

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

DE:

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

CONTRA:

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D. C., catorce (14) de octubre de dos mil catorce (2014).

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del proceso, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

1º. ANTECEDENTES

1. PARTES

1.1. Parte Convocante

Es la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.- ETB.-** , sociedad por acciones legalmente constituida, con domicilio principal en Bogotá, representada por su Presidente, doctor **SAUL KATTAN COHEN,**

mayor de edad, domiciliado en esta ciudad, conforme al certificado expedido por la Cámara de Comercio¹, y, por su apoderado especial, según el poder que consta en el expediente.²

1.2. Parte Convocada

Es **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, (antes **EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES – TELECOM**), sociedad legalmente constituida con domicilio principal en Bogotá, representada por la doctora **NOHORA BEATRIZ TORRES TRIANA**, mayor de edad y domiciliada en esta ciudad, según el certificado expedido por la Cámara de Comercio³, y, por su apoderado especial, conforme al poder que consta en el expediente.⁴

2. PACTO ARBITRAL

Las partes acordaron dicho pacto en la modalidad de cláusula compromisoria en la Cláusula Vigésima Quinta - 25.4., modificada mediante Otrosí del 6 de junio de 2012-, del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado el 23 de junio de 1999, cuyo es el siguiente:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA: SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS. –

Las partes acuerdan que en el evento que surjan diferencias entre ellas, relativas a la interpretación, ejecución, desarrollo, cumplimiento, terminación y liquidación del presente contrato, serán resueltas mediante el uso de los siguientes mecanismos:

25.1 COMITÉS DE INTERCONEXIÓN: En un término de treinta (30) días contados a partir de la fecha en que se plantee expresamente y por escrito el conflicto por una de las partes, el Comité de Interconexión procurará solucionarlo directa y amigablemente. Si a ello hubiere lugar, podrá acordar la intervención de terceros expertos en la materia.

25.2. REPRESENTANTES LEGALES DE LAS PARTES: Si vencido el término a que se refiere el numeral inmediatamente anterior, el Comité de Interconexión no llegare a un acuerdo sobre las diferencias existentes, las partes acudirán a una

¹ Folios 39 a 62 de C. Principal No. 4.

² Folio 37 del C. Principal No. 1.

³ Folios 144 a 154 del C. Principal No. 1.

⁴ Folio 86 C. Principal No. 1.

segunda instancia conformada por los Representantes Legales de las partes. Los Representantes Legales tratarán de resolver los puntos del conflicto en un término de treinta (30) días contados a partir de la fecha de vencimiento del término otorgado al Comité de Interconexión, estipulado en el numeral inmediatamente anterior; término que podrá prorrogarse de mutuo acuerdo entre los Representantes Legales de las partes, por un lapso igual y por una sola vez.

25.3. MEDIACIÓN DE LA CRT: Si los Representantes Legales de las partes no llegaren a un acuerdo para solucionar las diferencias causantes del conflicto, cualquiera de las partes podrá acudir en un plazo de diez (10) días contados a partir del vencimiento del plazo anterior o de su prórroga, a la CRT como mediadora del mismo. Esta etapa tendrá una duración máxima de treinta (30) días contados a partir de la presentación de la petición a la CRT. Si se llegare a un acuerdo este será obligatorio para las partes.

25.4 TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO: Si los representantes Legales de las partes no llegaren a un acuerdo sobre los puntos en conflicto o no se hubiera logrado acuerdo con la mediación de la CRT, dentro de los quince (15) días siguientes, someterán las diferencias que originaron el conflicto a un TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO, de acuerdo con las siguientes reglas: el arbitraje será adelantado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. El número de árbitros que integran el Tribunal será de tres (3), los cuales serán designados de común acuerdo por las partes y a falta de acuerdo por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal se sujetará al procedimiento legal y las tarifas serán fijadas de acuerdo con el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El fallo de los árbitros será en derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 111 y los subsiguientes de la Ley 446 de 1998 y demás normas que lo modifiquen, adicionen, reglamenten o sustituyan. El costo del funcionamiento del Tribunal y demás gastos que demande esa instancia, será asumido por la parte que resulte vencida o como lo disponga el tribunal y la decisión será obligatoria para las partes.”

PARÁGRAFO: Mientras se resuelve definitivamente el conflicto, la totalidad del contrato y la prestación de los servicios continuarán su ejecución” (Modificación Otrosí del 6 de junio de 2002)

3. TRÁMITE ARBITRAL

3.1. Fundada en la cláusula compromisoria acordada, la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.-ETB.-**, presentó el 23 de mayo de 2012 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitud de convocatoria y demanda arbitral frente a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**⁵

⁵ Folios 1 a 36 del C. Principal No. 1

3.2. Designados árbitros el 12 de junio de 2012 en la forma prevista en el Pacto Arbitral⁶, y ratificados por escrito radicado el 6 de julio de 2012⁷, oportunamente expresaron su aceptación.

3.3. En la audiencia del 6 de julio de 2012, se declaró legalmente instalado el Tribunal, designó Presidente y Secretaria, admitió la demanda arbitral, ordenó notificar el auto admisorio y correr traslado por el término legal a la Parte Convocada y al Ministerio Público⁸, cuya notificación se surtió a la primera ese día, y al último el 10 de julio de 2012.

3.4. La Parte Convocada a través de su apoderado contestó la demanda el 23 de julio de 2012 con expresa oposición e interposición de excepciones perentorias⁹, y en escrito separado presentó demanda de reconvención que se admitió por auto proferido en audiencia del 26 de julio de 2012, ordenándose su notificación, por el término legal a la Parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en la forma y para los efectos previstos en los artículos 610 y 612 del Código General del Proceso.¹⁰

3.5. Surtida la notificación del auto admisorio de la demanda en legal forma, el 15 de agosto de 2012 la ETB por su apoderado contestó la demanda de reconvención con oposición al petitum, formulación de excepciones perentorias y objeción al juramento estimatorio.¹¹

⁶ Folios 155 y 156 del C Principal No. 1.

⁷ Folios 164 y 165 del C. Principal No. 1

⁸ Folios 186 a 189 del C. Principal No. 1

⁹ Folios 192 a 229 del C. Principal No 1.

¹⁰ Folios 236 a 240 del C. Principal No. 1.

¹¹ Folios 251 a 256 del C. Principal No. 1.

3.6. Mediante fijación en lista del 16 de agosto de 2012 se surtió el traslado de las excepciones perentorias interpuestas¹²; a las cuales y a la objeción al juramento estimatorio se opuso COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. con escrito radicado el 22 de agosto de 2012.¹³

3.7. El 18 de octubre de 2012, en la audiencia de conciliación las partes no conciliaron las diferencias, y a continuación se fijaron los costos legales del arbitraje, consignados en su totalidad por ambas partes en los plazos legales.¹⁴

3.8. El 15 de noviembre de 2012 la parte convocante radicó un escrito de reforma de la demanda¹⁵, la cual fue admitida por Auto No. 6 (Acta No. 5)¹⁶ del 16 de noviembre de 2012, notificado a las partes ese mismo día.

3.9. En oportunidad, la sociedad Convocada contestó el 23 de noviembre de 2012 la reforma a la demanda arbitral principal con oposición a las pretensiones, objeción al juramento estimatorio y formulación de excepciones perentorias¹⁷, replicadas oportunamente por ETB con escrito radicado el 23 de noviembre de 2012.¹⁸

3.10. Durante la primera audiencia de trámite realizada el 5 de diciembre de 2012, el Tribunal de Arbitraje se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias planteadas en la demanda arbitral reformada, la demanda de reconvenición, sus contestaciones, las excepciones interpuestas y la respuesta a éstas, providencia confirmada al decidir el recurso de reposición interpuesto en su contra por la sociedad Convocada.¹⁹

¹² Folio 246 del C. Principal No. 1.

¹³ Folios 257 a 261 del C Principal No. 1.

¹⁴ Folios 278 a 284 del C. Principal No. 1.

¹⁵ Folios 286 a 325 del C. Principal No. 1.

¹⁶ Folios 326 a 329 del C. Principal No. 1.

¹⁷ Folios 1 a 63 del C. Principal No. 2

¹⁸ Folios 65 a 72 del C. Principal No. 2.

¹⁹ Folios 73 a 83 del C. Principal No. 2.

3.11. Ejecutoriada la providencia de asunción de competencia, en la misma audiencia de trámite celebrada el 5 de diciembre de 2012, se profirió auto que decretó la totalidad de las pruebas solicitadas por las partes en sus debidas oportunidades procesales y ordenó su práctica, a saber:

3.11.1.Documentales.

Se tuvieron por tal, los documentos aportados por las partes, los remitidos en respuesta a los oficios librados, los solicitados en a la inspección judicial, y exhibiciones realizadas, así como los allegados con motivo de la objeción al dictamen pericial.

3.11.2.Reconocimiento de documentos

Se decretó y practicó el reconocimiento de documentos a cargo de la firma Económica Consultores a fin de reconocer la autenticidad, integridad, veracidad y contenido del documento Informe final de la consultoría para la definición de los lineamientos generales del nuevo régimen tarifario para operadores de TPBCL CINTEL- ECONÓMICA CONSULTORES. Política tarifaria vol. II, Documento Sectorial, la cual tuvo lugar el día 20 de mayo de 2013.²⁰

También el Tribunal decretó el reconocimiento de documentos por los señores María Helena Martínez e Iván Rojas. Posteriormente la parte convocada desistió de su práctica.

3.11.3.Oficios.

El Tribunal ordenó que por Secretaría se remitieran oficios a la Comisión de Regulación de Comunicaciones-CRC, al Tribunal Andino de Justicia, a la

²⁰ Folio 7 del C. Principal No. 3.

Secretaría General de la Comunidad Andina y al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera.

3.11.4. Interrogatorio de parte y testimonios.

En audiencia celebrada el 20 de mayo de 2013 se recibió la declaración de parte del señor Hernando Francisco Chica Zuccardi, representante legal de la ETB²¹. La correspondiente transcripción fue entregada por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporó al expediente, luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C.P.C.

De otro lado, la parte convocada desistió de la práctica de los testimonios de Germán Darío Arias, María Helena Martínez, Juana Del Pilar Duque Alonso, Andrés Pérez, Félix Castro Rojas, Lorenzo Villegas y Lina María Duque Del Veccio.

3.11.5. Dictámenes periciales.

3.11.5.1. Dictamen Pericial²²

Se practicó un dictamen pericial a cargo de un perito experto en finanzas, interconexión de redes de TPCL e ingeniero experto en interconexión de telecomunicaciones, decretado de conformidad con lo solicitado por las partes, el cual fue rendido por la firma **Económica Consultores S.A.** quien fue designado por el Tribunal. De dicho dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 238 del C.P.C., se corrió traslado a las partes, término

²¹ Folios 401 a 409 del C. de Pruebas No. 9.

²² Folios 247 a 438 del C. de Pruebas No. 6.

dentro del cual solicitaron aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron respondidas en tiempo por el señor perito.²³

La parte convocante formuló objeción por error grave y la convocada se pronunció frente al escrito de aclaraciones y complementaciones. De dichos escritos se corrió traslado, término dentro del cual, las partes se pronunciaron al respecto.

Las pruebas solicitadas con motivo de los escritos presentados por las partes, fueron decretadas en Auto No. 26 (Acta No. 15). Como fundamento de la objeción a solicitud de la Convocante, se tuvieron como prueba documental con el valor que la ley le asigna, los estudios de la CRC y la UIT y que ya obraban como prueba en el expediente; los apartes del peritaje que dan cuenta de otras conclusiones; los artículos que obran como documentos en este proceso, y los demás peritajes que obran en el expediente. En oposición a la objeción a petición de la Convocada se ordenó tener como prueba documental, con el valor que la ley le asigna, los documentos aportados con el mencionado escrito y algunos de los solicitados mediante Oficio dirigido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, fueron remitidos por el Tribunal de Justicia Andino. En sustento de la oposición de la Parte Convocante respecto del pronunciamiento de la Convocada a las aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial rendido por ECONOMICA CONSULTORES, se ordenó tener como prueba documental con el valor que la ley le asigna, los documentos aportados con el mencionado escrito; oficiar al Tribunal Arbitral de ETB contra Telmex Telecomunicaciones para trasladar en copia auténtica el testimonio rendido por María Helena Martínez, en la audiencia del 12 de junio de 2013. La correspondiente respuesta obra en el C. de Pruebas No. 12; y libró oficio a la Sección Primera del Consejo de Estado, cuya respuesta obra en el C. de Pruebas No. 12.

²³ C. de Pruebas No. 7 y 9.

3.11.5.2. Dictamen Pericial de Parte ²⁴

Se decretó como prueba el dictamen pericial de parte la “experticia “aportada por la Convocante, elaborada en junio de 2012 por el perito económico-financiero Luís Fernando Rodríguez Naranjo, nominada “APLICACIÓN DEL MODELO “SENDER KEEPS ALL” PERITAJE DE IMPACTO ECONÓMICO FINANCIERO SOBRE ETB EN EL SEGMENTO DE TPBCL. -CASO: ETB Y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES”.-.

El Tribunal decretó la declaración del señor Luis Fernando Rodríguez Naranjo, la cual se recibió el 18 de marzo de 2013.²⁵

3.11.5.3. Peritación por entidad oficial

Se decretó la peritación por la entidad oficial COMISIÓN DE REGULACIÓN EN COMUNICACIONES (CRC), de acuerdo con lo solicitado por la parte convocante, quien posteriormente desistió parcialmente de su práctica²⁶. Su práctica exigía información proveniente de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, la cual no pudo ser allegada porque ésta manifestó que la misma no se encontraba en su poder²⁷, y el Tribunal por Auto No. 26 (Acta No. 15)²⁸ del 12 de agosto de 2013, evidenció la imposibilidad practicar esta prueba.

3.11.6. Inspección judicial con previa exhibición.

El Tribunal decretó la práctica de una inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., la

²⁴ C. de Pruebas No. 6.

²⁵ Folios 440 a 469 del C. de Pruebas No. 6.

²⁶ Folio 436 del C. Principal No. 2.

²⁷ Folios 53, 54, 75, 76, 460 a 463 del C. Principal No. 3.

²⁸ Folio 481 del C. Principal No. 3.

cual tuvo lugar el 8 de febrero de 2013. Los documentos solicitados con motivo de la exhibición fueron reproducidos e incorporados al expediente.

3.11.7. Exhibición de documentos

El Tribunal decretó la práctica de una exhibición de documentos a cargo de la parte convocante, la cual tuvo lugar el 20 de mayo de 2013. Los documentos solicitados con motivo de la exhibición fueron reproducidos e incorporados al expediente.

3.11.8. Antecedentes administrativos.

Se ordenó incorporarlos al proceso.

3.12. Con relación al trámite de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el auto que decretó las pruebas del proceso, se concedió a las partes y al Ministerio Público un término hasta el 30 de enero de 2013 para lo que estimaran pertinente. El Tribunal solicitó la interpretación prejudicial por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la que fue recibida el 11 de junio de 2014.

3.13. Practicadas todas las pruebas, las cuales fueron puestas en conocimiento de las partes dentro del proceso y agotado el trámite de la interpretación prejudicial se citó a los apoderados para la audiencia de alegatos de conclusión.²⁹

3.14. El 5 de agosto de 2014 tuvo lugar la audiencia de alegatos de conclusión. Los apoderados de las dos partes expusieron oralmente y en

²⁹ Acta No. 18

forma resumida sus alegaciones y entregaron sus respectivas versiones escritas. El señor Agente del Ministerio Público, emitió su concepto.³⁰

3.15. El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo.³¹

4. LAS DEMANDAS ARBITRALES, SUS RESPUESTAS Y EXCEPCIONES

Se resumen la demanda arbitral reformada, la demanda de reconvención, sus respuestas y excepciones perentorias como fueron presentadas por las partes, así:

4.1 Las pretensiones y los hechos de la demanda arbitral principal reformada.

En la demanda arbitral principal reformada³² la Parte Convocante solicita al Tribunal declarar el incumplimiento de la Convocada a *“sus obligaciones contractuales y legales a su cargo, derivadas del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado el 23 de junio de 1999 y de las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005, expedidas por la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones”*, a *“consecuencia de las acciones y omisiones que se exponen en los hechos de la presente demanda reformada (Pretensión Primera Principal).*

Así mismo, pide se declare la falta de pago por la parte demandada del *“valor de los cargos de acceso por el tráfico asimétrico”* cursado entre sus redes de telefonía pública básica conmutada local (TPBCL), terminado en la de ETB y medido en minutos, desde abril de 2002 o en subsidio *“desde la vigencia de la Resolución 1763 de 2007 en diciembre de 2007”* hasta la fecha de presentación de la demanda reformada (Pretensiones Segunda Principal y

³⁰ Folios 189 a 217 del C. Principal No. 6

³¹ Folios 18 a 20 del C. Principal No. 6.

³² Folios 286 A 289 del C. Principal No. 1.

Subsidiaria de la Segunda Principal). También pretende “*que desde abril de 2002 el mecanismo de remuneración de cargos de acceso aplicable al contrato*” celebrado por las partes, “*es el sistema de remuneración Sender Keeps All impuesto por la CRT*”. (Pretensión tercera Principal), y que dicho mecanismo “*debe aplicarse conforme a los estándares internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT, recogidos en los estudios de la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones*” (Pretensión Cuarta Principal). Igualmente, solicita declarar la obligación de “*liquidar, facturar y pagar cargos de acceso, uso e interconexión entre sus redes locales en Bogotá cuando exista asimetría en el tráfico cursado ente ellas*”, o en subsidio, cuando por el método de pago Sender Keeps All “*existan desbalances o asimetrías de tráfico entre las partes, se aplique la fórmula propuesta por la CRC sobre el balance trimestral medido, el balance trimestral regulado y el balance trimestral objetivo, de conformidad con el valor eficiente máximo previsto en la regulación de la Comisión de Regulación de Comunicaciones para la terminación de llamadas en redes de TPBCL, ajustado con el Índice de Actualización Tarifaria (IAT)*” (Pretensiones Quinta Principal y Subsidiaria).

A título de condena, pretende la demandante se condene a la demandada a pagarle “*todos los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, causados con los incumplimientos señalados en los hechos de la demanda*” (Pretensión Sexta Principal), las sumas no remuneradas del tráfico asimétrico cursado entre sus redes desde abril de 2002 hasta la fecha del laudo, y liquidadas en minutos reales según el valor eficiente máximo contemplado en la regulación de la CRC para la terminación de llamadas en redes de TPBCL (Resoluciones 463 de 2001 y 1763 de 2007), ajustado con el Índice de Actualización Tarifaria (Pretensión Séptima Principal), o en subsidio a la tarifa contemplada en la Resolución 087 de 1997 para el Grupo 1, actualizada conforme al Índice de Actualización Tarifaria (IAT), según la

metodología de conversión de impulso a minuto de 1,31. (Pretensión Primera Subsidiaria de la Séptima Principal), o desde enero de 2008 hasta la fecha más del laudo o la más próxima liquidados a la tarifa contemplada en la Resolución 1763 de 2007 para la terminación de llamadas en redes de TPBCL del Grupo 1, actualizada conforme al Índice de Actualización Tarifaria (Pretensión Segunda Subsidiaria de la Primera Subsidiaria a la Séptima Principal) o a la tarifa contemplada en la Resolución 087 de 1997, actualizada conforme al Índice de Actualización Tarifaria (IAT), según la metodología de conversión de impulso a minuto pactada por las partes en el contrato, para la terminación de llamadas de interconexión de sus redes de TPBCL en Bogotá. (Pretensión Tercera Subsidiaria de la Primera Subsidiaria a la Séptima Principal).

Finalmente, pide actualizar todas las sumas resultantes de las condenas y liquidar intereses comerciales moratorios desde su causación a la fecha del laudo, y condenar a pagarlos desde esta hasta el pago, así como al pago de los gastos y costas del proceso arbitral (Pretensiones Octava, Novena y Décima Principal).

Las anteriores pretensiones están fundamentadas en los siguientes hechos que se clasificaron por capítulos referidos al contrato objeto de controversia, la modificación del esquema de remuneración del contrato, la asimetría en el tráfico y el incumplimiento contractual de COLTEL, el incumplimiento de las otras obligaciones contractuales a cargo de la parte demandada y otras reclamaciones de la ETB relacionada con el SKA. Tales hechos se sintetizan así:

1. **“El contrato objeto de la controversia”**

Plantea la demanda que el 20 de diciembre de 1996, las partes, ETB y TELECOM celebraron el contrato de acceso, uso e interconexión No. 96014004, para regular los derechos y obligaciones de estas originadas en el acceso, uso e interconexión de sus redes locales en la ciudad de Bogotá. Agrega que dicho contrato fue reformado por el contrato de 23 de junio de 1999 celebrado entre ETB y COLTEL (antes TELECOM - CAPITEL), con el objeto de “regular los derechos y las obligaciones de las partes originadas en el acceso, uso e interconexión de sus respectivas RTPBCL, RTPBCLE y RTPBCLD”. La demanda trae a colación algunas de las obligaciones pactadas en la cláusula décimo segunda del contrato, así como las cláusulas décimo sexta y décimo séptima en las que se reguló el valor de los cargos de acceso o interconexión (en adelante Cada) y su forma de liquidación, así como la cláusula segunda del Anexo Financiero-Comercial No. 1.

