiccional del Consejo de Estado del 23 de septiembre de 2015, se plantearon diversos criterios sobre la relación entre el contenido de la IP para interpretar la norma andina y la jurisdicción y competencia de los Tribunales de Arbitramento frente a la competencia del órgano regulador para resolver el conflicto, como se observa en las distintas decisiones contenidas en los laudos arbitrales mencionados. A partir de la decisión judicial de la máxima Autoridad Contencioso Administrativa, existen nuevos elementos de juicio para el razonamiento y decisión de la controversia que motiva este laudo.

Entre las normas andinas se encuentra el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y el mandato del artículo 127 de la Decisión 500, que consagra el carácter vinculante del pronunciamiento de ese Tribunal.

Como se señaló en el Laudo arbitral del 2 de marzo de 2015, lo cual comparte este Tribunal:

“... no le es dable matizar o reinterpretar las consideraciones y conclusiones de la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, máxime cuando en la solicitud de dicha interpretación se incluyeron todos los aspectos relevantes de la presente controversia...”.

Más adelante señala la imposibilidad de modificar o alterar el alcance de las conclusiones del TJCA, respecto del contenido de la norma andina, lo cual resulta lógico y razonable, a juicio de este Tribunal, dada la competencia atribuida al TJCA:

“...no solo porque se expone a invadir la competencia de este sino también porque siendo claras dichas conclusiones en relación con la competencia que, en la ejecución de la interconexión, tiene la autoridad de telecomunicaciones, la eventual alteración de su alcance comportaría apartarse de las mismas. Conforme lo anota el mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el efecto de no respetar la competencia de dicho organismo respecto de las controversias de interconexión durante la ejecución del contrato, se memora de nuevo, acarrearía la nulidad por vicio de competencia.”. (subrayado del texto)

- La obligatoriedad y vinculación del juez nacional a la interpretación prejudicial del TJCA de la norma comunitaria, en cuanto al contenido y alcance de estos preceptos.

El Consejo de Estado recuerda que la interpretación prejudicial de las normas comunitarias es vinculante para el juez nacional, tanto en los casos que es obligatoria como en aquellos en que es facultativa.

Es categórica su afirmación, cuando señala que la IP, es procedente, obligatoria y vinculante, como sucede en el presente caso.

- La aplicación de la norma andina independiente del lugar de celebración y ejecución del contrato, del domicilio de las partes y de la aplicación de las normas colombianas.

Por ende, en el presente caso resultan aplicables las normas andinas sobre interconexión, interpretadas por el TJCA.

- La consideración respecto de que el Tribunal de Arbitramento debe acatar la interpretación del TJCA, como es su obligación y la consecuencia de que este tipo de controversias debe ser solucionado por la CRC.

- La competencia atribuida por el TJCA a la autoridad regulatoria es general respecto de los conflictos de interconexión, independiente de las modalidades o circunstancias específicas del tipo de acuerdos que celebren los operadores.

- El Tribunal de Arbitramento debe acoger la interpretación del TJCA y no se puede desconocer su fuerza vinculante, aún mediante un recurso extraordinario de anulación, el cual no es el escenario para cuestionar las decisiones de los organismos jurisdiccionales de orden internacional, como el TJCA.

- La afirmación en el sentido de que la interpretación del TJCA no desconoció la Constitución Política al determinar la competencia de la autoridad regulatoria para resolver la controversia.

Se trata de consideraciones aplicables a esta controversia, no solo porque los hechos del laudo analizado por el Consejo de Estado, son similares, sino también porque implica un análisis jurídico de la incidencia de la interpretación del TJCA respecto de la norma

andina, que puede incidir en la competencia de un Tribunal de Arbitramento, se reitera, independiente que se comparta o no la interpretación prejudicial del ordenamiento andino.

C.- La primacía o prioridad de la norma comunitaria andina, según la Sentencia C-256 de 1998 de la Corte Constitucional.

Según esta jurisprudencia de la Corte, el derecho comunitario no tiene prevalencia sobre la norma nacional, sino primacía o prioridad dentro de una función integradora.

Este Tribunal comparte el criterio respecto de la inexistencia de superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y la falta de razón que pueda afirmar que comparte idéntica jerarquía, pero ello no implica negar su obligatoriedad y su carácter vinculante para el juez nacional.

Por ello, el Estado colombiano y las ramas del poder que lo conforman, están obligados a respetar sus compromisos internacionales, sin que pueda, por regla generalísima, sustraerse de sus obligaciones alegando violación de sus normas internas, o su propia Constitución.

D.- La interpretación prejudicial del TJCA es de obligatorio cumplimiento por el juez consultante.

Los artículos 135 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 127 y 128 de su Estatuto, consagran el carácter vinculante y obligatorio de la interpretación prejudicial de este organismo judicial, en lo que concierne al contenido y alcance de la normatividad andina.

Como se señala en la Interpretación específica remitida para este proceso, Proceso 385-IP-2015:

“Su no acatamiento podría dar lugar a la nulidad procesal e incumplimiento del País Miembro, en el escenario comunitario andino,

de conformidad con los artículos 26 a 30 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 107 a 120 de su Estatuto” (numeral 63).

Para el efecto, se transcribe el artículo 128 de este Estatuto:

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

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

E.- La Autoridad Nacional competente para resolver conflictos en la ejecución de la interconexión: la competencia exclusiva y excluyente de la autoridad regulatoria.

Para atender la consulta sobre el alcance y contenido del artículo 32 de la Decisión 462, sobre la competencia asignada para resolver las solicitudes de un proveedor que solicita la interconexión, supeditado a que exista violación de las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia el pronunciamiento 385-IP-2015, concluye que la Autoridad de Telecomunicaciones del orden nacional, en el caso colombiano la CRC, *“...es quien tiene la competencia exclusiva y excluyente para solucionar conflictos en la ejecución de la interconexión.... El incumplimiento de esta previsión generaría un incumplimiento de la normativa comunitaria andina, con todas las implicaciones que esto acarrea”* (numeral 84) (subrayado fuera de texto).

Con esta afirmación, el TJCA señala que el Tribunal Arbitral deberá determinar si la controversia se presentó por asuntos acaecidos en la etapa de ejecución del contrato de acceso, uso e interconexión entre las partes, para así determinar su competencia para conocer el caso, respetando el ordenamiento jurídico comunitario, según el numeral 85 de la IP.

La consulta pretendía advertir que la competencia de la autoridad nacional, estaba supeditada a una condición relacionada con la violación de los principios de interconexión o de la libre competencia, y con un límite temporal, en cuanto a la norma consagra que está referido al momento en que el proveedor de redes y servicios (PRST) solicita la interconexión.

Sin embargo, y en ejercicio de su competencia de interpretación de la norma andina, el TJCA reiteró la competencia exclusiva y excluyente de la CRC, respecto de los conflictos surgidos en la ejecución de la interconexión.

En desarrollo de lo previsto en esta IP, este Tribunal advierte y confirma que la controversia sometida a su consideración, corresponde a asuntos acaecidos en la etapa de ejecución del contrato de interconexión entre las partes, lo cual, a juicio del TJCA, deviene la competencia exclusiva y excluyente de la CRC para solucionar los conflictos en la ejecución de la interconexión.

En efecto, si se observan las pretensiones de la demanda, se aluden a las obligaciones de pago de los cargos de acceso por parte de la convocada por el uso de las redes de las convocantes, según la pretensión primera principal. La pretensión primera subsidiaria solicita declarar el incumplimiento de la convocada en cuanto al contrato de interconexión, y todas las pretensiones, en forma adicional, pretenden la declaración de perjuicios causados a la convocante.

Para este Tribunal, no hay duda, que la convocante está esgrimiendo situaciones acaecidas durante la ejecución del contrato, pues su sustento corresponde al uso de su red de telecomunicaciones por la parte convocada para prestar el servicio de TPBCLI, sin haber recibido el pago que el convocante considera aplicable, en la interpretación de las normas regulatorias que establecen y regulan los cargos de interconexión.