2. **“La modificación del esquema de remuneración del contrato”**

Se expresa que la parte demandada le solicitó a la ETB la modificación del esquema de remuneración del contrato para la interconexión local – local entre sus RTPBCL en Bogotá, por el sistema “Sender Keeps All” (SKA), lo que no fue aceptado por la ETB. En tal virtud, mediante comunicación del 22 de marzo de 2002, la demandada presentó ante la CRT solicitud de solución de conflicto respecto de las diferencias surgidas con ETB en relación con el cambio de modalidad de remuneración. Sostiene que mediante Resolución 1345 de 2005, posteriormente confirmada por la Resolución 1388 de 2005, la CRT (hoy CRC) modificó el modo de remuneración del contrato, al disponer que todas las interconexiones existentes entre redes de TPBCL, deben ser remuneradas bajo el esquema SKA, lo que tuvo como consecuencia que se pasara, de un esquema de remuneración de Cargos de Acceso con pago efectivo a un esquema de remuneración de CdA mediante compensación. Aclara que la CRT no entró a modificar otras cláusulas de tipo económico del

contrato. Anota que el valor del cargo de acceso a pagarse entre las partes y su reajuste periódico, se rige actualmente por lo dispuesto en el contrato y las normas establecidas por la CRT. Es así como, en materia de tarifas de CdA para la interconexión entre ETB y COLTEL en Bogotá se aplica la pactada contractualmente entre las partes y, a falta de pacto, la tarifa máxima legal fijada por la CRC para empresas del Grupo 1.

Lo anterior, teniendo en cuenta que de acuerdo con el Anexo 008 de la Resolución 087 de 1997 (modificada por la Resolución 463 de 2001) y el párrafo 3 del artículo 2 de la Resolución 1763 de 2007, en el mercado de Bogotá la ETB pertenece al Grupo Uno de los operadores, y en consecuencia, los otros operadores que concurren en dicho mercado, tal es el caso de COLTEL, deben aplicar el CdA regulado para ese grupo, siempre y cuando no se pacte un valor inferior entre las partes. Afirma adicionalmente que en lo demás el contrato quedó incólume. Añade que de conformidad con lo señalado en el artículo 6° del Decreto 1615 de 2003 y el artículo 14 del Decreto 1616 de 2003, COLTEL se subrogó en los contratos de interconexión celebrados por TELECOM con operadores de telecomunicaciones, en las mismas condiciones que fueron pactados, dentro de los cuales se encuentra el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión objeto de la presente controversia.

3. **“La asimetría en el tráfico y el incumplimiento contractual de COLTEL”**

Plantea que desde abril de 2002 e, incluso, hasta la fecha de reforma de esta demanda, se han presentado márgenes considerables de asimetría en el tráfico cursado entre las RTPBCL de las partes en Bogotá en contra de la ETB. Se afirma que ese desbalance en el tráfico ha venido incrementándose considerablemente, alcanzando márgenes de asimetría en contra de ETB de

hasta 37% y presenta a continuación la explicación de cómo llega a las cifras relacionadas en los numerales 5.3.5 a 5.3.8. Anota que solo durante dos años y medio la tendencia favoreció a COLTEL, pero no lo suficiente para que hubiese operado la compensación entre las partes. Sostiene que el 29 de mayo de 2003, la ETB remitió al Jefe División Financiera Administrativa de TELECOM-CAPITEL, “la Cuenta de Cobro No. 2247 por concepto de liquidación de cargos de acceso por uso de la red de TPBCL de los meses de enero, febrero y marzo de 2003, por la suma de \$318.112.315.00”. Anota que el 3 de junio de 2003, COLTEL, mediante comunicación interpretó que el sistema de remuneración SKA se había incorporado inmediatamente en el contrato a pesar que la CRT aún no había realizado la modificación del sistema de remuneración. Adicionalmente, COLTEL consideró que el sistema SKA consistía en el no pago de cargos de acceso entre las redes de los operadores de TPBCL, incluso en presencia de asimetría y procedió a devolver la cuenta de cobro antes mencionada. Agrega que esa postura posteriormente fue ratificada por COLTEL y desde entonces éste se ha negado a pagar a ETB suma alguna de dinero por concepto de CdA por la asimetría de tráfico en interconexión entre las RTPBCL en Bogotá.

Dice que entre los años 2006 a 2009, hubo una modificación del tráfico a favor de la red de COLTEL, compensando así en parte el tráfico asimétrico de los años 2002 al 2005. Agrega que en el año 2010, la asimetría del tráfico nuevamente se modificó en contra de ETB, por lo cual fue necesario citar a las instancias de resolución de conflictos, empezando por el CMI, llevándose a cabo una reunión el 5 de agosto de 2010. Se expresa que como consecuencia del desbalance de tráfico entre las dos redes y su falta de remuneración por parte de COLTEL, la demandante ha sufrido cuantiosas pérdidas, que se relacionan en la demanda, cualquiera que sea la metodología de liquidación del precio de los CdA por minuto: El valor máximo

fijado por la CRT por minuto para operadores del Grupo 1, el valor fijado por la CRT convirtiendo el impulso a minuto o, el valor pactado en el contrato.

Concluye que es evidente que COLTEL, mediante la indebida aplicación del SKA y su renuencia a pagar por la totalidad del uso de la red de ETB, ha violado, entre otras, las obligaciones enunciadas en los numerales 12.13, 12.16, 12.26, 12.27, 12.28, 12.32, de la cláusula décima segunda del Contrato y los principios de reciprocidad, economía y lealtad contractual, desconociendo la voluntad de las partes para propender y garantizar el beneficio de los usuarios y de las partes mismas, voluntad que se evidencia con mayor claridad en el considerando No. 8 del Contrato.

4. **“Incumplimiento de las otras obligaciones contractuales a cargo de COLTEL.”**

Dice que además de la obligación de pago referida en el capítulo anterior, las obligaciones contenidas en la cláusulas 12. 26 ,12.27, 12.28, 12.31, 12.32, 12.34 dejaron de ser cumplidas por COLTEL en lo relacionado con la interconexión con la RTPBCL de ETB, desde el año 2002.

5. **“Otras reclamaciones de la ETB relacionadas con el SKA.”**

Se expresa que en virtud de la forma de interpretar el sistema de remuneración SKA por parte de varios operadores en Bogotá, la ETB inició dos acciones de incumplimiento ante los órganos de la Comunidad Andina en contra la República de Colombia – Comisión de Regulación de Telecomunicaciones identificados con número de radicado 03-AI-2007 y 04-AI-2008, siendo parte de los mismos COLTEL y TELMEX.

Anota que dichos procesos tenían como propósito que se interpretara que la forma de aplicación del artículo 4.2.2.20 de la Resolución 087 de 1997 y las Resoluciones CRT 1308, 1389, 1345, 1388, 147 de 2005 y 1413 de 2006, por parte de los operadores no es la correcta y que esa interpretación viola las normas andinas. Se informa que en los citados procesos se profirió dictamen en primera instancia, por lo que se encuentran actualmente en segunda instancia en el Tribunal Andino de Justicia, fueron acumulados y en el momento de presentación de la demanda estaban en periodo probatorio. Plantea que la parte demandante también presentó una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las Resoluciones 2255 de 2009 y 2499 de 2010 en contra de la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones y la Comisión de Regulación de Comunicaciones, cuyo tercero interesado es COLTEL, radicado No. 25000-23-24-000-2010-00342-01 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, sub-sección A, porque entre otras, las consideraciones económicas realizadas por la CRC fueron solo macro y no micro aplicables al contrato.

4.2 La contestación de la demanda arbitral principal reformada y las excepciones formuladas en su contra³³

Frente a las pretensiones incoadas la parte convocada se opuso a todas y cada una de ellas. Igualmente, admitió algunos hechos como parcialmente ciertos y rechazó los restantes. Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones de mérito:

“3.1. Excepción de falta de competencia del Tribunal para dirimir las controversias sometidas a su consideración.

3.1.1. Falta de competencia del Tribunal Arbitral por asignación expresa del artículo 32 de la Resolución 432 de la Comunidad Andina de la competencia a la CRC para dirimir controversias de interconexión entre operadores de TPBCL, en este caso la ETB y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.

³³ Folios 34 a 49 del C. Principal No. 2.

3.1.2. *Falta de competencia del Tribunal Arbitral por la existencia de dos (2) pleitos pendientes promovidos por la ETB acumulados, que cursan ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre la misma materia litigiosa sometida a su consideración en este proceso arbitral.*

3.1.3. *Falta de competencia del Tribunal Arbitral por similitud de objetos entre los procesos 3-AI-2007 y 4-AI-2008, y el presente proceso arbitral, pero con pretensiones contradictorias entre sí.”*

3.1.4. *Falta de competencia del Tribunal por cuanto el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina prohíbe a la ETB acudir a la jurisdicción de la Comunidad Andina cuando el demandante simultáneamente acude a la jurisdicción nacional, por la misma causa, razón por la cual el Tribunal Arbitral no tiene competencia para resolver la presente controversia.”*

3.1.5. *Falta de competencia del Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre la legalidad de las resoluciones 1345 y 1388 de 2005, lo que veladamente pretende la ETB.*

3.1.6. *Falta de competencia del Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre la legalidad de las resoluciones 1345 y 1388 de 2005, lo que veladamente pretende la ETB por cuanto la solicitud de convocatoria se presentó en fecha posterior a la que tenía estipulada la cláusula compromisoria para acceder a la justicia arbitral.”*

3.2. *Excepción de cumplimiento del contrato por parte de Colombia Telecomunicaciones’.*

3.3. *Excepción de violación del principio de acceso igual – cargo igual, y del principio de no discriminación.”*

3.4. *Excepción por error en el cálculo de la remuneración por parte de la ETB.”*

4.3 Las pretensiones y hechos de la demanda de reconvencción.

La demandante en reconvencción con apoyo en los hechos que adelante se resumen³⁴ y en la normatividad invocada ha solicitado al Tribunal a título de pretensión principal declarar que el sistema de remuneración *para el acceso, uso e interconexión de la red local – local en la ciudad de Bogotá* al cual está sujeto el Contrato celebrado por las partes el 23 de junio de 1999, *no da lugar al pago de cargos de acceso por el tráfico local cursado entre las redes de la misma, y se le impongan las costas (Pretensiones Primera y Segunda Principales).*

En subsidio de la pretensión primera principal, pide declarar el incumplimiento por la demandada de la obligación de pagar el cargo de acceso por el tráfico local cursado en sus redes desde abril de 2002 a la fecha de la demanda (Pretensión Primera Subsidiaria), que no existe en la ley y en el contrato una tarifa específicamente aplicable (pretensión segunda subsidiaria), declarar

³⁴ Folios 230 y 231 del C. Principal No.1.

que la tarifa aplicable para remunerar la interconexión local-local es la establecida en la Ley para los casos de telefonía de larga distancia y local extendida, considerando la pertenencia de la demandante al Grupo 3 entre la vigencia de las Resoluciones 463 de 2001 y 1763 de 2007, para calcular cargos de acceso o, en su defecto, la tarifa que el Tribunal estime aplicable, y por lo tanto, se condene a la demandada a pagarle por la remuneración \$47.302'177.949, o la que resulte probada con las actualizaciones correspondientes y se le condene en costas (Pretensiones Tercera a Quinta Subsidiarias).

Las pretensiones están fundamentadas en los siguientes hechos³⁵:

- COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, como gestor de servicios, se subrogó en los derechos, obligaciones, contratos, etc. de TELECOM, "incluido el Contrato", según Decretos 1516 y 1616 de 2013. Agrega que el 23 de junio de 1999 celebró con la ETB el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión C-036-99 sobre el cual versa la presente controversia.
- Indica que mediante Resolución 1345 de 2005, la CRT (hoy CRC) estableció que la fórmula de remuneración del contrato para la interconexión entre las redes de TPBCL debía ser, a partir del 22 de marzo de 2002, la denominada Sender Keeps All (SKA), sistema en virtud del cual no hay lugar al pago de cargos de acceso por el tráfico local cursado entre las redes de los operadores de TPBCL, según lo dispone el artículo 4.2.2.20 de la Resolución 463 de 2001 y la Resolución 575 de 2005 ambas expedidas por la CRT. Se expresa que de conformidad con lo anterior, las partes no se han hecho pagos mutuamente que correspondan a cargos de acceso por el tráfico local

³⁵ Folios 232 a 233 del C. Principal No. 1.

cursado entre las redes de los operadores de TPBCL. Anota que la ETB ha sostenido en el presente trámite arbitral que las partes efectivamente deben realizarse esos pagos, circunstancia que no acepta. Sin embargo, sostiene que suponiendo que las partes estuvieran obligadas a pagarse mutuamente cargos de acceso por el tráfico local cursado entre sus redes de TPBCL, la ETB estaría obligada a pagar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES la cantidad de \$47.303.177.949 por cargos de acceso dejados de pagar entre el mes de abril de 2002 y la fecha de presentación de la demanda de reconvención.

- Lo anterior, porque COLOMBIA TELECOMUNICACIONES estuvo calificada como una empresa del Grupo Tres para efectos del cálculo de cargos de acceso, según lo estableció la Resolución 463 de 2001 y posteriormente la Resolución 469 de 2001, calidad que varió con la expedición de la Resolución 1763 de 2007 por parte de la CRC.

4.4 La contestación de la demanda arbitral de reconvención y las excepciones propuestas³⁶

Frente a las pretensiones aducidas, la parte convocante se opuso a todas y cada una de ellas. Así mismo, admitió algunos hechos como parcialmente ciertos y rechazó los restantes. Adicionalmente, en un planteamiento defensivo formuló las siguientes excepciones de mérito con el ánimo de enervar las pretensiones de la demanda de reconvención:

“3.1. Obligación de pago de COLTEL a ETB”

“3.2. Ausencia de la obligación de pago por parte de ETB. ETB ha cumplido sus obligaciones económicas dentro del contrato.”

“3.3. La tarifa de cargos de acceso señalada por COLTEL no es la aplicable al contrato. El precio de interconexión es el señalado en la demanda principal.”

³⁶ Folios 1 a 31 del C. Principal No. 2.

“3.4. El servicio de acceso, uso e interconexión objeto de reclamo es el referido al servicio TPBCL (servicio local-local) en Bogotá, no el servicio TPBCLE (local extendida) o el de TPBCLD (larga distancia).”

“3.5. COLTEL actúa en contra de sus actos propios frente a los precios de interconexión de la red local-local con ETB en la Ciudad de Bogotá.”

5. ALEGATOS CONCLUSIVOS

Como ya se anotó, el 5 de agosto de 2014 tuvo lugar la audiencia de alegatos de conclusión en la cual los apoderados de las dos partes expusieron oralmente y en forma resumida sus alegaciones y entregaron sus respectivas versiones escritas. El Tribunal referirá a los mismos

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, en la misma audiencia de alegaciones, escuchados los alegatos de las partes, expuso oralmente su concepto y al finalizar entregó copia de su versión escrita.³⁷

7. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR

Iniciado este proceso arbitral antes del 12 de octubre de 2012 con la presentación de la demanda arbitral el 23 de mayo de 2012, se regula por las normas anteriores a la Ley 1563 de 12 de julio de 2012, en particular, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998.³⁸

³⁷ Folios 189 a 217 del C. Principal No. 6

³⁸ “ARTÍCULO 119. VIGENCIA. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia. Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores.” Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera: “Esto significa, entonces, que los procesos arbitrales iniciados con antelación a 12 de octubre de 2012 seguirán rigiéndose por las normas procesales que sobre la materia prescribe el Decreto compilatorio 1818 de 1998, lo que incluye, entonces, el régimen de oportunidad, interposición, trámite y causales del recurso de anulación de laudo arbitral, y, en sentido contrario, sólo se aplicará la normativa del Estatuto Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) para las demandas arbitrales interpuestas después del 12 de octubre de 2012.”

De conformidad con el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, cuando las partes no señalan el término para la duración del proceso arbitral, este será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, **“al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso”**.

La primera audiencia de trámite, inició y culminó el 5 de diciembre de 2012³⁹.

El proceso se suspendió durante un total de trescientos noventa y cinco (395) días, así:

a) Por decisión conjunta de las partes, así:

Providencia	Fechas de suspensión	Días suspendidos
Acta 7 – Auto No. 11	11 de diciembre de 2012 al 6 de febrero de 2013	39
Acta 8 – Auto No. 14	9 de febrero al 17 de marzo de 2013	25
Acta 9 – Auto No. 15	22 de marzo al 1 de abril de 2013	4
Acta 10 – Auto No. 16	5 de abril al 14 de abril de 2013	6
Acta 11 – Auto No. 20	16 de abril al 15 de mayo de 2013	20
Acta 12 – Auto No. 21	28 de mayo al 11 de junio de 2013	9
Acta 14 – Auto No. 24	24 de junio al 11 de agosto de 2013	33
Acta 15 – Auto No. 24	13 al 23 de agosto de 2013	8
Acta 18 – Auto No. 31	3 y 28 de julio de 2014	18
Acta 19 – Auto No. 32	6 de agosto al 13 de octubre de 2014	46

b) Por iniciación y culminación del Trámite de Interpretación Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Con oficio de fecha 9 de septiembre de 2013 se solicitó al mencionado Tribunal la interpretación prejudicial⁴⁰, y el día 11 de junio de 2014 se recibió la respuesta, por lo que el término del tribunal estuvo suspendido entre

³⁹ Folios 73 a 83 del C. Principal No. 2.

⁴⁰ Cuaderno Principal No. 4.

dichas fechas, es decir, por ciento ochenta y siete días (187).⁴¹ En la audiencia del 12 de junio de 2014 se declaró surtido y agotado el trámite de interpretación prejudicial.⁴²

En este orden de ideas, iniciada y culminada la primera audiencia de trámite el 5 de diciembre de 2012, habiéndose suspendido por las causas legales y decisión de las partes, el proceso durante un plazo de trescientos noventa y cinco (395) días el término legal vence el catorce (14) de enero de dos mil quince (2015) y, el laudo se profiere en forma oportuna.

2° CONSIDERACIONES

Para su decisión en derecho, el Tribunal analizará:

- I. Los presupuestos procesales.
- II. La excepción de falta de competencia.
- III. La objeción al dictamen pericial.
- IV. Las pretensiones y excepciones formuladas.
- V. La objeción al juramento estimatorio.
- VI. Las costas.

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Los “presupuestos procesales”⁴³ concurren a plenitud en el proceso.

Las partes acreditaron su existencia y representación legal, han comparecido por sus representantes legales, y sus apoderados judiciales, ostentan capacidad procesal, habilidad dispositiva y en desarrollo del derecho fundamental de acceso a la justicia, su libertad contractual o de contratación,

⁴¹ Cuaderno de Pruebas No. 12.

⁴² Folios 38 a 41 del C. Principal No. 5.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de Agosto de 1954.

rectius, autonomía privada dispositiva, están autorizadas por el ordenamiento jurídico para acudir al arbitraje en procura de solución de sus controversias contractuales y acordar pacto arbitral⁴⁴ (artículos 116 de la Constitución Política; 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996; 3º de la Ley 1285 de 2009; 3º y 111 de la Ley 446 de 1998, 70 de la Ley 80 de 1993).

El Tribunal, se instaló legalmente, asumió preliminar y preventivamente competencia, como juez natural del contrato por expresa disposición constitucional y específica habilitación de las partes, para juzgar en derecho las diferencias contenidas en la demanda arbitral reformada, la demanda de reconvencción, sus réplicas y excepciones perentorias al considerar que conciernen a asuntos litigiosos, dudosos e inciertos, susceptibles de disposición, transacción y *stricto sensu* de naturaleza patrimonial, derivados de la celebración y ejecución del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado por las partes el 23 de junio de 1999, el cual aún está vigente y en ejecución.

También decretó y practicó pruebas, garantizó en igualdad de condiciones el debido proceso, no observa causa de nulidad en la actuación y el laudo en derecho es oportuno.

II. LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA

Por elementales razones lógicas, se decide en primer término la denominada excepción de *“falta de competencia para dirimir las controversias sometidas a su consideración”*, porque de configurarse, sobrarían otras consideraciones frente a las pretensiones y las restantes excepciones.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencias C-059 de 1993; C-544 de 1993, T-538 de 1994; Sentencia T-04 de 1995, C-037 de 1996; T-268 de 1996; C-215 de 1999; C-163 de 1999; SU-091 de 2000, y C-330 de 2000.

1. **La sustentación de la excepción**

En sentir de la excepcionante, el Tribunal carece de competencia para dirimir las controversias, por diferentes motivos.

En primer lugar, la asignación expresa a la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión para resolver las controversias surgidas durante su ejecución no resueltas por las partes, conforme al artículo 32 de la Resolución 432 de la Comunidad Andina y, como en el presente asunto, no hubo entendimiento o arreglo directo entre la ETB y TELECOM, la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC- resolvió el conflicto en la Resolución Número 1345 de 2005, confirmada mediante la Resolución Número 1388 de 2005, actos administrativos firmes, dotados de presunción de legalidad y no cuestionados a través del ejercicio oportuno de la acción contenciosa administrativa que, con la Resolución Número 575 de 2002, se incorporaron al contrato, aplican y cumplen. Así, lo precisó el Consejo de Estado en sentencia del 1º de abril de 2009, donde en caso similar, anuló el laudo arbitral al considerar que el conflicto había sido resuelto por la CRC como autoridad competente. No obstante, ETB, intentó trabar un nuevo conflicto de interconexión agotando los mecanismos contractuales de solución y la mediación de CRC, quedando establecido “*que el conflicto de interconexión ya había sido resuelto por Resoluciones 1345 y 1388 de 2005, y después fue revisado y confirmado el esquema SKA mediante las Resoluciones 2255 de 2009 y 2499 de 2010*”.