La misma conclusión se desprende de los hechos expresados en la demanda, en el sentido de que la situación de hecho por el no pago o cumplimiento de la obligación de la convocada que pretende se declare, surge durante la ejecución del contrato de interconexión suscrito el 13 de noviembre de 1998, y por hechos sucedidos desde febrero de 2006 hasta febrero de 2008, ambos inclusive, según la pretensión segunda principal.

F.- La naturaleza de la función de resolución de conflictos atribuida a la autoridad regulatoria, es de carácter administrativo.

La jurisprudencia arbitral, con elementos de juicio razonables y sustentados, había señalado que las normas legales no le atribuyen funciones jurisdiccionales a la CRC, lo cual es cierto y compatible con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, y con la visión de estas Autoridades Administrativas Independientes en el derecho comparado afín a la escuela del derecho administrativo colombiano¹¹¹.

El artículo 32 de la Decisión 462 de 1999 otorga competencia a la autoridad nacional respectiva de la materia que se trate, cuando un proveedor que solicita una interconexión es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de la interconexión o de la libre competencia.

El artículo 32 de la Resolución 432 de 2000, consagra que cualquier controversia durante la ejecución de la interconexión que no pueda ser solucionada por las partes, deberá ser sometida a la decisión de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, por cualquiera de las partes.

¹¹¹ Corte Constitucional. Sentencias C-1120 de 2005 y C-186 de 2011. En el mismo sentido, la visión de la doctrina comparada mencionada en este laudo.

Puede observarse que las IP proferidas con antelación a este proceso, no han señalado en forma expresa la naturaleza de la función de resolución de conflictos atribuida a la autoridad regulatoria, y ha expresado el alcance de las normas andinas aplicables.

En efecto, ninguna de las interpretaciones prejudiciales reseñadas en la síntesis de la jurisprudencia arbitral, han señalado o afirmado que las competencias de la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones son de carácter judicial.

Lo que sí ha planteado el TJCA es la competencia exclusiva y excluyente del órgano regulador para solucionar los conflictos generados en la interconexión, en especial, en el Proceso 181-IP 2013, reiterado en todos los laudos arbitrales analizados, y transcrito en cada interpretación.

En estas IP también se ha señalado, de contrapartida, que el Tribunal de Arbitramento consultante no goza de competencia para resolver el asunto en particular.

Nótese además que en esta interpretación 183, reproducida en todas las demás interpretaciones, se ha expuesto que las partes tienen otras alternativas para el acceso a la justicia, como en su momento, lo reseñó el laudo arbitral del 2 de marzo de 2015¹¹².

En la IP, Proceso 385-IP-2015, para resolver la consulta sobre la naturaleza de la función de resolución de conflictos de interconexión en la cabeza de la autoridad de telecomunicaciones del país, y si ella era jurisdiccional, el TJCA señala que la norma andina no establece dicha naturaleza y por ende, remite la competencia al ordenamiento jurídico interno.

¹¹² Laudo Arbitral del 2 de marzo de 2015.COMCEL S.A. y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. ESP.

En consecuencia, los pronunciamientos de la Corte Constitucional analizados en este laudo, y la jurisprudencia arbitral resultan consonante, en el sentido de que la autoridad administrativa con relativa independencia, como es la CRC, cumple una función administrativa, y que su facultad de resolver controversias, como un instrumento de la función de regulación asignada por ley, se materializa mediante la expedición de actos administrativos, sujetos al control de legalidad del juez nacional.

Puede observarse que es el mismo TJCA que hace alusión en todas las IP previas a este proceso, que se trata de actos administrativos, lo cual no desdice, en criterio del organismo andino, que el órgano regulador tenga competencia exclusiva y excluyente para resolver los conflictos generados en la ejecución de la interconexión.¹¹³

Si se observa la solicitud de interpretación de la norma andina remitida por este Tribunal TJCA, en forma expresa, se consulta si el contenido del artículo 32 de la Resolución 432 de 2000, implica que la autoridad de telecomunicaciones del país ejerce una función jurisdiccional y si su fallo corresponde a la naturaleza y características de una sentencia. En forma adicional se consultó, si, ante el silencio de la norma andina sobre la naturaleza de la función, le correspondería al ordenamiento jurídico de cada país delimitar la naturaleza jurídica de la función de la Autoridad de Telecomunicaciones competente.

Al respecto la IP del TJCA remitida a este proceso señaló, que la norma andina, contenida en la Resolución 432 no establece la

¹¹³ Es pertinente recordar que los Tribunales de Arbitramento no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos, según la Sentencia C-436 de 2000, aunque el Estatuto Arbitral permite la posibilidad de pronunciarse sobre las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales. según el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012. La falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para pronunciarse sobre actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, está consagrada en la Ley 1682 de 2013, denominada Ley de Infraestructura, en el ámbito de su aplicación. Esta diferenciación artificial entre el contenido y legalidad del acto y sus consecuencias económicas, es difícil y en algunos casos, imposible de aplicar por el juez arbitral. Resultaría más congruente que el legislador, a futuro, definiera la competencia integral sobre los actos administrativos, o la falta absoluta de competencia de los Tribunales de Arbitramento respecto de todos los actos administrativos, en especial, frente los diferentes criterios expresados por la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado.

naturaleza de la función, y por ende, esta debe ser decidida por la normativa nacional, sobre la base del principio del complemento indispensable.

Por consiguiente, la legislación nacional vigente para la época de los hechos y la actual¹¹⁴, consagran esta función de una autoridad administrativa, necesariamente entendida dentro del marco de sus competencias, y sus decisiones corresponderán a actos administrativos, como lo ha reseñado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la jurisprudencia arbitral¹¹⁵

G.- Los medios alternativos de solución de controversias, según la interpretación prejudicial.

Como se señaló en el Tribunal de Arbitramento, que expidió el laudo del 2 de marzo de 2015, se advierte, en forma consonante con el TJCA, que en estas alternativas se encuentra la posibilidad para que, decidido el asunto en vía administrativa, se pueda acudir al mecanismo de solución de controversias andinas, específicamente a la acción de incumplimiento, si se considera que la autoridad competente vulneró el ordenamiento jurídico andino al resolver el conflicto.

Además también cuenta con el mecanismo nacional de impugnación de actos administrativos, y en este evento, se deberá utilizar, en la instancia pertinente, la figura de la interpretación prejudicial¹¹⁶.

En términos similares se pronuncia la 385-IP-2015, en sus numerales 77 y 78.

A continuación debe analizarse si, eventualmente, una interpretación de la norma andina sobre la naturaleza de la función de resolución de conflictos por el órgano regulador, o el hecho de

¹¹⁴ Ley 142 de 1994, y la actual Ley vigente Ley 1341 de 2009.

¹¹⁵ Corte Constitucional. Sentencias C-1120 de 2005 Y C-186 de 2011

¹¹⁶ Se hace referencia a los considerandos 73 y 74 del proceso 181-IP-2013, y al artículo 31 del Tratado de Creación del TJCA, delimitado en la IP expedida en el marco del proceso 207-IP-2013.

otorgarle una competencia exclusiva y excluyente para resolver los conflictos, en la fase de ejecución del contrato de interconexión, vulneraría en forma flagrante o grave los principios superiores de la Carta.

H.- La presunta violación de los principios superiores de la Constitución Política, al aplicar la IP del TJCA, o al atribuir competencias a la CRC para resolver la controversia, no es compartida por este Tribunal. No es aplicable la excepción de inconstitucionalidad.

En este punto es menester referirse a los argumentos de la parte convocante sobre la grave violación a los principios de la Constitución, si llega a aplicar la IP y su eventual contenido¹¹⁷ para darle funciones a la CRC, que la convocante las considera como jurisdiccionales.