Agrega, el alegato conclusivo que, “[l]a falta de competencia del Tribunal Arbitral fue determinada claramente por el TJCA en la sentencia 181-IP-2013, la cual debe incorporarse a los fundamentos jurídicos del laudo arbitral como lo ordenan el Tratado de Creación del TJCA y la Decisión 500”, en la cual “el

TJCA es contundente y claro al determinar que “**el Tribunal de arbitramento consultante no tiene competencia para resolver el asunto particular**”.

En cualquier caso, dice, “*si en gracia de discusión se admitiera que el Tribunal Arbitral es competente para resolver el conflicto en la remuneración de la interconexión planteado por la ETB, dicho conflicto tiene que resolverse en las mismas condiciones en que lo resolvió previamente la CRC, es decir, aplicando al caso concreto el esquema SKA, por cuanto es éste el sistema de remuneración contemplado en la Regulación adoptada por la CRC, vg., el artículo 4.2.2.20 de la Resolución 463 y de la Resolución 575 de 2002, posteriormente recogido por la Resolución 1763 de 2007*”, pues no puede apartarse del esquema SKA para reconocer asimetrías en el tráfico cursado, y de hacerlo “*estaría involucrándose en competencias que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han reservado de manera exclusiva y excluyente para la jurisdicción, como es el juicio de legalidad sobre los actos administrativos, que de manera muy evidente, la ETB plantea a lo largo de la reforma a la demanda y en múltiples actuaciones adelantadas a lo largo del proceso arbitral debería resolver el Tribunal Arbitral*”.

En segundo lugar, argumenta la existencia de procesos acumulados 3-AI-2007 y 4-AI-2008 ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina “sobre la misma materia litigiosa”, ora por la similitud de objetos con este proceso, aunque con pretensiones contradictorias, en los que la ETB pretende el incumplimiento del ordenamiento andino por la República de Colombia-Comisión de regulación de Comunicaciones-CRC-, al expedir los actos administrativos generales, abstractos e impersonales contenidos en el artículo 4.2.2.2.30 de la Resolución 087 de 1997, modificado por la Resolución 463 de 2001 y la Resolución 575 de 2002, adoptando el sistema **Sender Keeps All** para resolver los conflictos de interconexión entre operadores de TPBCL, y los de contenido particular, singular y concreto plasmados en las

Resoluciones 1345 y 1388 de 2005 que decidieron el mismo conflicto con la adopción del mencionado sistema.

Del mismo modo, la prohibición de ejercer simultáneamente por la misma causa la acción de incumplimiento comunitaria ante la jurisdicción andina y la pertinente ante la jurisdicción nacional al tenor del artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en consonancia con los artículos 24 y 31 *ibidem*, de donde habiendo ejercido aquélla se excluye la última y la competencia se radica en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Asimismo, la sustracción de la jurisdicción arbitral del juzgamiento de la legalidad de las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005, actos administrativos dotados de la presunción de legalidad, firme, definitivos y decisorios del conflicto de interconexión planteado en este proceso arbitral, con la adopción del sistema *sender keeps all*, además de la contradicción de las pretensiones al invocar la aplicación de la regulación expedida por la CRC (artículo 2.2.2.20 de la Resolución 097 de 1997, modificado por la Resolución 575 de 2002). Indica que, no podría el Tribunal declarar el incumplimiento pretendido porque esas resoluciones además de decidir el conflicto se incorporaron al contrato modificando el esquema de remuneración por minutos con la aplicación del sistema *sender keeps all* “contenido en la Regulación adoptada desde la Resolución 463 de 2001, con carácter retroactivo a partir del 20 de marzo de 2002, fecha en la cual COLOMBIA TELECOMUNICACIONES presentó la solicitud ante la CRC para que resolviera ésta controversia.”

Por último, invoca la presentación de la demanda arbitral en fecha posterior a la estipulada en la Cláusula Compromisoria que consagra el término de los quince días siguientes a la ausencia de acuerdo de las partes con la

mediación de la CRT, según invocó la ETB en el Tribunal instaurado en su contra por ORBITEL S.A. ESP y reconoció el Auto del 07 de marzo de 2006.

2. La oposición a la excepción

La ETB, al oponerse a la excepción de falta de competencia, estima que se confunde la competencia de la CRC en torno a la estipulación de un modo de remuneración, y la competencia para decidir un tema de incumplimiento contractual de lo estipulado durante la ejecución del contrato. En este asunto, no se controvierte la legalidad de los actos administrativos de la CRC, ni pide su anulación, se plantea un conflicto surgido de la ejecución de un contrato respecto del cual los árbitros son competentes conforme a la cláusula compromisoria pactada, reconoce la CRC y las normas comunitarias; el objeto de la demanda “*se contrae a la aplicación del sistema y a la demostración de que en la ejecución del contrato se evidenció que las condiciones a las cuales el mismo se encuentra sujeto (simetría en la interconexión) no se presentaron*”, y es diferente el pacto o imposición por al CRC de una modalidad de remuneración a la “*verificación relativa a si durante la ejecución del mismo se dieron las condiciones a las cuales está sujeta esa modalidad de remuneración*”. Los procesos ante el Tribunal Andino se promueven contra el Estado Colombiano y no pretenden dirimir un conflicto surgido de la ejecución del contrato.

En el alegato de conclusión, expresa:

“a.- La ETB no persigue en este proceso la modificación del sistema de remuneración del acceso, uso e interconexión (SKA), definido para las partes por la CRC mediante la Resolución 1345 de 2005, ni las resoluciones 2255 de 2009 o 2499 de 2010.

“b.- Tampoco discute la legalidad de ninguna decisión de orden general de la CRC.

“La ETB no le solicitó al Tribunal pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos de carácter general proferidos por el Regulador. Lo que la

ETB pretende es que COLTEL repare el perjuicio contractual causado como consecuencia del no pago del cargo de acceso que no ha sido compensado con el esquema SKA, el cual corresponde a un servicio y uso de red que no ha sido remunerado por COLTEL.

“La ETB está de acuerdo con COLTEL en que la obligación de los dos operadores es cumplir y aplicar el sistema de remuneración SKA impuesto en las resoluciones 1345 y 1388 de 2005. Es justamente con fundamento en ello que se ha planteado esta reclamación, pues COLTEL no ha honrado la obligación contractual que debió honrar cuando, durante la ejecución del contrato, se evidenció la existencia de asimetría de tráfico. “

“Como se ha dicho, cada operador está obligado a remunerar el servicio que le presta el otro proveedor. Esa obligación surge desde la celebración del contrato. Bajo el esquema de remuneración SKA, si el tráfico que cursa entre las dos redes es balanceado, esa obligación se satisface por medio de una compensación, pues la suma a la que tiene derecho cada operador como contraprestación al uso de la red es equivalente. Cuando la simetría de tráfico se rompe, se hace exigible la obligación de pago de cargos de acceso, pues sólo a través del pago efectivo se cumple la obligación de remunerar la terminación de los minutos que constituyen el desbalance.

“La CRC lo único que hizo fue imponer el SKA, que es un sistema de remuneración, no un sistema de fijación de precio por minuto. La CRC no le impuso la carga a ETB de asumir los costos de COLTEL sin recibir contraprestación, ni autorizó a COLTEL para quedarse con el total de los ingresos asociados a esos costos. La CRC no le impuso tampoco la carga a ETB de no obtener una utilidad razonable por el servicio de acceso, uso e interconexión en Bogotá, ni le prohibió cobrarle a COLTEL cuando surgiera una asimetría en el tráfico y la ETB sufriera perjuicios económicos, sin importar su proporción.

“c.- Lo que persigue la ETB en el presente arbitraje, es algo bastante simple y concreto: Persigue que se condene a COLTEL al pago de los perjuicios contractuales sufridos. Tales perjuicios – cuya cuantía está acreditada plenamente en el proceso – corresponden a las sumas de los cargos de acceso que no resultaron COMPENSADAS con la aplicación del sistema de remuneración incorporado al contrato por el Regulador”

[...] De acuerdo con lo anterior, es fácil concluir que COLTEL no tiene razón para discutir la competencia de los árbitros, a quienes la ETB no les ha pedido que dejen sin efectos las resoluciones 1345 y 1388 de 2005, declaren su nulidad, o las modifiquen. **Lo que pide ETB es que se pronuncien sobre los perjuicios económicos que esta empresa ha sufrido por un ejercicio abusivo que ha hecho COLTEL de su derecho a aplicar un sistema incluido en el contenido obligacional del contrato, que le permite conservar lo recaudado de sus usuarios y no pagar cargos de acceso.**”(se resalta y subraya)

Citando doctrina y jurisprudencia, precisa el ejercicio abusivo del derecho por la Parte Convocada al ampararse en “una interpretación literal y descontextualizada de las resoluciones 1345 y 1388 de 2005” que impusieron

el SKA como sistema de remuneración por el perjuicio que experimenta en virtud de la asimetría del tráfico cursado en sus redes con la asunción íntegra de los costos y la conservación de todos los ingresos sin pagar las tarifas de acceso, pues la ETB no discute la legalidad de esas resoluciones, “*pretende la reparación de los perjuicios que le ha causado COLTEL, amparado en una interpretación abusiva de lo ordenado por la CRT en la Resolución 1345 de 2005. Lo que realmente determinó la Comisión fue la aplicación del SKA, que es un sistema de remuneración de la interconexión, sometido a la condición de tráfico simétrico*”, y la “*teoría del abuso del derecho opera en el derecho contractual cuando una parte interpreta y aplica una cláusula pactada o incorporada en el contrato en forma tal que le genera perjuicios a su contra parte, tal y como lo señala la jurisprudencia anteriormente citada. Cuando una parte se comporta de esta manera incumple sus obligaciones y debe, por ende, reparar los perjuicios que genera con dicho incumplimiento*”, para concluir:

“[...] la ETB no tiene por qué soportar el perjuicio que le genera el no pago de los cargos de acceso por el tráfico asimétrico. La CRC impuso el SKA, pero no le impuso la carga a las partes de prestar el servicio de acceso, uso e interconexión a pérdida. Esas cargas no se impusieron en ninguna de las resoluciones de la CRT, ni se avalaron en las resoluciones 2255 de 2009, ni la 2499 de 2010 que la confirmó”, las cuales no se ocuparon de la legalidad del sistema SKA, ni de los perjuicios que sufrió ETB, ni autorizó a COLTEL a quedarse con el valor del tráfico asimétrico. Esas resoluciones, como ellas mismas lo indicaron, trataron sobre asuntos macroeconómicos, como la eficiencia en las inversiones, el crecimiento de líneas, la competencia, la calidad del servicio y la calidad del servicio para bien de los usuarios.

*“Como se explicará más adelante en el acápite titulado ‘El esquema de remuneración Sender Keeps All y la obligación de pagar por el tráfico asimétrico’, el derecho que concede el SKA a las partes, consistente en conservar lo que cada uno recauda de sus usuarios y no pagar cargos de acceso, **sólo puede ser ejercido en la medida en que satisfaga la obligación de remunerar el uso efectivo de las redes.** Dado que eso únicamente sucede cuando el tráfico es balanceado, una interpretación, como la que hace COLTEL, en el sentido de sostener que no hay lugar al pago de cargos de acceso incluso cuando el tráfico es asimétrico, es abiertamente abusiva por lesionar el derecho de la ETB a obtener una remuneración”.*

A propósito de la consideración expuesta en la sentencia de interpretación prejudicial 181-IP-2013, según la cual, *“como el caso particular ya había sido resuelto por la CRT (hoy CRC) mediante las Resoluciones 1345 de 2005 y 1388 de 2005, (...) el Tribunal de arbitramento consultante no goza de competencia para resolver el asunto particular”*, la ETB apoyada en el artículo 127 de la Decisión 500 a cuyo tenor el juez que formuló la consulta, *“deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”*, precisa que *“la obligatoriedad del concepto sólo se predica de la interpretación de las normas comunitarias, no de las demás declaraciones que haya podido hacer el Tribunal”*, resalta las diferencias entre la acción judicial encaminada a resolver un conflicto entre las partes y la acción de incumplimiento andina, recuerda la prohibición establecida para el Tribunal Andino en el artículo 126 de esa Decisión para calificar los hechos materia del proceso, de donde al no ser su función aplicar el derecho al caso concreto, aquella consideración sobre la competencia no es vinculante al juez nacional, y debe entenderse no sobre *“la competencia para estos asuntos, pero sí para los de naturaleza regulatoria”*, es decir, son competencia de la Autoridad Regulatoria los conflictos regulatorios, más no los contractuales indemnizatorios o de cobro, que deben resolverse *“con arreglo al derecho nacional, por el juez natural del contrato, la justicia ordinaria o la arbitral, según el caso”*, como indica al *“señalar que, de acuerdo al artículo 32 de la Decisión 462⁴⁵, “las autoridades nacionales competentes resolverán de acuerdo con su normativa nacional”⁴⁶* las reclamaciones relacionadas con la interconexión, tal como puntualizó la Comisión de Regulación al contestar derechos de petición presentados por Fernando Carrizosa Rash y José Manuel Álvarez de 30 de septiembre de 2010 y 4 de octubre de 2010, respectivamente (Pruebas No. 1 y 2, y literal b del escrito de 29 de noviembre de 2012 que descurre el traslado de las excepciones de mérito, cuaderno de Pruebas No. 4, folios 21 a 28), indicando que *“los fallos arbitrales se refieren exclusivamente a asuntos transables”*,

⁴⁵ “Párrafo 32, página 17 de la sentencia 181-IP-2013 (Cuaderno de pruebas No. 12)”

⁴⁶ “Artículo 32 de la Decisión 462.”

como los conflictos relativos a obligaciones dinerarias, al tiempo que la intervención de la CRC se refiere a “*asuntos regulatorios imperativos*”. Así mismo expresa que de forma constante y reiterada, el mismo TJCA ha señalado que su función no es la de pronunciarse sobre actos administrativos, ni sobre los hechos del caso.

De acuerdo con lo anterior, concluye que es claro que no correspondía al TJCA determinar si los árbitros son o no competentes para resolver la controversia, por varias razones. Primero, porque la decisión sobre la competencia de los árbitros corresponde únicamente a los árbitros de acuerdo con las normas nacionales. Segundo, porque esa decisión depende de la distinción entre los conflictos regulatorios y los contractuales, la cual se echa de menos en la sentencia de interpretación prejudicial. Tercero, porque esta determinación supone necesariamente una calificación de los hechos.

Concluye que los árbitros sólo están vinculados por aquellos apartes de la sentencia de interpretación que determinan el sentido y alcance de las normas comunitarias sobre el fondo del asunto, más no por aquellos que comportan un exceso en las atribuciones del TJCA, en los términos aquí expuestos.

Agrega que si el Tribunal Arbitral interpreta que la ‘determinación’ del TJCA en relación con un asunto contractual es la falta de competencia, habría una denegación de justicia en contra de la ETB, pues dentro del ámbito del principio de complemento indispensable de la normativa andina, al interpretar el artículo 22 numeral 9º de la Ley 1341 de 2009, la CRC en múltiples ocasiones ha determinado que “*en el marco de sus competencias*” no resuelve controversias de orden económico de carácter transable entre operadores de telecomunicaciones. En efecto, si el juez del contrato no accede a resolver una controversia contractual, la ETB no tendría a quién

acudir para obtener una decisión sobre el asunto, ya que la CRC no la resolverá. Esta situación sería, naturalmente, lesiva de su derecho de acceso a la administración de justicia. A tal efecto se refiere a diversas resoluciones de la CRC en las cuales la misma precisó el alcance de sus facultades.

Igualmente señala la *“diferencia abismal entre lo que le pidió COLTEL a la CRC en el año 2005 para que modificara el esquema de pago al SKA y lo que le pide la ETB al tribunal arbitral:*

*“[...] De acuerdo con lo dicho por la CRC en la Resolución 1345 de 2005, COLTEL le solicitó a la Comisión *“la definición del esquema de cargos de acceso aplicables en la relación de interconexión existente entre la RTPBCL de dicho operador y la RTPBCL de ETB”**⁴⁷. La pretensión de COLTEL consistió en que se impusiera el esquema SKA para la interconexión entre las redes locales de ETB y COLTEL. La Comisión decidió acceder a la solicitud, ordenando la implementación del sistema a partir del 22 de marzo de 2002, en los siguientes términos: *“[F]rente a la ausencia de acuerdo entre las partes, la metodología de cargos de acceso que debe remunerar la interconexión entre las redes de TPBCL de **ETB** y de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** es la establecida en el artículo 4.2.2.20, la cual deberá ser implementada a dicha relación de interconexión desde la fecha en la cual **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** presentó su solicitud de solución de conflicto, esto es desde el 22 de marzo de 2002, toda vez que es solo hasta ese momento que la Comisión adquiere competencia para los efectos de pronunciarse sobre el conflicto de interconexión surgido entre los operadores de telecomunicaciones”*⁴⁸. (La subraya es nuestra)

“En contraste, las pretensiones de la ETB en este proceso arbitral apuntan a que se declare el incumplimiento de la obligación de COLTEL, contenida en la resolución antes señalada, y que remunere a la ETB por todo el uso que hace de su red, y que se condene a esa empresa al pago de los perjuicios sufridos por la ETB. Las pretensiones de la ETB están dirigidas a que el Tribunal declare el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de COLTEL, teniendo en cuenta lo dispuesto en las resoluciones de la CRC. Esas pretensiones parten de la consideración de que esos actos administrativos no tienen el alcance de determinar que la ETB perdió el derecho a obtener una contraprestación, que la empresa está obligada a soportar en su patrimonio un perjuicio, o que COLTEL esté legitimada para obtener un lucro a costa de la ETB. La ETB no discute la competencia de la CRC para resolver los conflictos de naturaleza pública de la interconexión. Particularmente, no discute su competencia para definir el esquema de remuneración. Como se ha señalado, ETB no pretende que se modifique el sistema de remuneración SKA definido por la CRC en las resoluciones particulares. Lo que ETB pretende es que COLTEL las cumpla y aplique. La ETB ha dado cumplimiento estricto a las resoluciones en la medida en que ha mantenido la interconexión, no ha suspendido la prestación del servicio no obstante la pérdida económica que

⁴⁷ Página 9. Cuaderno de pruebas No. 2, folio 535.

⁴⁸ Páginas 10 y 11. Cuaderno de pruebas No. 2, folios 536 y 537.

representa para la empresa hacerlo en estas condiciones. Lo que no tiene lógica es que pretenda deducirse de las citadas resoluciones la obligación de soportar un perjuicio para una parte y el derecho para la otra de obtener el beneficio patrimonial o lucro correlativo, que se traduce en un subsidio cruzado de ETB a COLTEL.[...] Como se pasa a explicar, este Tribunal está llamado a proferir el laudo arbitral, considerando que sí tiene competencia para dirimir la controversia, por ser del ámbito de lo privado y transable, por disposición de normas nacionales que son complemento indispensable de las normas andinas sobre interconexión. El juez natural del contrato para este caso, por tratarse de un asunto transable, que no está dentro del ámbito de competencias regulatorias de la CRC, es el Tribunal Arbitral, por autorización del artículo 116 de la Constitución Nacional, y del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009. [...] Es evidente que para resolver un conflicto surgido por el incumplimiento de las cláusulas contractuales, al Juzgador le incumbe interpretarlas o determinar cuál es el alcance de las mismas. Si existen estipulaciones impuestas en un acto administrativo, también le corresponde averiguar cuál es el alcance de la imposición; punto en el cual debe proteger el principio de la autonomía de la voluntad en el sentido de que éste solo puede ser afectado excepcionalmente por la autoridad regulatoria, pero de todas formas respetando las normas de orden público locales y comunitarias que tratan de la economía del contrato.

“[...] El ámbito de la regulación no se extiende hasta la determinación de imponérsele a una parte la obligación de perder en un contrato para que la otra gane como ya vimos. Ese desequilibrio competitivo que se presenta en la ejecución del contrato, debe ser resuelto por el Juez del contrato privilegiando la regla de oro de la contratación que es la imposición de obligaciones por la autonomía de la voluntad, con base en la cual la intervención debe interpretarse como excepcional y en esa línea debe definirse su alcance.

“Como se ha dicho hasta la saciedad, la ETB pretende que se declare el incumplimiento contractual de COLTEL, quien de mala fe, valiéndose de que las resoluciones no hacen expresa alusión a la condición de simetría en el tráfico y a la obligación de pagar el tráfico asimétrico, se ha negado a pagar por el desbalance, dejando de remunerar todo el uso que hace de la red de ETB.”

3. El concepto del Ministerio Público

El Señor Procurador Sexto Judicial Administrativo II, en su juicioso concepto, inicia con importante jurisprudencia y referencia al marco jurídico internacional, comunitario e interno de la regulación, la naturaleza y funciones de las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos, en particular de la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC-, la obligatoriedad de sus actos administrativos generales y particulares regulatorios.