Como consideración previa, debe señalarse que la IP-385, aclara que la normatividad andina no establece esta función como de naturaleza jurisdiccional y que corresponde al ordenamiento jurídico nacional determinar la naturaleza de la función.

Con tal afirmación, no resultan pertinentes las consideraciones expuestas por la convocante, analizadas desde el punto de vista de las interpretaciones prejudiciales anteriores, en las cuales, además, no se consignó expresamente esta naturaleza jurisdiccional de la función.

La parte convocante ha reiterado el contenido de la Sentencia C-231 de 1997, y en su alegato de conclusión considera que la eventual interpretación prejudicial que confiera jurisdicción a la CRC ha de considerarse ultra vires. Aún más, al considerar que esta afirmación iría en contra de la normatividad nacional y de la Constitución, solicita aplicar una excepción de inconstitucionalidad sobre la

¹¹⁷ Teniendo en cuenta la nota informativa de la publicación del organismo andino, la solicitud de IP, al TJCA se efectuó una vez culminado el debate probatorio y presentado los alegatos de conclusión.

interpretación emitida por el TJCA o en subsidio, dar aplicación prevalente a la Constitución.

Como se señaló, la providencia citada incluye en los principios superiores del ordenamiento constitucional, el respeto de los derechos humanos, la vigencia del Estado Social de Derecho, de la democracia y de la separación de poderes. Aunque la Corte señala que estos principios se preservan en los órganos de la comunidad, y que la hipótesis sobre su vulneración debe desecharse, puesto que el desarrollo del tratado en modo alguno requiere que dichos principios dejen de observarse, al final de estas consideraciones deja expuesto que los actos y decisiones comunitarias que violen estos principios deben reputarse ultra vires y ser anulados por desviación de poder.

Para la Corte, las facultades de las autoridades de la Subregión se limitan al ejercicio de competencias que se trasladan a la comunidad.

Como se ha mencionado, los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional han sido enfáticos en señalar la obligación y vinculación de las autoridades nacionales, en especial del juez para acatar y cumplir la norma comunitaria andina, entre ellas, la misma sentencia citada por la convocante.

Aún en la hipótesis extrema planteada por la convocante, el Tribunal no encuentra que este problema jurídico se presente con la IP remitida al proceso, y tampoco con la eventual asunción de competencias por parte de la CRC para resolver el conflicto de interconexión.

Como se afirmó, la interpretación prejudicial no afirma que se trate de una función jurisdiccional.

Para el Tribunal no es cierto que la interpretación prejudicial del órgano comunitario, contradice los principios estructurales de la

Constitución, y por ende, tampoco procede la aplicación de esta excepción o la aplicación prevalente de la Constitución, por la sencilla razón que no existe una violación de la Carta en los términos expuestos por la convocante.

Definido el tema sobre la competencia del ordenamiento nacional para determinar la naturaleza de esta facultad de resolver controversias de interconexión y que son de naturaleza administrativa, tampoco considera el Tribunal que se viole la Constitución, cuando, por excepción, se asignen funciones jurisdiccionales a una autoridad administrativa, siempre y cuando se cumplan los requisitos propios de las características de la misma.

En efecto, aún más, e independiente de la naturaleza de esta función por parte de la CRC¹¹⁸, que se reitera, es de carácter administrativo, la circunstancia de que una autoridad administrativa detente una función jurisdiccional de forma excepcional, “*per sé*”, no contradice los principios superiores de la Carta¹¹⁹.

En el ordenamiento jurídico nacional, se encuentran ejemplos de este tipo, de varios organismos administrativos a los cuales la ley les ha atribuido estas competencias. Por ello, el Tribunal no comparte lo expresado por la parte convocante para solicitar la excepción de inconstitucionalidad, y la calificación de ultra vires sobre la IP o sobre las eventuales facultades para solucionar controversias por parte de la CRC.