Distingue el Señor Agente del Ministerio Público la relación de interconexión de la relación contractual, la competencia privativa y exclusiva de la CRC para

definir los conflictos regulatorios relativos a la interconexión, y la competencia para decidir los conflictos contractuales sin modificar el sistema de remuneración regulatorio, para concluir que, habiéndose definido el sistema de remuneración mediante Resoluciones 1345 y 1380 de 2005, **“no podría el Tribunal de Arbitramento por vía de condena a COLTEL decretar la remuneración de cargos de acceso, bajo el argumento de asimetrías entre el tráfico cursado entre las redes de dichos operadores, pues ello significa modificar un sistema de remuneración, para lo cual carece de competencia”**.(Se subraya).

En lo tocante a la función decidir los conflictos de interconexión entre operadores, indicó:

“La Comisión de Regulación de Comunicaciones tiene en consecuencia la facultad de regular aspectos técnicos, administrativos, operativos y económicos de las empresas prestadoras del servicio público de telecomunicaciones entre los cuales se encuentra el acceso, uso y remuneración de las redes de interconexión entre los diferentes operadores, para lo cual instrumentaliza sus decisiones a través de actos administrativos de carácter general y particular. Adicionalmente, tiene la facultad de fijar el límite de las tarifas, pues estos servicios se encuentran dentro de un régimen regulado, al cual necesariamente deben sujetarse quienes prestan el servicio.

“De igual manera, la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, tiene la facultad de resolver las controversias, dentro del marco de sus competencias, que se puedan presentar entre operadores y proveedores de redes y servicios sin que tal función pueda ser limitada por acuerdo alguno entre ellos. “A la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC – también le corresponde de oficio o a solicitud de parte fijar condiciones de acceso, uso e interconexión entre las diferentes redes de telecomunicaciones.

“En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, en virtud del principio de intervención económica del Estado, le corresponde a la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC – la facultad exclusiva de resolver por vía administrativa los conflictos entre los diferentes operadores de telecomunicaciones, con ocasión de sus contratos o interconexiones. Dicha facultad se expresa en actos administrativos sujetos a control jurisdiccional de legalidad y constituyen expresiones de la actividad regulatoria. Como lo explicó en su momento la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC – en la Resolución 1388 de 2001: “el hecho de que el tema de los cargos de acceso sea tratado por las partes en un contrato de acceso, uso e interconexión, no implica que el mismo pierda su nexo directo con la relación de interconexión y se convierta en un tema de simple naturaleza contractual.

“Al respecto, debe también aclararse que la competencia de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para la solución de divergencias, está referida a asuntos relacionados o generados con ocasión de la relación de interconexión, independientemente de que la misma se encuentre instrumentada en un contrato o en un acto administrativo de carácter unilateral, como sería el caso de una imposición de servidumbre. **Así las cosas, es claro que la competencia de la CRT se predica es de la relación de interconexión y no del contrato suscrito por las partes;** cosa distinta es, se insiste, que la relación de interconexión se encuentre plasmada en un contrato, lo cual no afecta ni limita el alcance y propósitos de la facultad de solución de conflictos encargada por el legislador a la CRT.”

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

Tras analizar detenidamente el régimen regulatorio que consagra el sistema *sender keeps all*, y confrontar las pretensiones incoadas en las demandas arbitrales principal y de reconvencción, puntualiza:

“Para el Ministerio Público, es claro entonces que el SKA:

- El proveedor del servicio es dueño de sus ingresos, pero también de sus costos.
- El proveedor del servicio es responsable de la promoción y gestión comercial de su servicio.
- El esquema remunera el uso de la red aunque no supone transferencia de fondos entre los operadores.
- Los operadores pueden adoptar mediante acuerdo, un sistema de remuneración diferente, cuestión que en el presente caso no ha ocurrido.
- No existe, en consecuencia, procedimiento de conciliación entre los servidores por tráfico.
- No existe en la normatividad vigente condicionamiento alguno a que exista, desde el punto de vista jurídico, simetría entre los operadores interconectados, pues como lo explicó en su momento la CRC, el sistema remunera de manera efectiva la interconexión.

“Bajo esta perspectiva, y observadas las pretensiones de la demanda encaminadas ellas a que se reconozcan sumas de dinero por tráfico cursado, no encuentra el Ministerio Público que le asista razón a la parte convocante. El reconocer que una de las partes adeuda a la otra, suma alguna por concepto de cargos de acceso equivaldría ni más ni menos a modificar un sistema que claramente está establecido por las normas regulatorias. **En otras palabras, definida la controversia sobre la remuneración de la interconexión entre COLTEL y ETB por parte de la CRC, quien mediante la expedición de las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005, determinó que de acuerdo con la normatividad vigente, el sistema aplicable es el Sender Keeps All reafirmada su competencia por el Tribunal Andino de**

Justicia, así como su conformidad con las normas andinas, no podría el Tribunal de Arbitramento por vía de condena a COLTEL decretar la remuneración de cargos de acceso, bajo el argumento de asimetrías entre el tráfico cursado entre las redes de dichos operadores, pues ello significa modificar un sistema de remuneración, para lo cual carece de competencia.

“En nuestro entender, los cuestionamientos que la parte demandante realiza sobre el sistema de remuneración de cargos de acceso relacionados en su mayoría con asimetrías de tráfico cursado no guardan relación con el cumplimiento o incumplimiento del contrato”(se subraya)

En síntesis, para el Ministerio Público, **“es claro que la competencia de la CRT se predica es de la relación de interconexión y no del contrato suscrito por las partes”**, pero el juez natural del contrato, al decidir el conflicto contractual, carece de competencia para modificar el sistema de remuneración definido por la Autoridad Regulatoria al resolver la controversia sobre la remuneración de interconexión entre Colombia Telecomunicaciones S.A. y ETB, mediante las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005, con el sistema *Sender Keeps All*, y encontrar que las pretensiones de la demanda arbitral reformada cuestiona este sistema sin relación con el cumplimiento o incumplimiento del contrato, pide denegarlas y acceder a la primera pretensión de la demanda de reconvención.

Consideraciones del Tribunal

1. El régimen comunitario andino y el alcance de las atribuciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Como consecuencia del proceso de integración económica adelantado por los países andinos ha surgido entre los estados miembros de la Comunidad Andina de Naciones un ordenamiento que se caracteriza, como dijo la Corte Constitucional en sentencia C-228 de 1995, por ser *“un sistema preeminente o de aplicación preferencial frente al derecho interno de cada país miembro y con una capacidad de aplicación directa y eficacia inmediata”*. En este mismo sentido ha señalado el Consejo de Estado (sentencia del 21 de noviembre de

2012 Radicación: 110010326000201000056 00 39.373) que las “*principales características del Derecho Comunitario Andino son (i) la supranacionalidad; (ii) integración con los sistemas jurídicos internos; (iii) la aplicabilidad y efectos directos o inmediatos y (iv) su intangibilidad y autonomía.*”

Ahora bien para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico andino, dentro del marco del Acuerdo de Cartagena los Estados partes en el mismo decidieron celebrar en Cochabamba (Bolivia) el “Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” (en adelante el Tratado), para lo cual expresaron en este Tratado que es “*indispensable garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa o indirectamente del Acuerdo de Cartagena, con el fin de que la integración alcance los efectos que de ella esperan los pueblos de los países Miembros*” y que “*algunas de las dificultades que se presentan en la ejecución del Acuerdo de Cartagena y de los actos que lo desarrollan obedecen, entre otras razones, a la complejidad de su ordenamiento jurídico*”. Así mismo se expuso que “*la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente*”.

Para efectos de lograr los propósitos indicados el Tratado otorgó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante el Tribunal Andino) diversas funciones, como son las siguientes:

- “*declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se*

refiere el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder...” (artículo 17)

- Pronunciarse sobre el incumplimiento por parte de los países miembros de *“obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”* (artículos 23 y siguientes del Tratado)
- *“...interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”* (artículo 32 y siguientes).
- Pronunciarse sobre las solicitudes que se le presenten *“cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General, se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”* y no haya accedido al requerimiento formulado en tal sentido (artículo 37).
- *“...dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden”* (artículo 38).
- *“conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración”* (artículo 40)

Dentro de estas funciones es particularmente relevante para el presente caso, la competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para realizar

la interpretación prejudicial prevista en los artículos 32 y siguientes del Tratado mencionado.

A este respecto el artículo 33 del Tratado dispone que *“Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno”*. Agrega la norma *“En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal”*.

En relación con el alcance de esta disposición frente a los tribunales de arbitramento, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha considerado (Proceso 03-AI-2010 decisión del 26 de agosto de 2011): *“Por lo tanto, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales”*. Igualmente en providencia del 11 de julio de 2012 (57-IP-2012) expresó: *“Los árbitros o tribunales de arbitramento que son de única o última instancia y fallan en derecho, se incluyen dentro del concepto de juez nacional contenido en los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 122 y 123 de su Estatuto y, en consecuencia, tienen la obligación de solicitar interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se*

controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, de conformidad con las previsiones consagradas en la normativa comunitaria”.

Por lo anterior, en desarrollo del Tratado y la interpretación del mismo por parte de dicho Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la oportunidad legal, este Tribunal Arbitral solicitó la interpretación prejudicial del Tribunal Andino de diversas normas del ordenamiento jurídico andino que podrían ser aplicables para resolver la controversia sometida a su consideración.

Ahora bien, en cuanto al contenido y alcance de dicha interpretación es pertinente recordar que el artículo 34 del Tratado establece que en su interpretación *“el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto”.* Agrega el Tratado que el *“Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.”*

Finalmente, el artículo 35 del mismo Tratado dispone que el *“juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.”*

Por otra parte, el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 500, en adelante Estatuto) establece en su artículo 121 que *“Corresponde al Tribunal interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”.*

Por su parte el artículo 126 del Estatuto establece el trámite de la solicitud y a tal efecto señala que *“En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referidas al caso concreto. El Tribunal no interpretará el contenido y alcance del derecho nacional ni calificará los hechos materia del proceso, pero podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.”*

Así mismo, el artículo 127 establece que *“El juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”*.

Finalmente, el artículo 28 del Estatuto establece que *“Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal”*, y dispone que, *“...los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial”*.

Así mismo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha precisado (sentencia PROCESO No. 1-IP-87):

“La función de este Tribunal, en consecuencia, en el tipo de acción de que se trata, es únicamente la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico. Por tal interpretación debe entenderse la búsqueda de la significación de la norma para precisar su alcance y su sentido jurídico, tarea esencialmente distinta a la de aplicar la norma a los hechos, la cual está reservada al juez nacional, como ya se indicó, dentro de las correspondientes esferas de competencia. No puede referirse entonces el Tribunal al cotejo y adaptación entre el contenido general de la norma que interpreta y los hechos concretos y particulares. La exigencia del Estatuto, de que tales hechos se informen al Tribunal de manera sucinta, ha de entenderse entonces no en el sentido de que éste se ha de pronunciar sobre ellos -lo cual le está vedado- sino para que, conociéndolos, pueda el Tribunal enfocar u orientar la doctrina de suerte que su interpretación resulte útil para el juez nacional que debe fallar. De

otro modo, la interpretación que adopte el Tribunal podría resultar demasiado general y abstracta, en el inagotable universo de la teoría jurídica e inútil, en consecuencia, tanto para decidir el caso como para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario.”(se subraya)

Por otra parte, en la Nota informativa sobre el Planteamiento de la Solicitud de Interpretación Prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se dice: *“1. La interpretación prejudicial es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que este último, representado por el Tribunal de Justicia, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria y al primero le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno¹. Su finalidad no es otra que resguardar la aplicación uniforme por todos los jueces en el territorio de los Países Miembros.”*

Agrega la Nota que *“la función del Tribunal comunitario en estos casos, es la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, es decir buscar el significado para precisar su alcance; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia². No obstante, el Tribunal de Justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.”* (Se subraya)

En este punto y en cuanto permite delimitar el alcance de las funciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Corte Constitucional, es pertinente señalar que esta última Corporación ha precisado lo siguiente (sentencia C-228-1995):

“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

podiera 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. 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 supuestos limitativos anotados, la Corte debe acatar la interpretación prejudicial hecha por el Tribunal". (se subraya)

Así las cosas, de conformidad con el Tratado, el Estatuto del Tribunal y la Nota Informativa sobre el particular, la interpretación prejudicial del Tribunal de la Comunidad Andina tiene por objeto fundamental precisar el sentido de las normas comunitarias. Al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no le corresponde interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso. Por consiguiente, es a la autoridad que conoce del proceso a la que le corresponde aplicar la norma supranacional, tal como ha sido interpretada, a los hechos de cada caso y decidirlo en lo que corresponda, permitiendo como dice la Corte Constitucional la existencia de “*actuaciones jurisdiccionales complementarias e interactuantes de los jueces comunitarios y nacionales*”.

Teniendo en cuenta lo anterior procede el Tribunal a analizar el alcance de las funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

2. La Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC- y el alcance de la función de dirimir conflictos de interconexión entre operadores

El ordenamiento jurídico colombiano contempla las Comisiones de Regulación las cuales, según ha dicho la Corte Constitucional (sentencia C-1120 de 2005), ejercen “*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 (se refiere a los servicios públicos), y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias” (la frase entre paréntesis no es del texto).

Ha señalado igualmente la Corte Constitucional (sentencia C-186 de 2011) que *“la función de regulación dependen del sector de actividad socio-económica regulado, y por lo tanto puede cobijar distintas facultades e instrumentos”*. A este respecto en la sentencia C-150 de 2003 dicha Corporación expresó:

“En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia.”

Como parte de dicha regulación, las normas que determinan las funciones de las Comisiones de Regulación han previsto de tiempo atrás la posibilidad de

que las mismas puedan resolver algunas controversias. En tal sentido la ley 142 de 1994 estableció:

“ARTÍCULO 73. FUNCIONES Y FACULTADES GENERALES. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:

(...)

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

“73.9. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. La resolución debe atender, especialmente, al propósito de minimizar los costos en la provisión del servicio.

(...)

“ARTÍCULO 74. FUNCIONES ESPECIALES DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN. Con sujeción a lo dispuesto en esta ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

(...)

“74.3. De la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones:

(...)

“b. 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 de eficiencia en el servicio.

(...)(se subraya)

Ahora bien, sobre el alcance de tales funciones la Corte Constitucional ha precisado que las mismas son una función administrativa que forma parte de la regulación. En efecto en sentencia del C-1120 del 2005 expresó:

“8. Respecto de la distinción entre la actividad administrativa y la actividad judicial, desde el punto de vista del contenido o materia, la Corte Constitucional ha señalado que aunque ha existido y existe controversia, en últimas lo que permite diferenciarlas, por referirse ambas a la aplicación o ejecución de la ley y tener por tanto un alcance particular, es el carácter provisional de la primera, sujeta por regla general al control de la segunda, y la índole definitiva de ésta. Al respecto ha dicho:

“(…)

“11- Para responder a esa pregunta, la Corte debe estudiar qué sentido tiene que la ley atribuya a un acto singular de un determinado órgano estatal una naturaleza administrativa. Ahora bien, esa caracterización tiene como consecuencia, entre otras cosas, que éste, por oposición a los actos jurisdiccionales, no tiene la fuerza de cosa juzgada, pues no sólo es revocable y modificable por la propia administración, como es obvio, dentro de ciertas condiciones sino que, además, puede ser revisado por las autoridades judiciales, en virtud del principio de legalidad. Por el contrario, el acto jurisdiccional, una vez ejecutoriado, es definitivo, pues tiene la virtud de la cosa juzgada. Por eso, amplios sectores de la moderna doctrina jurídica consideran que si bien es muy difícil encontrar elementos sustantivos que distingan un acto administrativo de uno jurisdiccional, pues ambos en el fondo son la producción de una norma singular dentro del marco de posibilidades establecido por una norma general, lo cierto es que existen elementos formales que permiten establecer una diferencia entre ambos tipos de actos⁴⁹. De un lado, por sus efectos, pues el acto administrativo no goza de fuerza de cosa juzgada mientras que el jurisdiccional es definitivo, por lo cual el primero puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada, mientras que el acto jurisdiccional, una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, es irrevocable. De otro lado, estos actos también se diferencian por la naturaleza del sujeto que los emite, pues sólo puede producir actos judiciales un funcionario que tenga las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces, En efecto, lo propio del juez es que no sólo debe estar previamente establecido por la ley (juez natural) sino que, además, debe ser ajeno a las partes en la controversia (imparcial), sólo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de los otros poderes (independiente), y goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad)⁵⁰. Por el contrario, el funcionario administrativo carece de algunos de esos rasgos.”⁵¹

“9. Del examen de las funciones de resolución de conflictos entre las empresas de servicios públicos domiciliarios, a cargo de las Comisiones de Regulación, de que tratan las normas demandadas, resulta que:

⁴⁹ Sobre este punto, en la doctrina internacional, ver Hans Kelsen. **Teoría General del derecho y del Estado**. México: Utaria, 1950, p 288 y ss. Ver igualmente Y en la doctrina nacional, ver Leopoldo Uprimny. “La ambigüedad e inconveniencia de los términos ‘jurisdicción’, ‘función jurisdiccional’ y ‘rama jurisdiccional del poder público” en **Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia**. Bogotá: enero, junio de 1997, No 215-216-217, pp 376 y ss, y 409 y ss.

⁵⁰ Sobre las garantías orgánicas que debe tener un juez para cumplir sus funciones, ver, entre otros, Luigi Ferrajoli. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995, pp apartado 40.

⁵¹ Sentencia C-189 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

“i) 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 efecto, las facultades de resolver tanto los conflictos por razón de los contratos o servidumbres (Num. 73.8 del Art. 73) como los conflictos acerca de quién debe servir a usuarios específicos o en qué regiones deben prestar sus servicios (Num. 73.9 del Art. 73) son desarrollo de la función general prevista en el inciso 1º del mismo artículo, en virtud del cual a las comisiones de regulación corresponde regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.⁵²

“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.

“Lo mismo puede afirmarse sobre los conflictos entre operadores en los casos en que se requiera garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio, cuya resolución asigna el Art. 74, Num. 74.3, de la Ley 142 de 1994 como función especial a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones.

“ii) 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. Esta actividad de la Administración Pública o de órganos administrativos corresponde a la denominada función arbitral de los mismos, en cuyo ejercicio actúan como árbitros de los conflictos entre particulares o entre éstos y otro órgano administrativo.

⁵² En este sentido tienen relevancia especial los Arts. 34 y 133 de la misma Ley 142 de 1994, que tratan, respectivamente, de la prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas y del abuso de la posición dominante.

“...” (Se subraya)

Así las cosas, la función de resolver las controversias entre empresas de servicios públicos u operadores constituye una función regulatoria que se ejerce a través de actos administrativos y cuyo alcance por lo mismo está determinado por la mencionada competencia regulatoria.

Por otro lado, la ley 1341 de 2009 al regular la Comisión de Regulación de Comunicaciones dispone:

“ARTÍCULO 22. FUNCIONES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES. Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones las siguientes:

(...)

9. Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia.”(se subraya)

Sobre esta facultad y su relación con la justicia arbitral la Corte Constitucional en sentencia C-186 de 2011 expresó:

“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 las cuales no estén involucradas las competencias de regulación legalmente atribuidas a este organismo.” (se subraya)

Por consiguiente, a la luz de la jurisprudencia constitucional, las facultades de la CRC para resolver controversias están vinculadas necesariamente a las que se susciten en relación con la regulación que la misma expide, pues tiene por función preservar su poder regulatorio y por ello el marco de la

competencia de sus facultades determina el alcance de su potestad para resolver controversias.

No sobra destacar que la Comisión de Regulación de Comunicaciones ha expuesto un punto de vista semejante pues en respuesta a los derechos de petición presentados por Fernando Carrizosa Rash y José Manuel Álvarez de 30 de septiembre de 2010 y 4 de octubre de 2010, respectivamente (cuaderno de Pruebas No. 4, folios 21 a 28) expresó:

*“En ese sentido, la función referida a la solicitud de controversias encomendada a la CRC por el ordenamiento jurídico, conforme a lo dispuesto en el artículo arriba transcrito, busca que la CRC, en el marco de sus competencias, **dirima las controversias que se presenten entre los diferentes proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, con lo cual en caso de presentarse una divergencia asociada a un tema regulatorio de carácter imperativo**, la misma sea conocida en la vía administrativa por la autoridad regulatoria, quien en ejercicio de funciones de intervención en la economía puede adoptar decisiones vinculantes y con efectos respecto de los diferentes operadores sometidos a su regulación, con el propósito de que la promoción de la competencia como razón de ser del ente regulador se haga efectiva, en beneficio último de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones” (se subraya)*

3. La jurisdicción y competencia de los jueces arbitrales

De conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política “*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.*”

Como ya se expuso, la Corte Constitucional ha precisado que la atribución de la Comisión de Regulación de Comunicaciones para resolver las controversias que le atribuye la ley constituye un límite a la autonomía privada en materia arbitral.

En este punto debe en todo caso destacarse que de conformidad con la jurisprudencia constitucional la facultad que tienen las Comisiones para resolver controversias deriva de su poder regulatorio y por ello es claro que su alcance está restringido a la regulación correspondiente.