Aún más, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las normas de ley que han atribuido estas

¹¹⁸ Bajo la vigencia de la Ley 142 de 1994, Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, y antes de la vigencia de la Ley 1341 de 2009, la CRT regulaba el servicio público domiciliario de TPBC, uno de los cuales viene siendo prestado por la parte convocada. El artículo 48 de la Ley 489 de 1998, que consagra las normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, y la estructura y organización de la administración pública, establece como parte integrante de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional a las comisiones de regulación, cuya función es promover y garantizar la competencia entre quienes presten estos servicios, y se sujetarán en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento a lo dispuesto a los correspondientes actos de creación

¹¹⁹ El artículo 116 de la Carta consagra que excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.

competencias jurisdiccionales a autoridades administrativas, de forma excepcional, y las ha encontrado, conformes con la Carta, condicionado a que se preserven los principios propios de la función jurisdiccional¹²⁰.

Por lo tanto, no se trata de una violación a los principios superiores de la Constitución, aún en el evento hipotético que se estuviera calificando la facultad de resolución de controversias del órgano regulador, como jurisdiccional.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado en la providencia del 23 de septiembre de 2015 señala que la competencia atribuida por el TJCA a la autoridad regulatoria para resolver la controversia, no desconoce la Constitución Política¹²¹.

Es importante precisar que, conforme con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, este Tribunal considera que la función de resolución de conflicto atribuida a la CRT, hoy CRC, por la Ley 142 de 1994, y por la actual Ley 1341 de 2009, corresponde al ejercicio de una función administrativa. Lo anterior, no quiere decir que se pueda desconocer la interpretación prejudicial ejercida por la autoridad competente sobre el contenido de la norma andina.

No debe olvidarse, que la facultad para interpretar la norma andina, en este caso la Decisión 462 y Resolución 432, es del TJCA, y las hipotéticas consideraciones que puedan existir, y que no se han presentado en las IP expedidas, se sustentan en la existencia de una norma andina en el alcance de interpretación que le otorgue el

¹²⁰ Entre otras, Corte Constitucional. Sentencia C-649 de 2000. M.P. Eduardo Montealegre relacionado con las facultades judiciales atribuidas a la Superintendencia de Industria y Comercio en los artículos 45 y 46 de la Ley 446 de 1998. Corte Constitucional Sentencia C-1641 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero, sobre los requisitos de los funcionarios administrativos que ejercen atribuciones jurisdiccionales, en especial los atributos de independencia e imparcialidad.

¹²¹ Consejo de Estado. Providencia del 23 de septiembre de 2015. Exp. 53054. C.P. Carlos Alberto Zambrano. *“Lo anterior, dicho sea de paso, sirve para desvirtuar el planteamiento expuesto por Comcel S.A., en cuanto afirma que la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina desconoció la Constitución Política, porque, en su opinión, le atribuyó funciones jurisdiccionales a la CRC, en abierta contradicción con el artículo 116 aquella”*

órgano comunitario andino, aceptado y refrendado por los acuerdos suscritos por el Estado colombiano.

Independiente de compartir o no la interpretación del TJCA, es evidente que no se puede invadir su competencia por parte del juez nacional, y este Tribunal acatará la interpretación remitida por ese Tribunal.

De esta forma, el Tribunal se pronuncia sobre los argumentos de oposición de la parte convocante, señalados con antelación y considera que no son procedentes, salvo lo relacionado con la naturaleza inhibitoria de los actos administrativos de la CRC.

I.- La competencia inicial asumida por el Tribunal de Arbitramento.

Este Tribunal se consideró competente en la primera audiencia de trámite, de acuerdo con los supuestos de hecho existentes a la fecha de admisión de la demanda en febrero de 2015, y según los argumentos expuestos al resolver el recurso de reposición presentado por la parte convocada.

La interpretación prejudicial del TJCA, conocida recientemente de diciembre de 2015, respecto de la falta del presupuesto procesal de la competencia de este Tribunal para decidir de fondo, corresponde a una incompetencia sobreviniente, e indisolublemente relacionados con la obligación del Tribunal de adoptar la interpretación prejudicial, y en consecuencia, declarar que no es competente para resolver esta controversia.