A este respecto es importante precisar que la razón de ser por la cual el legislador atribuyó a las comisiones de regulación la competencia a la que se ha hecho referencia de resolver controversias en los términos precisados por la Corte Constitucional. A través de dicho poder se busca asegurar que la regulación adoptada por la Comisión cumpla plenamente los propósitos para los cuales se expide. En efecto, si una controversia sobre el alcance de una obligación derivada de la regulación fuera resuelta por otra entidad distinta al regulador, podría existir el peligro de que el alcance y sentido de la regulación fuera alterado frente a lo que pretende el regulador, dada la circunstancia de que es el regulador quien mejor conoce la regulación y por razón de sus funciones puede tener una visión de conjunto sobre todo el sistema y los efectos de la regulación.

Desde esta perspectiva es así mismo evidente la razón por la cual la competencia del regulador para pronunciarse sobre controversias entre las empresas sujetas a regulación no cobija aquellas controversias que no versan sobre la regulación sino sobre otros aspectos, bien sean contractuales o extracontractuales. En efecto, someter al regulador una controversia que no versa sobre la regulación, presenta el riesgo de que el regulador la resuelva con criterios propios de un regulador, y no con los que debe seguir el juez competente para resolver un conflicto contractual o extracontractual. Atribuir al regulador esta función es desconocer su naturaleza y el objeto de su actuación.

Lo anterior además corresponde al punto de vista que ha expresado la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

En la Resolución 1345 de 2005, por la cual se resuelve el conflicto surgido entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. y ETB S.A. E.S.P, puntualizó:

“En relación con la competencia antes mencionada, es de anotar que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, artículo 73.8. son facultades generales de las Comisiones de Regulación, “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 administrativa..” (subrayas fuera de texto).

“La norma señala con claridad los siguientes aspectos: La facultad se refiere a la intervención de la CRT partiendo de la existencia de una interconexión bien contractual o bien impuesta –servidumbre- Así, la competencia de la CRT surge frente a los conflictos entre operadores vinculados entre sí en razón del contrato, o de la servidumbre existente entre ellos. Debe resaltarse que la norma se refiere a los conflictos que surjan “por razón de los contratos o servidumbres” y no “de los contratos”.

“Con la norma anterior resulta armónico, por tratarse de una norma de estructura, el Decreto 1130 de 1999 que en su artículo 37, numeral 14, otorga competencia a la CRT para “Dirimir conflictos sobre asuntos de interconexión, a solicitud de parte”.

[...] .. existen claras diferencias entre las misma naturaleza de las facultades que asume la CRT en virtud del mandato legal, y la derivada de las cláusulas contractuales, en la medida en que la Ley 142 le otorga a la CRT facultades “administrativas y no “judiciales”, para su intervención, las cuales resultan distintas y no excluyentes ni excluidas en virtud del acuerdo contractual.

*En efecto, resulta claro que en la instancia de solución de conflictos regidos por la Ley 446 de 1998, el arbitramento está concebido como “un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter **transigible** defieren su solución a un tribunal arbitral el cual **queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia** profiriendo una decisión denominada laudo arbitral (L. 446/98, art. 111). (subrayas fuera de texto).*

Como mecanismo alternativo de solución de conflictos, el Tribunal queda investido de poderes judiciales transitorios, temporales y excepcionales por la decisión de las partes, para que frente a un conflicto determinado o precaviendo uno futuro, sean terceros distintos de los jueces, quienes con carácter definitivo resuelvan la controversia suscitada, mediante un decisión –fallo arbitral- que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada. La CRT, en cambio, no ejerce funciones judiciales ni se atribuye, por el hecho de la intervención en el conflicto, de facultades de esa naturaleza. La Comisión ejerce

funciones administrativas, sometidas al control jurisdiccional de legalidad, que no resultan incompatibles ni excluyentes, ni afectan o pueden afectar en su aplicación al caso particular, la instancia prevista en las cláusulas compromisorias de los contratos. Adicionalmente, no puede perderse de vista que los mecanismos de resolución privada de conflictos, no pueden derogar la intervención administrativa de autoridad pública (no judicial) como la CRT, ni consolidarse como un instrumento de “renuncia” a las competencias de la función pública. [...] Finalmente, es importante aclarar que la aplicación de la opción de cargos de acceso por capacidad, se enmarca dentro del ámbito de la interconexión, y por ende, los conflictos que surjan de la aplicación de dicha opción, son asuntos propios de la interconexión. Adicionalmente debe resaltarse que las divergencias que surjan por la aplicación de una norma como tal, esto es, sobre su legalidad o conveniencia, debe ser conocidas por los jueces competentes, en antelación a las acciones judiciales impetradas en su contra” (se subraya).

En el mismo sentido, la Resolución 1388 de 2005, decisoria del recurso interpuesto en vía gubernativa contra la Resolución 1345 de 2005 anterior, reiteró:

“Ahora bien, en lo que tiene que ver con el argumento expuesto por el recurrente en relación con la divergencia existente con la CRT por considerar que el conflicto no versa sobre la aplicación de la Resolución 463 de 2001, sino respecto a la aplicación de una cláusula contractual, debe aclararse que el hecho de que el tema de los cargos de acceso sea tratado por las partes en un contrato de acceso, uso e interconexión, no implica que el mismo pierda su nexo directo con la relación de interconexión y se convierta en un tema de simple naturaleza contractual.

“Al respecto, debe también aclararse que la competencia de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para la solución de divergencias, **está referida a asuntos relacionados o generados con ocasión de la relación de interconexión**, independientemente de que la misma se encuentre instrumentada en un contrato o en un acto administrativo de carácter unilateral, como sería el caso de una imposición de servidumbre. Así las cosas, **es claro que la competencia de la CRT se predica es de la relación de interconexión y no del contrato suscrito por las partes**; cosa distinta es, se insiste, que la relación de interconexión se encuentre plasmada en un contrato, lo cual no afecta ni limita el alcance y propósitos de la facultad de solución de conflictos encargada por el legislador a la CRT” (se subraya).

En la Resolución CRT 1715 de 2007, por medio de la cual la Comisión resolvió un conflicto de interconexión entre UNITEL S.A. E.S.P. y EMCALI EICE E.S.P. expresó (disponible en la página de la Comisión de Regulación de Comunicaciones <http://www.crcm.gov.co/index2.php?idcategoria=56956#>):

“En este sentido, **la definición de una controversia surgida entre operadores de telecomunicaciones con ocasión de la relación de interconexión comporta una**

de las manifestaciones de intervención del Estado, a través de la regulación, de tal suerte que la misma no tiene como propósito la declaratoria de cumplimiento de los contratos o acuerdos suscritos entre las partes, sino la salvaguardia de principios de orden constitucional y legal, como por ejemplo, los derechos de los usuarios a comunicarse, los derechos de los operadores a prestar efectivamente el servicio para el cual fueron habilitados, el derecho a la interconexión entre otros.

“Lo anterior toda vez que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones al dirimir una controversia surgida entre operadores de telecomunicaciones, no tiene como propósito proteger el contrato y sus previsiones, sino la interconexión misma, la cual resulta indispensable para que los usuarios puedan ejercer el derecho a comunicarse.

“Así mismo, resulta indispensable aclarar que la actuación de la CRT en instancia de solución de conflictos, nada tiene ver con la labor que debe desarrollar el juez del contrato al resolver jurisdiccionalmente, las controversias contractuales que se han presentado entre las partes. En el segundo de los casos, el juez analiza los intereses de cada uno de los agentes en las resultas de la contratación y establece si hay o no lugar al pago de multas, de intereses de prestaciones, de sumas de dinero, asociadas a las obligaciones derivadas eminentemente del contrato.

“En el caso de la CRT, como ya se dijo, su actuación se vincula directamente con la función de intervención del Estado en la economía, en procura de la competencia y en salvaguardia de los derechos de los usuarios.

“Así las cosas, queda claro que no corresponde a la CRT pronunciarse en relación con el cumplimiento o incumplimiento de los contratos, ni obligar a las partes a cumplir lo dispuesto en los mismos, máxime si se tiene en cuenta que la revisión de este tipo de asuntos ha sido reservada por el legislador a los jueces naturales del contrato”. (se subraya)

Así mismo, en la Resolución 1479 de 2006 (disponible en la página de la Comisión de Regulaciones [http:// www.crcom.gov.co/index2.php?idcategoria=57410#](http://www.crcom.gov.co/index2.php?idcategoria=57410#)), dicha entidad expresó:

“Al respecto no puede perderse de vista que el reconocimiento de intereses moratorios, ha sido reservado por el legislador a aquellas autoridades que ejercen funciones de orden jurisdiccional, y no a aquellas que tengan facultades de carácter administrativo, como es el caso de las funciones que la CRT ejerce para dirimir los conflictos que surjan entre los operadores de telecomunicaciones, con ocasión de la relación de interconexión. Así las cosas, es claro que las decisiones de la CRT no podrían involucrar temas de índole típicamente contractual relacionados con obligaciones dinerarias, pues corresponderá al juez competente analizar y definir si hay lugar a la mora y por ende, a su reconocimiento”. (se subraya)

Por consiguiente, aquellas controversias que no se refieren a la regulación misma y sus alcances sino a otros aspectos, no son de competencia de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. De este modo ha de entenderse que la Comisión de Regulación de Comunicaciones no es la Autoridad Nacional Competente para decidir conflictos que no se refieren a la aplicación y alcance de la regulación.

4. La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Teniendo en cuenta lo anterior ha de analizarse la interpretación prejudicial realizada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el presente proceso:

En la Sentencia 181-IP-2013 del TJCA (folios 821 a 851 del Cuaderno de Pruebas No. 12) por la cual el Tribunal de la Comunidad Andina de Naciones resolvió sobre la solicitud de interpretación prejudicial formulada en el presente proceso, el mismo expresó lo siguiente en relación con el alcance de las normas andinas sobre la autoridad competente para resolver controversias en materia de interconexión:

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

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

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

caso colombiano es la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), hoy denominada "Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC).

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

• Arreglo directo entre las partes. La norma propone en primer término un acercamiento de los involucrados para solucionar el conflicto.

• Si no se llegare a una solución negociada, a petición de parte se someterá la controversia a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones pertinente, para que tome una decisión en el plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario.

"37. En el caso particular, el órgano competente para la solución del conflicto es la "CRC". Pese a que el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General direcciona la competencia a la autoridad nacional en el evento de conflictos de interconexión, el artículo 17 literal f) de la misma Resolución, prevé que en los acuerdos de interconexión suscritos entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y en las ofertas básicas de interconexión, deberán plasmarse cláusulas sobre los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión.

"38. El Tribunal entiende que en cuestiones de ejecución de la interconexión, estamos frente a una antinomia en el mismo cuerpo normativo. Esto se resuelve a la luz del principio de especialidad, el artículo 32 de la Resolución 432 se encuentra en el capítulo IV, denominado "Solución de Controversias", mientras que el artículo 17 literal f) se encuentra en el capítulo I, denominado "Generales". Como el artículo 32 es especial frente al 17 literal f), evidentemente el aplicable es el primero, esto quiere decir que todo lo relacionado con conflictos que surjan en la "ejecución de la interconexión", es de competencia exclusiva de la Autoridad de Telecomunicaciones respectiva². Las controversias anteriores a dicha ejecución pueden solucionarse de conformidad con el mecanismo que las partes adopten.

"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.

"40. Ahora bien, refiriéndonos en concreto al (sic) a la primera frase del artículo 32 de la Resolución 432, el cual dice "Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino", se entiende que una vez decidido el asunto en la vía administrativa por la autoridad competente, 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 (artículos 23 a 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 49, 107 a 111 de su Estatuto).

"41. De todas formas, el Tribunal advierte que también se puede recurrir 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, de conformidad con las previsiones del artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal, claramente delimitado en la Interpretación Prejudicial expedida en el marco del proceso 207-IP-2013

“42. Como el caso particular ya habla sido resuelto por la CRT (hoy CRC) mediante las Resoluciones 1345 de 2005 y 1388 de 2005, la vía idónea 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.

“43. No obstante lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina procederá a resolver la Interpretación Prejudicial solicitada, con el fin de dar cumplimiento al principio de economía procesal y no prolongar la resolución del caso que nos ocupa” (se subraya)

Por lo anterior en la parte Resolutiva de dicha providencia se decidió:

***“PRIMERO:** Como el caso particular ya había sido resuelto por la CRT, mediante las Resoluciones 1345 de 2005 y 1388 de 2005, la vía idónea para controvertir lo decidido es la acción de incumplimiento comentada, o la vía nacional en el marco del artículo 31 como se determinó en el texto de la presente providencia. En este orden de ideas, el Tribunal de arbitramento consultante no tiene competencia para resolver el asunto particular.*

***“SEGUNDO:** Una interpretación conjunta los artículos 30 de la Decisión 462, y 18 y 20 de la Resolución 432, nos conduce a los siguientes elementos esenciales de los cargos de interconexión:*

“ ... ”

En relación con la anterior interpretación no puede el Tribunal dejar de advertir que si bien las normas del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina disponen que el Tribunal debe limitarse a interpretar las normas andinas, en este caso el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina además de interpretar las normas andinas indicó que este Tribunal Arbitral no era competente para resolver el asunto particular, lo que supone un análisis de los hechos materia del proceso, asunto que entiende el Tribunal Arbitral, según las normas que regulan la actuación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, estaría reservada al juez nacional.

Por lo demás, debe advertir este Tribunal Arbitral que la decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no parecería guardar armonía con la

decisión proferida por dicho Tribunal el 15 de noviembre de 2011 sobre la petición de enmienda y aclaración de la Sentencia de 26 de agosto de 2011, dictada dentro del Proceso 03-AI-2010.

En efecto, en dicha providencia el Tribunal de Justicia expresó:

“Que, sobre todo lo expuesto, el Tribunal reitera y aclara los siguientes aspectos con el fin de lograr una adecuada ejecución dentro de la Sentencia de 26 de agosto de 2011, emitida dentro del Proceso 03-AI-2010.

“ ...

“Que, tratándose de una acción de incumplimiento en un Sistema de Integración Supranacional, la conducta objeto de vulneración del ordenamiento jurídico comunitario puede darse por la acción u omisión de cualquiera de los órganos o de las instituciones que hacen parte de los poderes públicos del Estado; en este caso, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en la forma como ya se determinó, fue quien incumplió tal como quedó establecido en la Sentencia de 26 de agosto de 2011; **en consecuencia, debe el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera, realizar las siguientes acciones:**

“De conformidad con las previsiones del derecho procesal interno colombiano, dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación.

“De conformidad con lo dispuesto en la Sentencia de 26 de agosto de 2011, el Consejo de Estado debería solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, consultando si los Tribunales Arbitrales tienen la obligación de solicitar la interpretación prejudicial en los asuntos sometidos a su competencia y que tengan que ver con la aplicación de la normativa comunitaria andina. Sin embargo, por economía procesal, este Tribunal considera que la presente Sentencia ya contiene las pautas rectoras que le permitirán al Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera, resolver sobre la anulación de los tres laudos arbitrales.

“Es decir, en este momento la obligación que tiene el Consejo de Estado es dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación y aplicar la Sentencia de 26 de agosto de 2011, tomando dichas determinaciones como la interpretación prejudicial en los mencionados procesos, debiendo proceder a adoptar las acciones necesarias acorde con lo establecido anteriormente.

“Que, ahora bien, la interpretación de las normas sobre la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, se establecerá una vez que el Tribunal de Arbitramento se constituya nuevamente de acuerdo con las normas colombianas y éste solicite la debida interpretación prejudicial de conformidad con la normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

“Que, finalmente, de acuerdo al artículo 111 del Estatuto del Tribunal, el País Miembro que incumplió una norma comunitaria quedará obligado dentro de los

noventa (90) días siguientes a la notificación de la Sentencia a adoptar las medidas que estime convenientes para dar cabal cumplimiento a la Sentencia, descrita en el presente auto.

“Que, por lo señalado, el Tribunal, reitera el contenido de la Sentencia emitida el 26 de agosto de 2011, dentro del Proceso 03-AI-2010”(se subraya).

Como se puede apreciar, en la providencia que se acaba de transcribir el Tribunal de Justicia de la Comunidad expresó que lo que debía hacerse era anular los laudos y que la “interpretación de las normas sobre la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, se establecerá una vez que el Tribunal de Arbitramento se constituya nuevamente de acuerdo con las normas colombianas y éste solicite la debida interpretación prejudicial de conformidad con la normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad había señalado que debía convocarse nuevamente los Tribunales de Arbitramento, lo que indicaría que los mismos podían ser competentes desde el punto de vista de la normatividad andina.

Así mismo, en la decisión del 18 de julio de 2012, por medio de la cual se refirió a los alcances de lo que dispuso ese mismo Tribunal el 26 de agosto de 2011 expresó:

“Que, para dar cabal cumplimiento a la sentencia a la sentencia de 26 de agosto de 2011, la República de Colombia a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado, debe realizar las siguientes acciones:

“Proceder a declarar la nulidad de todo lo actuado desde el momento en que surgió la obligación para el Consejo de Estado de solicitar la interpretación prejudicial, es decir, antes de la emisión de las providencias que resolvieron los recursos de anulación.

“Continuar el proceso tomando la Sentencia de 26 de agosto de 2011, expedida en el marco del proceso de incumplimiento 03-AI-2010, como la interpretación prejudicial que debió solicitar el Consejo de Estado. Esta providencia, por economía procesal, se debe tomar como la interpretación prejudicial que fija el sentido y alcance de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 122 y 123 de su Estatuto.

“Anular los laudos arbitrales y, como efecto, devolver el asunto al Tribunal de Arbitramento que debió solicitar la consulta prejudicial, para que, de conformidad

con los mecanismos procesales aplicables, subsane su omisión y emita un nuevo laudo, acogiendo, para tal fin, la providencia que expida en su momento el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina". (se subraya)

Todo lo cual indicaría que un Tribunal Arbitral podría tener competencia para pronunciarse sobre este tipo de conflictos una vez recibida la interpretación prejudicial.

Para el Tribunal la forma de conciliar los diversos pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 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 si pueden hacerlo sobre otros aspectos contractuales o extracontractuales entre los diferentes operadores.

El Tribunal Arbitral adopta como fundamento de su decisión la interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. De este modo se debe partir de la base de que a la luz del derecho comunitario la competencia para resolver los conflictos surgidos por la interconexión⁵³ es de la Autoridad Nacional Competente, teniendo en cuenta a este respecto el marco de competencias determinado por el ordenamiento nacional.

5. Las decisiones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, las pretensiones de las demandas arbitrales y la competencia del Tribunal

5.1. Las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005.

⁵³ De conformidad con el artículo 2 de la Decisión 462, se entiende por interconexión: "Todo enlace con los proveedores que suministran redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones con objeto que los usuarios de un proveedor puedan comunicarse con los usuarios de otro proveedor y tener acceso a los servicios suministrados por otro proveedor respecto de los que se contraigan compromisos específicos."

En cuanto se refiere a las decisiones de la Comisión de Regulación en relación con la materia que se debate en este proceso encuentra el Tribunal lo siguiente:

En los antecedentes de la Resolución 1345 del 1 de noviembre de 2005, se reseña la solicitud formulada por la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES-TELECOM, según comunicación de radicación interna número 300991 del 22 de marzo de 2002, para la solución de un conflicto surgido con la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ, S.A. E.S.P. –ETB, “específicamente en lo que tiene ver con la decisión tomada por TELECOM de acogerse a la opción de cargos de acceso por capacidad para la interconexión entre la RTPBCLD de TELECOM y la RTPBCL de ETB y lo relacionado con los cargos de acceso locales para la interconexión entre la RTPBCL de TELECOM (CAPITEL) y la RTPBCL de ETB”.

En el artículo 1º de la Resolución 1345 de 2005 la CRC fijó *“el dimensionamiento de la interconexión de las redes de Telefonía Pública Básica Conmutada Local de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P. con la red de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. (TELECOM)... “*

En el artículo segundo de dicha resolución se expresó:

“COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. (TELECOM) deberá reconocer mensualmente a ETB S.A. E.SP. la suma establecida en la tabla ‘Opción 2: Cargos de acceso máximo por capacidad’ contemplada en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463 de 2001, para el grupo de empresas número (1), según lo explicado en el numeral 3.3.1 de la presente Resolución.

“Parágrafo. El valor establecido en el presente artículo deberá pagarse desde el 22 de marzo de 2002, fecha de radicación de la solicitud de solución de conflicto presentada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.”

En el artículo tercero se dispuso *“Acceder a la solicitud presentada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. en relación con la definición de los cargos de acceso y uso para la interconexión entre la red de TPBCL de dicho operador y la red TPBCL de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P. en los términos establecidos en el numeral 3.2 de la presente Resolución.”*

En relación con este artículo, y dado que el mismo se refiere al numeral 3.2 de la Resolución mencionada para establecer los términos que deben aplicarse para determinar los cargos de acceso y uso, es necesario tomar en consideración lo que en dicho numeral se determina.

Desde esta perspectiva se aprecia que en dicho numeral de la Resolución 1345 de 2005 la Comisión se refiere a la Resolución 463 de 2001 de la misma Comisión y expresa:

“3.2. Cargos de Acceso Local-Local

Como se anunció anteriormente, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES solicitó a la CRT que su decisión también hiciera referencia a la definición del esquema de cargos de acceso aplicables en la relación de interconexión existente entre la RTPBCL de dicho operador y la RTPBCL de ETB.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en ejercicio de sus funciones y facultades las cuales, como ya se ha anotado tienen fundamento y justificación en los principios de intervención del Estado en la economía, mediante Resolución CRT 463 de 2001 estableció como esquema de remuneración efectiva entre las redes de TPBCL, el denominado "Sender Keeps AH".