Como se señaló, los Tribunales Arbitrales actúan como jueces nacionales frente a la normatividad comunitaria, y por ende, tienen la obligación de solicitar la interpretación prejudicial de manera directa al TJCA, 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 última instancia ordinaria¹²².

Según el artículo 123 del Estatuto del TJCA, esta consulta es de carácter obligatoria pues la sentencia del juez nacional es de única instancia, y debe aplicarse si se controvierte alguna de las normas que conforma el ordenamiento jurídico de la comunidad andina, razón por la cual este Tribunal suspendió el procedimiento y solicitó directamente la interpretación del Tribunal.

Así mismo, se ha señalado la obligación de acatar la interpretación prejudicial conforme al ordenamiento jurídico aplicable en este proceso.

La competencia inicial asumida en el momento procesal de la primera audiencia de trámite, no es óbice, ni su declaratoria impide jurídicamente un procedimiento posterior de acuerdo con las pruebas y con la interpretación prejudicial que se produzca en el proceso.

Este Tribunal en su momento se declaró competente, y solo en esa medida y bajo el cumplimiento de esa condición, tuvo la facultad de asumir el rol de árbitro, instruir el proceso y elevar la consulta, con el fin de obtener la claridad sobre la interpretación de las normas andinas que consideraba aplicables al caso, lo cual efectivamente realizó el TJCA.

Como se señala en el Laudo Arbitral del 10 de octubre de 2014, *“...si este Tribunal no hubiera decretado su propia competencia mal hubiera podido interactuar como juez comunitario para elevar la consulta y decidir, adoptándola, como en efecto lo hará”*.

Es necesario señalar que en el presente caso la justicia arbitral debe aplicar las normas emitidas por la Comunidad Andina, y por ende, su competencia ulterior y su eventual decisión, dependerá del

¹²² Proceso 03- AI-2010

cumplimiento de las normas andinas, incluida la interpretación prejudicial que resulta obligatoria para el trámite procesal en esta controversia.

Por ello, con carácter excepcional y por los argumentos citados, este Tribunal se ve abocado a adoptar la interpretación prejudicial y declarar que no es competente para resolver de fondo el asunto, por razones derivadas del mismo ordenamiento jurídico y de la posterior interpretación prejudicial remitida a este proceso.

J.- La Competencia de la CRC.

Teniendo en cuenta el contenido de la IP 385 – IP – 2015, sobre la competencia de la autoridad nacional, el Tribunal remitirá el proceso a la CRC para lo de su competencia, visto además la providencia del 23 de septiembre de 2015 del Consejo de Estado, por las razones expuestas en este laudo.

En efecto, el Tribunal, como es su obligación, acata el planteamiento del TJCA, en el sentido de que este tipo de controversias debe ser solucionado por la autoridad nacional de comunicaciones, que en el caso de Colombia es la CRC.¹²³

Como simple anotación, el Ministerio Público en sus alegatos consideró que la controversia está referida, a la aplicación de la Resolución 463, razón por la cual se trata de un asunto de interconexión, según las pretensiones de la demanda, la cual busca la aplicación concreta de un régimen de interconexión. Según este concepto, el asunto que se debate no es de naturaleza contractual, y surge la competencia de la CRC.¹²⁴

¹²³ Consejo de Estado. Providencia del 23 de septiembre de 2015. Pag 47.

¹²⁴ De acuerdo con el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, y el actual artículo 22, numeral nueve, de la Ley 1341 2009, se otorga competencia a la CRC para resolver los conflictos de interconexión, a petición de cualquiera de las partes. Resultaría difícil de entender en el marco del principio de jerarquía normativa y de legalidad, que un acto administrativo, limitara, modificara, o restringiera el precepto de ley, para reducir esta facultad solo a algunos operadores.