En efecto, el artículo 4.2.2.20 de la resolución mencionada establece lo siguiente:

“ARTICULO 4.2.2.20. CARGO DE ACCESO ENTRE REDES DE TPBCL. No habrá lugar al pago de cargos de acceso por el tráfico local cursado entre las redes de los operadores de TPBCL, lo cual implica que cada operador conservará la totalidad del valor recaudado de sus usuarios, se responsabilizará de todo lo concerniente al proceso de facturación y asumirá el riesgo de la cartera. Lo anterior, sin perjuicio de que los operadores acuerden cualquier esquema alternativo.”

“Como tuvo oportunidad de explicarse en el documento soporte de la Resolución CRT 463 de 2001, el esquema en mención implica que **‘el operador que genera la llamada conserva la totalidad del ingreso; no existen, por tanto, cargos de interconexión. Bajo este esquema cada proveedor del servicio, que cuente con el contacto directo de clientes finales, es dueño de los ingresos totales que el factura, preocupándose por la totalidad de los costos de facturación, atención al cliente y mercadeo, por citar tan solo los más importantes, sin que deba reconocerle al operador que provee la interconexión cargo alguno.** A su vez, el otro operador, cuando origine a su turno una llamada, conserva la totalidad del ingreso que facture, sin que deba reconocerte al interconectante cargo alguno por el acceso a su red.

“Como es obvio, el operador interconectante tendrá que incurrir en el gasto de arrendamiento de los circuitos al operador que provee la interconexión, los cuales aumentarán en la medida en que aumente el volumen de tráfico hacia la red de este último.

“El esquema, por supuesto, simplifica todo el proceso, reduciendo costos de transacción y eliminando los engorrosos problemas de conciliación de cuentas entre operadores, así como las dificultades que origina la determinación y pago de los costos de facturación y atención a los clientes’

“Al respecto, debe tenerse en cuenta que contrario a lo afirmado por ETB a lo largo de la presente actuación administrativa, **el esquema de cargos de acceso al que se ha hecho referencia sí remunera de manera efectiva el uso de la red; cosa distinta es que debido a sus características, no se deban transferir sumas entre los operadores Interconectados.**

“Adicionalmente, es de mencionar que según lo dispuesto en la regulación vigente el esquema de remuneración que se debe aplicar en las interconexiones entre redes locales, es el ya mencionado Senders Keeps All, siempre y cuando las partes de la relación de interconexión no hayan definido un esquema de remuneración diferente. En el presente caso, se encuentra que **si bien las partes definieron en el contrato suscrito entre las mismas, un valor a pagar por minuto por concepto de tráfico; cursado por dicha interconexión, dicha decisión conjunta se produjo no sólo antes de la entrada en vigencia de la Resolución CRT 463 de 2001 y del esquema de cargos de acceso definido por la misma para las interconexiones entre redes de TPBCL, sino teniendo en cuenta las disposiciones de orden regulatorio vigentes al momento de la suscripción del referido contrato,** las contemplaban una remuneración por uso (minuto).

“Así las cosas, **es claro para la CRT que si bien el artículo 4.2.2.20 transcrito prevé la posibilidad de que los operadores acuerden un esquema diferente al definido en la regulación, el mismo se predica de los acuerdos a los que se llegue bajo el rigor de la Resolución 463 de 2001 y no frente a aquellos celebrados antes de dicha resolución, de modo que desde la entrada en vigencia de dicho acto administrativo, todas las interconexiones existentes entre redes de TPBCL, deben ser remuneradas bajo el esquema “Sender Keeps All”, sin perjuicio de los acuerdos o esquemas alternativos definidos por los operadores en desarrollo de la voluntad privada.**

“Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para la CRT que, frente a la ausencia de acuerdo entre las partes la metodología de cargos de acceso que debe remunerar la interconexión entre las redes de TPSCM de ETB y de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES es la establecida en el artículo 4.2.2.20, la cual deberá ser implementada a dicha relación de interconexión desde la fecha en la cual COLOMBIA TELECOMUNICACIONES presentó su solicitud de solución de conflicto, esto es desde el 22 de marzo de 2002, toda vez que es sólo hasta ese momento que la Comisión adquiere competencia para efectos de pronunciarse sobre el conflicto de interconexión surgido entre los proveedores de telecomunicaciones” (se subraya).

En el artículo cuarto de la Resolución 1345 de 2005 se dispuso *“Negar la solicitud presentada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. (TELECOM) en relación con la definición de los cargos de acceso y uso para la interconexión entre la red de TPBLE de dicho operador y la red de TPBCL de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P. por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución”*. El artículo quinto ordena expedir copias.

Por su parte, la Resolución 1388 de 2005 resuelve admitir los recursos de reposición interpuestos tanto por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.SP. como por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P. Así mismo en el artículo tercero se niega la pretensión de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y en el artículo cuarto se decide acceder parcialmente a las pretensiones presentadas por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P., en lo que respecta al contenido del artículo 1º de la Resolución CRT 135 de 2005 que fija el dimensionamiento de la interconexión.

De esta manera, del contenido de los actos administrativos mencionados se desprende con claridad, que para la CRC no existe acuerdo entre las partes acerca de la metodología de cargos de acceso, por lo que la que debe aplicarse para remunerar la interconexión de TPNCL entre ETB y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES es la prevista en el artículo 4.2.2.20. Así mismo

precisó la CRC que el sistema Senders Keeps All remunera el uso de la red, pero no se deben transferir sumas entre los operadores interconectados.

5.2. Las pretensiones de la demanda arbitral principal reformada y la competencia del Tribunal

En la demanda principal reformada que dio origen a este proceso se solicitó:

- (a) Declarar el incumplimiento de la demandada a *“sus obligaciones contractuales y legales a su cargo, derivadas del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado el 23 de junio de 1999 y de las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005, expedidas por la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones”*, a *“consecuencia de las acciones y omisiones que se exponen en los hechos de la presente demanda reformada (Pretensión Primera Principal).*
- (b) Declarar la falta de pago por la parte convocada a la convocante del *“valor de los cargos de acceso por el tráfico asimétrico”* cursado entre sus redes de telefonía pública básica conmutada local (TPBCL), terminado en la de ETB y medido en minutos, desde abril de 2002 o en subsidio *“desde la vigencia de la Resolución 1763 de 2007 en diciembre de 2007”* hasta la fecha de presentación de la demanda reformada (Pretensiones Segunda Principal y Subsidiaria de la Segunda Principal).
- (c) Declarar *“que desde abril de 2002 el mecanismo de remuneración de cargos de acceso aplicable al contrato”* celebrado por las partes, *“es el sistema de remuneración Sender Keeps All impuesto por la CRT”*. (Pretensión tercera Principal), y en consecuencia, dicho mecanismo *“debe aplicarse conforme a los estándares internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT, recogidos en los estudios de*

la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones” (Pretensión Cuarta Principal).

(d) Declarar la obligación contractual de *“liquidar, facturar y pagar cargos de acceso, uso e interconexión entre sus redes locales en Bogotá cuando exista asimetría en el tráfico cursado ente ellas”, o en subsidio, cuando por el método de pago Sender Keeps All “existan desbalances o asimetrías de tráfico entre las partes, se aplique la fórmula propuesta por la CRC sobre el balance trimestral medido, el balance trimestral regulado y el balance trimestral objetivo, de conformidad con el valor eficiente máximo previsto en la regulación de la Comisión de Regulación de Comunicaciones para la terminación de llamadas en redes de TPBCL, ajustado con el Índice de Actualización Tarifaria (IAT)” (Pretensiones Quinta Principal y Subsidiaria).*

(e) Condenar a la Parte Convocada a pagar a la Convocante *“todos los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, causados con los incumplimientos señalados en los hechos de la demanda” (Pretensión Sexta Principal), las sumas no remuneradas del tráfico asimétrico cursado entre sus redes desde abril de 2002 hasta la fecha del laudo, y liquidadas en minutos reales según el valor eficiente máximo contemplado en la regulación de la CRC para la terminación de llamadas en redes de TPBCL (Resoluciones 463 de 2001 y 1763 de 2007), ajustado con el Índice de Actualización Tarifaria (Pretensión Séptima Principal), o en subsidio a la tarifa contemplada en la Resolución 087 de 1997 para el Grupo 1, actualizada conforme al Índice de Actualización Tarifaria (IAT), según la metodología de conversión de impulso a minuto de 1,31. (Pretensión Primera Subsidiaria de la Séptima Principal), o desde enero de 2008 hasta la fecha más del laudo o la más próxima liquidados a la tarifa contemplada en la Resolución 1763 de 2007 para la terminación de*

llamadas en redes de TPBCL del Grupo 1, actualizada conforme al Índice de Actualización Tarifaria (Pretensión Segunda Subsidiaria de la Primera Subsidiaria a la Séptima Principal) o a la tarifa contemplada en la Resolución 087 de 1997, actualizada conforme al Índice de Actualización Tarifaria (IAT), según la metodología de conversión de impulso a minuto pactada por las partes en el contrato, para la terminación de llamadas de interconexión de sus redes de TPBCL en Bogotá. (Pretensión Tercera Subsidiaria de la Primera Subsidiaria a la Séptima Principal).

- (f) Actualizar las sumas resultantes y liquidar intereses comerciales moratorios desde su causación a la fecha del laudo, y condenar a pagarlos desde esta hasta el pago, así como al pago de los gastos y costas del proceso arbitral (Pretensiones Octava, Novena y Décima Principal).

En la *causa petendi*, esto es, el fundamento fáctico y jurídico de las pretensiones, la demandante señala en el hecho 5.2.6. que *“La CRT se limitó a disponer que el mecanismo de remuneración de los CdA para la interconexión de las RTPBCL de ETB y COLTEL en Bogotá sería el Sender Keeps All, sin entrar a modificar otras cláusulas de tipo económico del contrato. (Prueba No. 6.20 de la contestación de la demanda de COLTEL)”*, por lo que se afirmó en el hecho 5.2.7. que *“El valor del cargo de acceso a pagarse entre las partes y su reajuste periódico, se rige actualmente por lo dispuesto en el contrato y las normas establecidas por la CRT (hoy CRC).”*

Igualmente expuso en el hecho 5.3.1. que *“Desde abril de 2002 e, incluso, hasta la fecha de reforma de esta demanda, durante casi todo el período en mención, se han presentado márgenes considerables de asimetría en el*

tráfico cursado entre las RTPBCL de las partes en Bogotá, en contra de la ETB...”.

Se agregó en el hecho 5.3.4. que *“Como consecuencia del desbalance de tráfico entre las dos redes y su falta de remuneración por parte de COLTEL en el período señalado, ETB ha sufrido cuantiosas pérdidas cualquiera que sea la metodología de liquidación del precio de los CdA por minuto:”*.

Así mismo se señaló en el hecho 5.3.15. que *“Bajo el SKA hay remuneración efectiva de la red únicamente cuando el número de minutos entrantes a la RTPBCL de ETB provenientes de la RTPBCL de COLTEL es del 1% o menos, lo que efectivamente se presentó en junio de 2006....”*

“No obstante, si la asimetría va in crescendo en contra de cualquiera de los operadores y dicha tendencia se mantiene, la remuneración por el uso de la red deja de ser efectiva y completa y es por esto que debe empezar a pagar por la diferencia del tráfico.”

En el hecho 5.3.16 de la demanda se señala: *“En consecuencia, es evidente que COLTEL, **mediante la indebida aplicación del SKA** y su renuencia **a pagar por la totalidad del uso de la red de ETB**, ha violado, entre otras, las obligaciones 12.13, 12.16, 12.26, 12.27, 12.28, 12.32, y los principios de reciprocidad, economía y lealtad contractual, desconociendo la voluntad de las partes para propender y garantizar el beneficio de los usuarios y de las partes mismas.”* (se subraya).

El hecho 5.5. **“incumplimiento de las otras obligaciones contractuales”**, indica que además de pagar la demandada estaba obligada a cumplir las obligaciones contraídas en los numerales 12.26, 12.27, 12.28, 12.31, 12.32 y 12.34 de la Cláusula Décima Segunda del Contrato, las cuales, *“dejaron de*

ser cumplidas por COLTEL en lo relacionado con la interconexión con la RTPBCL de ETB, desde el año 2002.”

El conflicto planteado en las anteriores pretensiones, salvo por lo que precisa seguidamente respecto de las pretensiones tercera y cuarta, concierne a una controversia contractual de naturaleza estrictamente patrimonial, con ocasión de la celebración, desarrollo y ejecución del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado por las partes el 23 de junio de 1999.

En efecto, en la pretensión tercera de la demanda reformada la demandante solicitó que se declarara *“que desde abril de 2002 el mecanismo de remuneración de cargos de acceso aplicable al contrato de interconexión de Telefonía Pública Básica Conmutada Local TPBCL entre las redes de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** y La **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** en la ciudad de Bogotá es el sistema de remuneración Sender Keeps All impuesto por la CRT”*.

Ahora bien, como ya se vio, al decidir el conflicto de interconexión planteado ante la CRT por las partes en este proceso, dicha entidad por la Resolución 1345 de 2005, que en este aspecto fue confirmada por la Resolución 1388 de 2005, determinó que *“frente a la ausencia de acuerdo entre las partes la metodología de cargos de acceso que debe remunerar la interconexión entre las redes de TPSCM de ETB y de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES es la establecida en el artículo 4.2.2.20 [de la Resolución CRT 463 de 2001] la cual deberá ser implementada a dicha relación de interconexión desde la fecha en la cual COLOMBIA TELECOMUNICACIONES presentó su solicitud de solución de conflicto, esto es desde el 22 de marzo de 2002”*. (se subraya).

Por consiguiente, lo contenido en la pretensión tercera declarativa de la demanda ya fue decidido por la CRT, en el marco de la controversia relativa a

la aplicación del régimen regulatorio. En esta medida, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y teniendo en cuenta la interpretación prejudicial contenida en la sentencia 181-IP-2013 (folios 821 a 851 del Cuaderno de Pruebas No. 12) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, este Tribunal Arbitral carece de competencia para realizar un pronunciamiento sobre dicha pretensión, por tratarse de un asunto decidido e impuesto por la CRT en las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005, las cuales, a falta de acuerdo de las partes se incorporan al contrato celebrado.

Lo anterior se confirma si se observa que si se aceptara que el Tribunal es competente para pronunciarse sobre esta pretensión, técnicamente desde el punto de vista jurídico, podría concederla o negarla, y es evidente que existiendo un pronunciamiento de la Autoridad Nacional Competente, el Tribunal Arbitral no tiene la facultad de decidir en uno u otro sentido, pues el asunto ya se encuentra decidido, como lo señaló el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Adicionalmente, la Parte Convocante también pide declarar el incumplimiento de las obligaciones derivadas de las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005.

Por otra parte, en la pretensión cuarta se solicita que *“Como consecuencia de la anterior declaración, declarar que el mecanismo de remuneración de cargos de acceso Sender Keeps All aplicable al contrato de interconexión de las redes de telefonía pública básica conmutada local TPBCL en la ciudad de Bogotá de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** y la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** debe aplicarse conforme a los estándares internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT, recogidos en los estudios de la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones.”*

En relación con esta pretensión, esto es, si el mecanismo Sender Keeps All debe o no aplicarse conforme a los estándares de la UIT recogidos en los estudios de la CRT, advierte el Tribunal que éste aspecto igualmente fue decidido por la CRT en las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005 dentro del marco del conflicto de interconexión y es a esa Comisión a quien corresponde determinar sus alcances regulatorios. Por lo anterior teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la sentencia 181-IP-2013 (folios 821 a 851 del Cuaderno de Pruebas No. 12), habrá de concluirse que el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre la pretensión cuarta.

Por lo que se refiere a las demás pretensiones de la reforma de la demanda se aprecia lo siguiente.

Con fundamento en los hechos expuestos en la demanda, la primera pretensión principal solicita declarar el incumplimiento de la demandada a las **“obligaciones contractuales y legales a su cargo, derivadas”**: (i) **“del Contrato”** generatriz del conflicto, y (ii) **“de las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005, expedidas por la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones.”**, a causa de *“las acciones y omisiones que se exponen en los hechos”*.

El pretendido quebrantamiento de las obligaciones establecidas en las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005, naturalmente presupone su existencia y vigencia, desde luego que por elementales reglas de experiencia y sentido común, esta contravención contractual sólo podría presentarse después de la expedición de los actos administrativos, y por consiguiente, es asunto no comprendido en los mismos.

El incumplimiento contractual se hace consistir en la inobservancia de las obligaciones consagradas en los numerales 12.13, 12.16, 12.26, 12.27, 12.28, 12.31, 12.32 y 12.34 de la Cláusula Décima del Contrato, los principios de colaboración empresarial, reciprocidad, economía y lealtad procesal, y se presentaría según la demandante por:

- (i) La indebida aplicación del sistema Sender Keeps All, el cual presupone la simetría o equivalencia del tráfico cursado para que las obligaciones se extingan por compensación, y el pago del tráfico asimétrico;
- (ii) La renuencia a pagar por la totalidad del uso de la red de ETB, particularmente, cuando el tráfico es asimétrico;
- (iii) La falta de preparación oportuna de la información relativa a las mediciones para conciliar los cargos de acceso (Cláusula 12.26), de entregar la requerida para los fines de la interconexión y mantenimiento eficiente de los servicios (Cláusula 12.27), de “la información suficiente y necesaria para realizar los procesos de facturación pertinente” (Cláusula 12.28), de disposición de *“equipos y elementos necesarios para cursar, supervisar y medir el tráfico en los puntos de interconexión y mantenerlos”* para efectos de los planes de expansión (Cláusula 12.31), propender que el acceso, uso e interconexión *“se logre de manera económica y eficiente”* (Cláusula 12.32) e “Intercambiar estadísticas de tráfico” (Cláusula 12.34).”

La segunda pretensión principal y su subsidiaria, piden declarar **la falta de pago del valor de los cargos de acceso por el tráfico asimétrico** cursado entre las redes de telefonía pública básica conmutada local (TPBCL), terminado en la red de ETB y medido en minutos, desde abril de 2002 o, en subsidio *“desde la vigencia de la Resolución 1763 de 2007 en diciembre de 2007”* hasta la fecha de presentación de la demanda reformada (Pretensiones

Segunda Principal y Subsidiaria de la Segunda Principal), es decir, atañe a una diferencia respecto del pago de una prestación dineraria surgida de la relación jurídica contractual, el contrato de interconexión suscrito entre las partes que a juicio de la demandante debe pagar la demandada, sea desde abril de 2002, ora a partir de la vigencia de la resolución 1763 de 2007, y que está en controversia respecto a su pertinencia y cuantía.

La quinta principal requiere que se declare que las partes *“están obligadas a liquidar, facturar y pagar cargos de acceso, uso e interconexión entre sus redes locales en Bogotá cuando exista asimetría en el tráfico cursado ente ellas”* o en subsidio, cuando de la aplicación del método de pago Sender Keeps All, *“existan desbalances o asimetrías de tráfico entre las partes, se aplique la fórmula propuesta por la CRC sobre el balance trimestral medido, el balance trimestral regulado y el balance trimestral objetivo, de conformidad con el valor eficiente máximo previsto en la regulación de la Comisión de Regulación de Comunicaciones para la terminación de llamadas en redes de TPBCL, ajustado con el Índice de Actualización Tarifaria (IAT)”*

La sexta pretensión principal, suplica condenar a la demandada a pagar los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante, *“causados con los incumplimientos señalados en los hechos de la demanda”*, esto es, plantea una controversia que involucra el incumplimiento y la reparación de los daños ocasionados.

La pretensión séptima principal, y las pretensiones primera a tercera subsidiaria de la séptima principal, reclaman como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones declarativas, condenar al pago de las sumas no remuneradas por concepto de los cargos de acceso por el uso de la red, conforme a los actos administrativos regulatorios señalados (Resolución 087 de 1997, Resolución 1763 de 2007 y Resolución 087 de 1997 proferidas por

la Comisión de Regulación de Comunicaciones), o sea, refieren a pretensiones de condena patrimonial por la falta de remuneración del uso de la red, cuya procedencia y *quantum* está en discusión por las partes.

En este contexto, no observa el Tribunal que el “incumplimiento” de las obligaciones legales y contractuales derivadas del Contrato y de las resoluciones 1345 y 1388 de 2005 proferidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, haya sido un tema decidido en estas resoluciones, menos que concierna a la regulación y al ámbito de competencia de la autoridad reguladora, o a una controversia *estricto sensu*, referida a un conflicto de interconexión o cuya decisión comprometa la competencia de regulación de la autoridad reguladora.