TÍTULO III
PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES DE
LA DEMANDA Y LAS EXCEPCIONES DE LA
CONTESTACION DE LA DEMANDA.

La controversia está referida a la etapa de ejecución de la interconexión en el contrato celebrado entre las partes, pues además esta afirmación se desprende del contenido de las pretensiones de la demanda.

A la vista de las consideraciones expuestas en el numeral anterior, y de la incidencia específica de la interpretación prejudicial remitida por el TJCA, respecto de la competencia exclusiva y excluyente que le atribuye a la autoridad de telecomunicaciones, en el caso de Colombia, la CRC, para resolver las controversias ocurridas durante la ejecución de la interconexión, debe este Tribunal revisar las pretensiones de la demanda, en orden a determinar si se encuentran dentro de los presupuestos señalados en la interpretación de la norma andina remitida con carácter vinculante a este proceso.

Este Tribunal en este laudo que pone fin al proceso, y estando¹²⁵ obligado a acatar la interpretación prejudicial, toma la decisión de adoptar dicha interpretación y declarar que el tribunal no es competente para pronunciarse sobre todas las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta los hechos sobrevinientes a la adopción preliminar de asunción de competencia, derivada de la interpretación prejudicial remitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por las razones ampliamente expuestas.

En forma específica, se hace referencia a las 5 pretensiones principales y a las 8 pretensiones subsidiarias presentadas en la demanda.

¹²⁵ El recurso de reposición presentado por la parte convocada, sobre la decisión del tribunal de solicitar la consulta al TJCA, una vez surtido los alegatos de conclusión, y conforme con la Nota Informativa de la Comunidad Andina, fue resuelto en su oportunidad.

Finalmente, es importante precisar que este Tribunal de Arbitramento efectuó el control de legalidad del proceso adelantado, y lo sometió a las consideraciones que pudieran hacer las partes sobre el mismo, antes de surtirse el trámite de alegatos de conclusión, quienes guardaron silencio sobre cualquier eventual objeción en el procedimiento adelantado.

Tratándose de un laudo inhibitorio, no se efectuará condena en costas.

CAPÍTULO CUARTO **PARTE RESOLUTIVA**

Con fundamento en los antecedentes y consideraciones antes expuestos, el Tribunal de Arbitramento instalado en derecho para decidir las diferencias entre las sociedades COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A., como parte convocante y EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. ESP. – ETB, como parte convocada, administrando justicia por habilitación de las partes y por autoridad de la ley, con observancia de la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

RESUELVE

PRIMERO: Adoptar la Interpretación Prejudicial 385 – IP- 2015, proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y en consecuencia, declarar que este Tribunal Arbitral no es competente para resolver de fondo las controversias surgidas entre las sociedades COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A., y EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. ESP. – ETB, en razón del contrato de interconexión suscrito el 13 de noviembre de 1998, y sometidas a su conocimiento, y por las razones expuestas en la parte motiva.

Por tal razón, se declara probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia en los precisos términos señalados en la parte motiva de este laudo, sin lugar a pronunciamientos sobre las restantes.

SEGUNDO: No se condena en costas.

TERCERO: Disponer la entrega de copia de este Laudo a las partes, al Señor Agente del Ministerio Público y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

CUARTO: Disponer la entrega de la copia de este Laudo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 de la Decisión 500, que corresponde al Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

QUINTO: Disponer del envío de este proceso a la Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC, como autoridad nacional de comunicaciones, para lo de su competencia, de conformidad con la interpretación prejudicial 385 - IP- 2015 proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Por Secretaría, proceder de conformidad una vez cobre firmeza este laudo arbitral.

SEXTO: Declarar causado el saldo de los honorarios de los árbitros y de la secretaría, y ordenar realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal previa rendición de cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Árbitro

121

FRANCISCO CASTRO CÓRDOBA
Árbitro

MARIA CLARA GUTIÉRREZ GÓMEZ
Árbitro
Con Salvamento de Voto

HENRY SANABRIA SANTOS
Secretario