La autoridad reguladora es al tenor del artículo 32 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y el ordenamiento jurídico interno, la “**Autoridad Nacional Competente**”, para la “**resolución de conflictos de interconexión**”, y “todo lo relacionado con conflictos que surjan en la “ejecución de la interconexión”, es de competencia exclusiva de la Autoridad de Telecomunicaciones respectiva”, y “[c]omo el caso particular ya había sido resuelto por la CRT, mediante las Resoluciones 1345 de 2005 y 1388 de 2005, la vía idónea para controvertir lo decidido es la acción de incumplimiento comentada, o la vía nacional en el marco del artículo 31 como se determinó en el texto de la presente providencia. En este orden de ideas, el Tribunal de arbitramento consultante no tiene competencia para resolver el asunto particular”, tal como decidió la Sentencia 181-IP-2013 del TJCA (folios 821 a 851 del Cuaderno de Pruebas No. 12) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que conforme a su decisión, se acoge y aplica por este Tribunal Arbitral, en todo cuanto respecta al “**conflicto de interconexión**” resuelto mediante las resoluciones 1345 y 1388 de 2005, y de conformidad con éstas, explícitas sobre la competencia del juez natural del contrato para

dirimir los surgidos de éste y la competencia de la Comisión para conocer de los asuntos de la regulación y conflictos de interconexión **“por razón de los contratos o servidumbres”** y no **“de los contratos”**, entre los operadores dentro del ámbito de su función pública administrativa de intervención, **“que no resultan incompatibles ni excluyentes, ni afectan o pueden afectar en su aplicación al caso particular, la instancia prevista en las cláusulas compromisorias de los contratos”**.

El Tribunal, en efecto, carece de competencia para conocer y decidir un **“conflicto de interconexión”**, ya decidido incluso mediante las resoluciones 1345 y 1388 de 2005. Por esto, el Tribunal no tiene competencia respecto de las pretensiones tercera y cuarta principales de la demanda arbitral principal reformada.

Más lo que se juzga en este caso concreto en las pretensiones restantes declarativas y de condena que se analizan es un **“conflicto contractual”** por **“incumplimiento** de las obligaciones legales y contractuales derivadas del Contrato y de las resoluciones 1345 y 1388 de 2005 que dirimieron el **“conflicto de interconexión”**, del cual no se ocupa el Tribunal, tampoco tiene competencia para conocerlo, por estar reservada privativa y exclusivamente a la autoridad de regulación.

Para el Tribunal el pretendido incumplimiento contractual de las obligaciones legales y contractuales, así como de las consagradas en los actos administrativos regulatorios que por disposición legal se insertan al contenido del contrato en ejecución, incluidos los que dirimieron el conflicto de interconexión (Resoluciones 1345 y 1388 de 2005), es un asunto diferente al regulatorio, está reservado y corresponde definirlo al juez natural mismo.

Así, lo ha advertido la misma Comisión de Regulación al concluir “que no corresponde a la CRT pronunciarse en relación con el cumplimiento o incumplimiento de los contratos, ni obligar a las partes a cumplir lo dispuesto en los mismos, máxime si se tiene en cuenta que la revisión de este tipo de asuntos ha sido reservada por el legislador a los jueces naturales del contrato”. -Resolución CRT 1715 de 2007- (se destaca).

De igual manera, lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, “porque no se impide que los proveedores de redes y servicios celebren pactos compromisorios respecto de asuntos en las cuales no estén involucradas las competencias de regulación legalmente atribuidas a este organismo” (Sentencia C-186 de 2011).

De este modo, es evidente la competencia del **juez natural del contrato**, que en este caso es el Tribunal de Arbitramento por expresa autorización del Constituyente y habilitación de las partes contenida en el pacto arbitral para decidir no un “conflicto de interconexión”, sino un “conflicto contractual” de incumplimiento por infracción de las obligaciones legales y contractuales derivadas del mismo y del régimen regulatorio, como se pide en la primera pretensión principal, y las subsiguientes formuladas.

Naturalmente, el juez natural del contrato está sometido al ordenamiento jurídico (art. 230 C.N), y sin perjuicio de su interpretación y de la excepción de inconstitucionalidad manifiesta, debe aplicarlo en el caso concreto, estándole vedado modificar la ley, los actos administrativos regulatorios, o ejercer competencias reservadas a la autoridad reguladora.

Bajo estas premisas, con estricta sujeción a la congruencia, habrá de analizar y decidir el Tribunal conforme a la Ley, el Contrato, los actos regulatorios, las resoluciones 1345 y 1388 de 2005, el régimen comunitario

andino, la Sentencia 181-IP-2013 del TJCA (folios 821 a 851 del Cuaderno de Pruebas No. 12) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y dentro del marco definido por la regulación, el incumplimiento invocado, y si hay lugar o no, a la reparación de los daños y condenas económicas, o sea, a las pretensiones o excepciones.

Es claro, además que la demanda arbitral reformada no ataca la legalidad de los actos administrativos regulatorios, ni el Tribunal asumió competencia para tal propósito, tampoco la tiene. Asimismo, todo incumplimiento fundado en lo que los preceptos legales no consagran o tendiente a modificarlos, debe denegarse.

En suma, el Tribunal, como juez natural del contrato tiene competencia para juzgar las controversias contractuales, económicas y patrimoniales por el incumplimiento derivado del mismo y del régimen regulatorio, esto es, las inherentes no al “conflicto de interconexión”, sino al “conflicto contractual” planteado en el *petitum*, la causa petendi y excepciones interpuestas.

Por lo anterior, se declarará la prosperidad de la excepción denominada de “*Falta de competencia del Tribunal Arbitral por asignación expresa del artículo 32 de la Resolución 432 de la Comunidad Andina de la competencia a la CRC para dirimir **controversias de interconexión** entre operadores de TPBCL, en este caso la ETB y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES*”, pero exclusivamente respecto de las pretensiones tercera y cuarta de la demanda principal reformada, más no respecto de las restantes pretensiones principales y subsidiarias en torno a las cuales se declarará no probada.

5.3. Las pretensiones de la demanda de reconvención y la competencia del Tribunal

En razón de las precisiones que se han hecho es entonces necesario examinar igualmente la competencia del Tribunal sobre las pretensiones de la demanda de reconvención.

En la pretensión primera de la demanda de reconvención la demandante en reconvención solicitó lo siguiente:

“Que se declare que el sistema de remuneración para el acceso, uso e interconexión de la red local-local en la ciudad de Bogotá al cual está sujeto el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado el 23 de junio de 1999 celebrado entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. - E.S.P. no da lugar al pago de cargos de acceso por el tráfico local cursado entre las redes de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A.E.S.P. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. - E.S.P.”

En cuanto a esta pretensión observa el Tribunal que, como lo indicó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su sentencia de interpretación prejudicial, la CRT al decidir el conflicto de interconexión mediante la Resoluciones 1345 y confirmada mediante la Resoluciónn1388 de 2005, determinó los alcances del sistema de remuneración Sender Keeps All al precisar que el mismo, según el numeral 4.2.2.20 de la Resolución 463 de 2001, no da lugar al pago de cargos de acceso, señalando al respecto en la Resolución 1345 que de acuerdo con el documento soporte de la Resolución CRT 463 de 2001 “el esquema en mención implica que ‘el operador que genera la llamada conserva la totalidad del ingreso; no existen cargos por interconexión. Bajo este esquema cada proveedor del servicio que cuenta con el contacto directo de clientes finales, es dueño de los ingresos totales que él factura, preocupándose por la totalidad de los costos de facturación, atención al cliente y mercadeo, para citar tan sólo los más importantes, sin que deba reconocer al operador que provee la interconexión

cagro alguno...” Agregó la Comisión que “contrario a lo afirmado por ETB a lo largo de la presente actuación administrativa, el esquema de cargos de acceso al que se ha hecho referencia si remunera de manera efectiva el uso de la red; cosa distinta es que debido a sus características, no se deban transferir sumas entre los operados interconectados”. En el mismo sentido en la Resolución 1388 de 2005 al decidir los recursos interpuestos contra la Resolución 1345 la Comisión expresó que: “El esquema que fue definido por el regulador como instrumento de remuneración efectiva de las redes fue el denominado ‘sender keeps all’, bajo el cual el uso de las redes sí es remunerado, solo que los operadores no se cruzan los dineros asociados con este servicio. Teniendo en cuenta lo anterior, no es que la regulación haya definido el no reconocimiento de los cargos de acceso en este tipo de interconexiones; lo que sucede es que la metodología adoptada no prevé la transferencia de fondos entre los operadores interconectados” En consecuencia, al tratarse de un asunto comprendido en las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005, proferidas por la autoridad reguladora al decidir el conflicto de interconexión, el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre el particular al concernir a un tema relativo a la competencia de la autoridad reguladora y al ámbito de los actos administrativos por ella proferidos en los que ya se definió lo que se pide en esta pretensión.

En la primera pretensión subsidiaria se solicita:

“Primera Pretensión Subsidiaria. Que se declare que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. - E.S.P. ha incumplido la obligación de pagar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA E.S.P. los cargos de acceso que le corresponden por el tráfico local cursado entre las redes de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. - E.S.P. dentro del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado el 23 de junio de 1999 entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. - E.S.P. desde abril de 2002 hasta la fecha.

De cara a esta pretensión subsidiaria advierte el Tribunal que se pretende el incumplimiento del contrato por la parte Convocante demandada en reconvencción, en particular, de la obligación de pagar los cargos de accesos (prestación pecuniaria), esto es, se trata de determinar el incumplimiento del contrato por inobservancia de una prestación derivada de lo decidido por la autoridad reguladora en las resoluciones 1345 y 1388 de 2005, y en la regulación.

Para el Tribunal, por lo ya anotado con anterioridad, es irrefutable su competencia para decidir un “**conflicto contractual**”, de naturaleza patrimonial y económica relativo al Contrato, a su incumplimiento, y a la pertinencia y pago de prestaciones dinerarias, y no un “**conflicto de interconexión**”.

En la segunda, tercera y cuarta pretensión subsidiarias, se solicitó:

“Segunda Pretensión Subsidiaria. Que se declare que no existe, en la ley o en el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado el 23 de junio de 1999 entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. - E.S.P. una tarifa específicamente aplicable a la remuneración de la interconexión local-local.

“Tercera Pretensión Subsidiaria- Que se declare que la tarifa aplicable al Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado el 23 de junio de 1999 entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. - E.S.P. para remunerar la interconexión local-local es la que establece la ley para los casos de telefonía de larga distancia y local extendida, teniendo en cuenta que entre la vigencia de las Resoluciones 463 de 2001 y 1763 de 2007, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. perteneció al denominado Grupo Tres, para efectos del cálculo de cargos de acceso o, en su defecto, la tarifa que el Tribunal estime aplicable.

“Cuarta Pretensión Subsidiaria- Que se condene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. - E.S.P. a pagar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. la remuneración que le corresponde a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. bajo el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado el 23 de junio de 1999, la cual estimo en la cantidad de CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS millones de pesos (\$47.302177.949), o la que resulte probada en el presente trámite arbitral, con las actualizaciones correspondientes.”

En relación con las pretensiones segunda y tercera subsidiarias concluye el Tribunal que lo solicitado en ellas está inmerso en las resoluciones 1345 y 1388 de 2005, las cuales decidieron que a falta de acuerdo entre las partes, el sistema de remuneración aplicable al Contrato desde el 22 de marzo de 2002 es el establecido en el artículo 4.2.2.20 de la Resolución CRT 463 de 2001, de donde lo pretendido escapa a su competencia, por tratarse de un asunto resuelto por la CRT al decidir el conflicto de interconexión, lo cual se proyecta en el contenido del contrato.

En cuanto a la pretensión cuarta el Tribunal, observa que se pide una condena como consecuencia del incumplimiento de pagar los cargos de acceso, esto es, concierne a una pretensión patrimonial consecencial respecto de la cual es competente.

6. La falta de competencia por la existencia de dos pleitos pendientes y por similitud de objetos, éste con pretensiones incompatibles

El Tribunal no encuentra indebida la acumulación de pretensiones, tampoco incompatibilidad o contradicción entre las incoadas en la demanda principal reformada. La demanda es clara, precisa y fórmula los pedimentos con sujeción a las exigencias normativas; las subsidiarias, incluso, no adolecen de defecto de plenitud, ni contienen antinomia. Por eso se admitió, sin que se hubiere protestado su admisión.

El pleito pendiente por definición exige la simultánea existencia de dos procesos en curso, uno anterior y otro posterior entre las mismas partes, con

los mismos pedimentos y fundamentos fácticos y jurídicos. Es menester en ambos, la identidad de las partes, del *petitum* y la causa *petendi*⁵⁴.

Para desestimar esta excepción, basta indicar que la acción comunitaria de incumplimiento ante el TJCA, es radicalmente diversa de la acción contractual de incumplimiento, y en ningún caso, admite confusión ni puede asimilarse con la de este proceso. Además, también difieren las partes, las pretensiones y su sustento e informa la Parte Convocante desistió de las mismas, habiéndose admitido ya el desistimiento.

Por lo anterior, no prospera este motivo de excepción.

7. La falta de competencia por el ejercicio simultáneo de acciones ante la jurisdicción comunitaria y nacional

Es evidente que la prohibición de ejercer simultáneamente por la misma causa y los mismos hechos, la acción de incumplimiento comunitaria ante la jurisdicción andina y la pertinente ante la jurisdicción nacional al tenor del artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en consonancia con los artículos 24 y 31 ejusdem, es inaplicable en este caso, porque no se trata exactamente de las mismas partes, el mismo objeto y causa.

Por lo anterior, no prospera este motivo de excepción.

8. La falta de competencia para juzgar la legalidad de actos administrativos

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de septiembre 16 de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1426-02 (25.057).

En este proceso, el Tribunal no juzga ni asumió competencia alguna para juzgar la legalidad de acto administrativo alguno, menos los indicados por la excepcionante. Por el contrario, decidirá el asunto controvertido con estricta sujeción a los actos administrativos expedidos por la autoridad nacional competente aplicables, el ordenamiento jurídico, las normas comunitarias, su interpretación prejudicial, las pruebas y argumentaciones de las partes.

Por lo anterior este motivo de excepción, no prospera.

9. La falta de competencia por la convocatoria tardía

En esta perspectiva, la convocatoria al arbitraje a juicio de la excepcionante debió realizarse dentro de los 15 días siguientes a la ausencia de acuerdo con la “mediación de la CRT”, y como se presentó con posterioridad, el Tribunal carece de competencia.

En relación con esta excepción se observa que la cláusula dispone:

*"25.4 TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO: Si los Representantes Legales de las partes no **llegaren a un acuerdo sobre los puntos del conflicto o no se hubiera logrado acuerdo con la mediación de la CRT, dentro de los quince (15) días siguientes**, someterán las diferencias que *originaron* el conflicto a un TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO de acuerdo con las siguientes reglas:..."*

Lo primero que ha de observarse es que el pacto al que hace referencia la demandada es ambiguo, pues la expresión “dentro de los quince (15) días siguientes,“, puede entenderse referida al tiempo que debe transcurrir durante la negociación de las partes para que pueda acudir al arbitraje, o el tiempo en que debe convocarse el tribunal arbitral.

Considera el Tribunal que la forma como está redactada la cláusula y el hecho de que la expresión a la que se ha hecho referencia se encuentre entre comas indica que se quería precisar el término dentro del cual las partes

deben llegar a un acuerdo, pero no el término para convocar el tribunal arbitral. En efecto, para el Tribunal lo que busca la cláusula es preservar un espacio de discusión para llegar a acuerdos, pero no limitar el acceso a la justicia.

Pero si se considerara que el término determina el plazo dentro del cual debe convocarse el Tribunal, es de verse que, el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia en la forma acordada en el pacto arbitral, no puede restringirse por estipulaciones contractuales de esa naturaleza como ha precisado la jurisprudencia, y en verdad, la interpretación de una cláusula compromisoria en tal sentido, no parece compatible con su razón y finalidad.⁵⁵

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civi, sentencia de 7 de febrero de 2008, [SC-007-2008], Exp. 5000131030042001-06915-01: “frente a estipulaciones polisémicas, dicotómicas o patológicas [e]l sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno” (art. 1620 C.C.), privilegiándose la conservación del negocio jurídico, la utilidad respecto de la irrelevancia y la eficacia sobre la ineficacia del acto (*effet utile, res magis valeat quam pereat*). De esta forma, cuando la estipulación admite diversos significados prevalece el sentido racional coherente con la función práctica o económica de los intereses dispositivos, por lo común, dignos de tutela y reconocimiento normativo (art. 1620 C.C.) y la inherente a la regularidad del acto dispositivo respecto de su ineficacia o invalidez, *in favorem validitatis pacti*, y en “casos ambiguos, lo más conveniente es aceptar que la cosa de que se trata más bien sea válida que no que perezca” (Juliano, *Quoties in actionibus aut in excepcionibus ambigua oratio este, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat quam pereat*), siempre del modo “que el acto sea válido” (*Dicio, Interpretatio fieri debet semper ut actus valeat*) y a favor de la validez (*Actus intelligendi sunt potius ut valeant quam ut pereant, o Interpretatio fieri debet semper ut actus valeant*). Por ende, frente a diversas interpretaciones prevalece la que preserve la inteligencia más concorde con el acto, su relevancia y función (*Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipienda quae gerendae aptiores*). En efecto, consistiendo el negocio jurídico y, más concretamente el contrato, en un acuerdo dispositivo de intereses, es elemental la “*regulae*”, “*principiee*” o “*principia*” de su utilidad y eficacia, en tanto sus autores lo celebran para el desarrollo de concreta función práctica o económica social y bajo el entendimiento recíproco de su utilidad y eficacia. Con esta inteligencia, el hermeneuta preferirá la interpretación más conveniente al efecto útil del acto respecto de aquél en que no lo produzca (*Utile per inutile non vitiatur*), tanto cuanto más por la relevancia abstracta del negocio, las cargas de la autonomía privada, en particular, las de legalidad, previsión, sagacidad, corrección, buena fe, probidad y el principio de cooperación negocial que imponen a las partes desde el *iter negotii* la carga de conocer, respetar y aplicar la disciplina normativa (*ignoranti legis non excusat*), evitar causas de irrelevancia e ineficacia y colaborar armónicamente en la integración y regularidad del acto.”

Por lo tanto, entiende que transcurridos quince (15) días de la fecha en la cual las partes no llegan a un acuerdo con la mediación de la CRT, podrán acudir al arbitramento.

Por lo anterior este motivo de excepción, no prospera.

III. LA OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL

Fue decretado un dictamen pericial, por solicitud de las partes, para rendirse por un ingeniero experto en interconexión de telecomunicaciones con el propósito de medir el tráfico cursado, entrante y saliente, desde y hacia cada uno de los nodos de interconexión RTPBCL y RTPBCLE con comportamiento de local, de ETB hacia cada uno de los nodos de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en la ciudad de Bogotá, desde abril de 2002 hasta la fecha de entrega de la prueba pericial. Por acuerdo de las partes, fue designada la sociedad Económica Consultores, cuyo representante legal, el ingeniero Pablo Roda Fornaguera, obró como responsable de su presentación, así como de dar respuesta a las aclaraciones y complementaciones solicitadas y ordenadas por el Tribunal.

Este dictamen fue objetado parcialmente por la ETB, decretándose como pruebas de los errores graves señalados, los estudios de la CRC y de la UIT obrantes en el expediente. Invocado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES para oponerse a las objeciones formuladas, fue decretado como prueba el dictamen rendido por el perito Edgar Castillo Errassour junto con sus Aclaraciones y Complementaciones dentro de los procesos acumulados 3-AI-2007 y 4-AI-2008, en trámite ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como toda la actuación surtida ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como autoridad judicial

comisionada para la producción de la prueba. A la objeción se opuso la Parte Convocada.

Se presentaron por la ETB en cuatro grupos, ubicados en diferentes partes de las respuestas, sin que tiendan a restar eficacia total a aquellas señaladas, por lo cual serán estudiados en el mismo orden propuesto: 1) Los relacionados con la inconsistencia del Grupo de TBBCL al cual pertenece COLOMBIA TELECOMUNICACIONES; 2) Las respuestas jurídicas relativas al Sistema Sender Keeps All; 3) La incorporación equivocada y descontextualizada de referencias de literatura académica, y 4) La apropiación indebida de manera equivocada del contenido de una serie de documentos, sin analizarlos en su totalidad:

1. **Primera Objeción**

Recae totalmente sobre los cálculos realizados para dar respuesta a las preguntas 3, 4, 7, 69, 72 y 73 y parcialmente, sobre los cálculos realizados para responder la aclaración 34, escenario 2. Manifiesta el objetante que el error se genera cuando el perito ubica a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en el Grupo 3 de TPBCL en Bogotá para la liquidación de cargos de acceso de TPBCL en el mercado, durante la vigencia de la Resolución CRT 463 de 2001, y perteneciente al Grupo 2 durante la vigencia de la Resolución CRT de 2007. Considera que estas respuestas son de contenido jurídico, pero advierte que las conclusiones periciales se derivan del planteamiento de las preguntas formuladas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, que son las que inducen a error al perito para sus cuantificaciones. Agrega que a pesar de haber recalculado las sumas de dichos cargos de acceso por razón de las complementaciones solicitadas por la convocada, no corrigió los referidos a la clasificación de COLOMBIA

TELECOMUNICACIONES en el Grupo 1 durante la vigencia de la Resolución 463 de 2001.

Consideraciones del Tribunal

El campo del dictamen pericial está trazado por los cuestionarios sometidos al experto por las partes y en algunos casos, por el juez, quien al determinar su alcance mediante su decreto, está señalando al perito los límites de su encargo. Es sabido que la función pericial además de buscar conferir certeza sobre los hechos objeto de su análisis, es la de ilustrar al juez en aquellos campos especializados que exceden su conocimiento.

Revisadas cada una de las preguntas, cuyos cálculos se objetan, se destaca, como presupuesto de las mismas, la indicación concreta al perito del Grupo de Clasificación del cual se deriva la tarifa de cuantificación de cargos de acceso por el uso de la red, que fue la aplicada en el dictamen como base de las operaciones objetadas.

Y eso fue lo que elaboró el perito sobre la información del tráfico reportada por la ETB, sin agregar ninguna consideración al respecto. Ello, por cuanto, además de no habersele solicitado, sin duda correspondería determinarlo al Tribunal o a la autoridad regulatoria, según lo que se analiza posteriormente, pues tales clasificaciones y por ende, las aplicaciones de las diferentes tarifas de cargos de acceso, se derivan del contenido de las Resoluciones expedidas por la CRC dentro de su función reguladora del mercado de las comunicaciones. No obstante, ello no implica que las respuestas periciales tengan contenido jurídico, sino que son una herramienta de cuantificación, en los casos en que corresponda su aplicación por parte del Tribunal.

Se destaca además, sobre este tema concreto, que en las Pretensiones Primera y Segunda Subsidiaria de la Séptima Principal, la ETB solicita para

el cálculo de los perjuicios reclamados, la consideración de que la tarifa de liquidación de los cargos de acceso, sea la correspondiente al Grupo 1.

Es evidente que no existe error alguno en las respuestas objetadas y que la argumentación está referida a la controversia sustancial que habrá de resolverse, por lo cual no prosperará este grupo de objeciones analizado.

2. Segunda Objeción

Se refiere a las respuestas de las preguntas 5. y 66., por considerar que realizan interpretaciones jurídicas del sistema Sender Keeps All.

Consideraciones del Tribunal

Al igual que en el análisis anterior observa el Tribunal que los supuestos de las dos preguntas formuladas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, remiten expresamente al perito a fundamentar sus respuestas en el artículo 4.2.2.20 de las Resoluciones 463 de 2001 y 575 de 2002 de la CRC. En ambas respuestas el perito manifiesta: *“Sin pretender hacer una interpretación jurídica de la norma, lo cual está por fuera del alcance del perito, la lectura, desde el punto de vista puramente técnico y económico,…”*, y así lo entiende el Tribunal, dado que éste es el punto crucial de la controversia sometida a su conocimiento, la cual, tiene su fundamento en hechos técnicos y financieros, cuya prueba fundamental es de esta naturaleza.

Sin duda, se trata de otra discrepancia con la conclusión del perito, que en forma alguna configura error y menos aún, de la gravedad que tienda a restar eficacia a la prueba pericial; por tanto, tampoco prosperará la objeción estudiada.

3. Tercera Objeción

Se refiere a la respuesta de la pregunta 16 del Dictamen, objetada parcialmente por ser determinante de las conclusiones a que llegó el perito en relación con la lectura del artículo de Atkinson y Barnekov y su incidencia como fuente de la regulación de la CRC de mayo de 2001, según afirma.

Se trata entonces de una crítica a la interpretación dada por el experto de estas fuentes, las cuales considera que no fueron tenidas en cuenta por la CRC al disponer el sistema Sender Keeps All para la remuneración de los cargos de acceso por el tráfico local cursado entre las redes de los operadores de TPBCL, salvo pacto en contrario, a partir de las Resoluciones 463 de 2001 y 575 de 2002, contrariamente a lo que concluye la respuesta objetada.

Consideraciones del Tribunal

En primer lugar debe examinarse el contexto de la pregunta, el cual sitúa al experto en el campo de la “doctrina económico regulatoria” utilizada por la CRC para sustentar la expedición del sistema Sender Keeps All por la CRT en el año 2001 y posteriormente en el año 2007. En efecto, le solicita identificar las fuentes utilizadas por la CRC para sustentar el sistema de remuneración Sender Keeps All previsto en la regulación del 2001 y ratificado en la del 2007.

Para ello le indica una serie de documentos preparatorios de la misma, con el fin de que los analice, e ilustre al Tribunal sobre los antecedentes técnicos, económicos y prácticos del sistema, todo lo cual es elaborado juiciosa y detalladamente por el perito, quien en uno de sus comentarios se refiere a una nota de pie de página que obra en el documento denominado, Cargos de

Acceso y el Proceso de Apertura y Convergencia de la Industria de las Telecomunicaciones en Colombia”, donde aparece la mención de un documento de Atkinson y Barnekov (2000).

A juicio del objetante, el error grave se genera en la equivocada interpretación que hace el perito de la teoría de estos autores, según la cual, en los costos de interconexión solamente se registran costos fijos y no costos variables.

Afirma, que este no es el sentido del documento y que este enfoque pericial es la causa de que en las demás respuestas que desarrollan el tema de los costos de las redes, se continúe generando el error, pues, sostiene, sí existen costos variables en la interconexión de las redes.

Comienza el Tribunal por advertir que el documento de Atkinson y Barnekov, está citado en inglés por el objetante, pero examinado el verdadero peso que puede tener tal artículo académico en el contenido de la regulación de la CRC sobre el sistema Sender Keeps All y su implementación en los contratos de interconexión, no queda duda de que no hay prueba de que haya sido determinante de ninguna de las características del sistema, o de que haya servido de modelo o fuente de la regulación correspondiente.

Pero es que tampoco es lo que el perito concluye en su estudio académico y teórico sobre la pregunta formulada, cuya respuesta es una opinión y cumple plenamente con la labor de ilustración al Tribunal de estos antecedentes y comentarios sobre el sistema SKA.

Así las cosas, no prospera la objeción estudiada.

4. **Cuarta Objeción**

Recae sobre todas las respuestas en las que hay referencia a ejercicios sobre los costos fijos y variables que pueden existir en la interconexión de las redes, por basarse en la equivocada aplicación del documento de Atkinson y Barnekov, según lo ya analizado: Preguntas 22, 23, 37, 60 y complementación 45.

También se genera el error invocado en las respuestas a las preguntas 25 y 26, por contener, según afirma, también una errada interpretación del esquema propuesto en el documento DeGrba 2002.

Consideraciones del Tribunal

Examinando las respuestas a las preguntas 22, 23, 37 y 60 objetadas advierte el Tribunal que requerían del perito la elaboración de unos ejercicios de carácter hipotético, mediante estimaciones sobre utilidades, sobre beneficios, etc. basadas en diversos escenarios, inclusive en sistemas diferentes al Sender Keeps All.

Las respuestas contienen el criterio técnico y económico del experto, frente al cual no se encuentra ninguna prueba que lo desvirtúe.

Al igual que en el análisis de la objeción anterior, el citado documento de Atkinson y Barnekov, además de no estar materialmente en el proceso, no podría por sí mismo poseer entidad para distorsionar el sentido de las respuestas cuestionadas que pretende el objetante, pues, se trata de una referencia de contenido académico aludida por el perito, sin la determinación que pretende el objetante.

Por tanto es el mismo razonamiento del caso anterior, el que sirve para también desechar esta objeción bajo estudio.

En conclusión, todos los lineamientos legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios, coinciden en considerar que los desacuerdos de la parte con el criterio del perito, no pueden calificarse como errores graves, así como tampoco las señaladas interpretaciones jurídicas que, además en el caso estudiado, no existieron, pues las respuestas impugnadas bajo este acápite, solamente se limitaron a responder bajo los supuestos de los cuestionarios de las partes decretados por el Tribunal dentro del encargo judicial, desde un punto financiero y técnico.⁵⁶

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de 19 de Octubre de 2011, Exp. 11001-3103-032-2001-00847-01 y 13 de Octubre de 2011, Exp. 11001-3103-032-2002-00083-01: “A propósito de la objeción por error grave al dictamen pericial, la Corte iterando doctrina precedente (CCXXV, segunda parte, p. 455) ha advertido la exigencia de una incontestable disparidad entre las conclusiones y la realidad, es decir, “(...) los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos’ (G. J. Tomo LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, ‘es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven” (Auto de 8 de Septiembre de 1993, CCXXV, segunda parte, p. 455.). “En tiempos recientes, la Sala, evocando jurisprudencia anterior, señaló: ‘De conformidad con el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, las partes en ejercicio del derecho de contradicción del dictamen pericial, podrán objetarlo por error grave, dentro de la oportunidad legal, precisando, singularizando e individualizando con exactitud, el yerro, su gravedad e incidencia en las conclusiones y las pruebas pertinentes a su demostración en defecto de su ostensibilidad. El error consiste en la disparidad, discordancia, disconformidad, divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y la realidad o verdad y es grave cuando por su inteligencia se altera de manera pristina y grotesca la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, sus fundamentos o conclusiones, siendo menester su verosimilitud, reconocibilidad e incidencia en el contenido o resultado de la pericia. ‘Es supuesto ineludible de la objeción al dictamen pericial, la presencia objetiva de un yerro de tal magnitud ‘que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hayan llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas’, que ‘(...) si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)’ (Sala de Negocios Generales, Auto 25 de Septiembre de 1939), por alterar en forma cardinal, esencial o terminante la realidad, suscitando una falsa y relevante creencia en las conclusiones (art. 238, n. 4, C. de P. C.), de donde, los errores intrascendentes e inconsistencias de cálculo, la crítica, inconformidad o desavenencia con la pericia, o la diversidad de criterios u opiniones, carecen de esta connotación por susceptibles de disipar en la etapa de valoración del trabajo y de los restantes medios de convicción (Sala de Casación Civil, auto de 8 de Septiembre de 1993. Expediente 3446). ‘En sentido análogo, los asuntos stricto sensu jurídicos, se reservan al juzgador, siendo inocuas e inanes las eventuales opiniones de los expertos sobre puntos de derecho y las objeciones de ‘puro derecho’ sobre su alcance o sentido (Sala de Casación Civil, auto de 8 de Septiembre de 1993, exp. 3446), en tanto ‘la misión del perito es la de ayudar al juez sin pretender sustituirlo’ (G.J. tomo, LXVII, pág. 161) y, asimismo, un dictamen deficiente o incompleto, por falta de contestación de todas las preguntas formuladas, de suyo, no comporta un error grave, dando lugar a su complementación o adición, sea a petición de parte, sea de oficio, y en definitiva, a su

Es preciso concluir entonces que el dictamen pericial rendido por Económica Consultores en el presente proceso es existente, válido y eficaz; su fuerza probatoria será apreciada por el Tribunal, junto con las demás pruebas del proceso.

Por lo expuesto, no prospera la objeción.

IV. LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES FORMULADAS

1. El *petitum* de la demanda arbitral reformada, su oposición y excepciones

Como se puso de presente, la demanda arbitral principal reformada pide declarar el incumplimiento por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de sus obligaciones contractuales y legales, derivadas del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión suscrito el 23 de junio de 1999 y de las Resoluciones 1345 de 2005; la falta de pago del valor de los cargos de acceso por tráfico asimétrico; que desde abril de 2002 el mecanismo de remuneración de cargos de acceso aplicable al contrato es el sistema de remuneración *Sender Keeps All impuesto por la CRT*, que debe aplicarse según los estándares internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones recogidos en los estudios de la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones, que las partes deben liquidar, facturar y pagar los cargos de acceso, uso e interconexión entre sus redes locales cuando exista asimetría del tráfico cursado, o que en caso de desbalances o asimetrías resultantes del método de pago *Sender Keeps All* se aplique la fórmula señalada propuesta por la CRC, y se condene a pagar perjuicios materiales, y a las sumas no

valoración por el juez, pues, el yerro predicase de la respuesta y no de su omisión'. (cas. civ, sentencia sustitutiva de 9 de Julio de 2010, exp. 11001-3103-035-1999-02191-01).

remuneradas del tráfico asimétrico en la forma solicitada, actualicen las sumas de condena e impongan intereses moratorios comerciales y las costas del proceso.

El incumplimiento del contrato y de los actos regulatorios comprende básicamente dos aspectos: (i) La indebida aplicación del sistema Sender Keeps All y la renuencia a pagar la totalidad del uso de la red de ETB; (ii) la inobservancia de otras obligaciones relativas a la información, medición y supervisión, así como las estadísticas del tráfico cursado.+

Al referirse a la Cuantía de los Perjuicios, la demanda señala que “... se reclama el valor de los Cargos de Acceso por los servicios de acceso, uso e interconexión dejados de pagar por Colombia Telecomunicaciones a ETB desde abril de 2002 hasta la fecha del laudo o la más próxima, más el lucro cesante y actualización de estos valores.” Formula las siguientes cuatro alternativas para liquidar las condenas y sus actualizaciones:

- “\$37,681,010,997.42 que resultan de multiplicar los minutos de asimetría cursados por **COLTEL** hacia la red de la **ETB** desde abril de 2002 hasta julio de 2012 por el valor de la tarifa de cargos de acceso o interconexión eficientes, regulados por la CRT, hoy CRC, para la terminación de llamadas en red local en las Resoluciones 463 de 2003 hasta noviembre de 2007 y 1763 de 2007 a partir de diciembre del mismo año, para el Grupo uno (1), actualizado con el Índice de Actualización Tarifaria IAT.
- “\$16,324,546,823.92 que resultan de multiplicar los minutos de asimetría cursados por **COLTEL** hacia la red de la **ETB** desde abril de 2002 hasta julio de 2012 por el valor de la tarifa de cargos de acceso eficientes, contemplada en la Resolución 087 de 1997 de la CRT, para empresas del Grupo uno (1) actualizado con el Índice de Actualización Tarifaria, y según la metodología de conversión de impulso a minuto de 1,31.
- “\$10,478,594,755.09 que resultan de multiplicar los minutos de asimetría cursados por **COLTEL** hacia la red de la **ETB** desde enero de 2008 hasta julio de 2012 por el valor de la tarifa de cargos de acceso regulados por la CRC para la terminación de llamadas en red local en la Resolución 1763 de 2007, para empresas del Grupo uno (1) actualizada con el IAT.
- “\$ 7,128,385,446.45 que resultan de multiplicar los minutos de asimetría cursados por **COLTEL** hacia la red de la **ETB** desde abril de 2002 hasta julio de 2012 por la tarifa de cargos de acceso establecida en la Resolución 087 de 1997, actualizada con el IAT y según la metodología de conversión de impulso a minuto establecida

en el contrato, siendo un impulso equivalente a tres minutos, para la terminación de llamadas de interconexión de redes de TPBCL.”

A su vez, la Pretensión Séptima solicita la condena al pago de “...las sumas no remuneradas, por concepto de cargos de acceso por el uso de su red de telefonía pública Básica conmutada local RTPBCL en Bogotá, correspondientes al tráfico asimétrico cursado desde la red de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, hacia la red de la ETB, desde abril de 2002 (...). Los cargos de acceso serán liquidados por minutos reales y de acuerdo con el valor eficiente máximo previsto en la regulación de la Comisión de Regulación de Comunicaciones para la terminación de llamadas en redes de TPBCL (Resoluciones 463 de 2001 y 1763), ajustado con el índice de Actualización Tarifaria (AT)”

Aunque en la Pretensión Tercera de la demanda solicita la declaración por este Tribunal, que “... desde abril de 2002 el mecanismo de remuneración de cargos de acceso aplicable al Contrato de interconexión de telefonía Pública Básica Conmutada Local TPBCL en la ciudad de Bogotá es el sistema Sender Keeps All impuesto por la CRT”, considera que dicho sistema parte de unas condiciones de equivalencia en el tráfico de las llamadas cursadas entre las redes interconectadas provenientes de cada operador y de la capacidad similar de las redes, por lo cual la remuneración del servicio se extingue por medio de una compensación hasta concurrencia, y en el exceso debe pagarse el valor de los minutos cursados.

En la Contestación de la Demanda, Colombia Telecomunicaciones, se opuso a la prosperidad de todas las Pretensiones de la ETB y al dar respuesta a los hechos, específicamente a los relativos a los perjuicios reclamados, invocó las Resoluciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones que a partir de la No.463 de 2001 adoptaron el sistema Sender Keeps All (S.K.A.) para la remuneración de los cargos de acceso en los contratos de

interconexión de redes de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL).

Afirmó, que además de esta Resolución de carácter general, la CRC para resolver el conflicto de interconexión suscitado en el año 2002 entre estas dos mismas empresas emitió las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005, de carácter particular, que modificaron el Contrato de Interconexión suscrito entre las partes desde 1999, el cual en su Cláusula Décima Sexta, contemplaba el pago de los cargos de acceso con aplicación de las tarifas y la metodología fijada por la CRT, para introducir el sistema de remuneración Sender Keeps All (S.K.A.), que está basado en los cargos de acceso, sin que haya pagos de los mismos.

Invoca especialmente el artículo 4.2.2.20 de la Resolución 463 de 2001, también incluido en la Resolución 575 de 2002, que determina:

“CARGO DE ACCESO ENTRE REDES DE TPBCL. No habrá lugar al pago de cargos de acceso por el tráfico local cursado entre las redes de los operadores de TPBCL, lo cual implica que cada operador conservará la totalidad del valor recaudado de sus usuarios, se responsabiliza de todo lo concerniente al proceso de facturación y asumirá el riesgo de la cartera. Lo anterior sin perjuicio de que los operadores acuerden cualquier esquema alternativo.”

Con relación a las pretensiones de condena, manifiesta:

“1.6. Respecto a la quinta pretensión

“(…) el sistema sender keeps all, correspondiendo a un sistema de remuneración de redes por su propia naturaleza no da lugar al pago entre los operadores de TPBCL en ningún caso, y tampoco está sometida o condicionada por la asimetría que pueda existir en el tráfico cursado entre las redes interconectadas.

Tampoco está llamada a prosperar esta pretensión, por cuanto el sistema sender keeps all que la CRC incorporó al contrato como lo reconoce y lo pide la ETB en la pretensión tercera principal, no exige simetrías en el tráfico de llamadas entre las redes interconectadas y determina que no habrá lugar al pago de cargos de acceso por el tráfico local cursado entre las redes de TPBCL toda vez que cada operador mantiene para sí la facturación y el cobro del uso de su propia red.

“1.7. Respecto a la quinta pretensión subsidiaria de la principal

(...) ETB también persigue con esta pretensión que el Tribunal modifique el contenido de las resoluciones 1345 y 1388 de 2005 de la CRC, invocando supuestamente una propuesta de la CRC sobre el particular, con los ajustes del Índice de Actualización Tarifaria – IAT, los cuales no forman parte de la Resolución 575 de 2002 que contiene el marco regulatorio general aplicable a la interconexión, y tampoco forma parte de las resoluciones 1345 y 1388 de 2005 por las cuales la CRC resolvió el conflicto de interconexión.

“1.8. Respecto a la sexta pretensión principal

(...) no es viable que se condene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES al pago de perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante, toda vez que no hay incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales por parte de Colombia Telecomunicaciones

“1.9. Respecto a la séptima pretensión principal

(...) ya que para que se pueda ordenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES el pago de las supuestas sumas no remuneradas por cargos de acceso del uso de la red de TPBCL el Tribunal tendría que modificar el contenido de las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005, así como el marco regulatorio de la Resolución 575 de 2002, es decir, tendría que infringir o modificar el marco regulatorio que la propia ETB invoca en su pretensión (Resoluciones 463dev 2001 y 1763 de 2007), ajustado con el Índice de Actualización Tarifaria (IAT).

La Parte Convocada formuló las excepciones denominadas de “FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS SOMETIDAS A SU CONSIDERACIÓN” por los motivos expuestos al decirla (n III, 3.1. num. 3.1.1. a 3.1.6), “DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE COLOMBIA TELECOMUNICACIONES”, “ DE VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE ACCESO IGUAL-CARGO IGUAL, Y DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN”, y la denominada “POR ERROR EN EL CÁLCULO DE LA REMUNERACIÓN POR PARTE DE LA ETB”,(III, num. 3.2 a 3.4), las cuales fueron replicadas por la Parte Convocante.

2. El *petitum* de la demanda de reconvención, su oposición y excepciones

Por su lado, la demanda de reconvención, incoa como pretensión principal declarar que el sistema de remuneración para el acceso, uso e interconexión de la red local-local en la ciudad de Bogotá al que está sujeto el Contrato suscrito por las partes, no da lugar al pago de cargos de acceso por el tráfico cursado entre las redes de las mismas, y las subsidiarias primera a cuarta, el

incumplimiento de la obligación de pagarle los cargos de acceso que corresponden al tráfico local cursado entre sus redes desde abril de 2002 a la fecha, que no existe en la ley o el contrato un tarifa aplicable a la remuneración de interconexión local-local, que es aplicable la prevista para telefonía de larga distancia y local extendida considerando su pertenencia al grupo Tres, y se condene a la demandada a pagar la suma de \$47.302177.949 o la probada con su actualización.

A estos pedimentos se opuso la demandada en reconvención reiterando la argumentación de su demanda arbitral reformada, y propuso bajo el *nomen* “RAZONES DE LA OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES”, las denominadas excepciones “OBLIGACIÓN DE PAGO DE COLTEL A ETB”, “AUSENCIA DE OBLIGACIÓN DE PAGO POR PARTE DE ETB. EB HA CUMPLIDO CON SUS OBLIGACIONES ECONÓMICAS DENTRO DEL CONTRATO”, “LA TARIFA DE CARGOS DE ACCESO SEÑALADA POR COLTEL NO ES APLICABLE AL CONTRATO. EL PRECIO DE INTERCONEXIÓN ES EL SEÑALADO EN LA DEMANDA PRINCIPAL”, “EL SERVICIO DE ACCESO, USO E INTERCONEXIÓN OBJETO DE RECLAMO ES EL REFERIDO AL SERVICIO DE TPBCL (SERVICIO LOCAL-LOCAL) EN BOGOTÁ, NO EL SERVICIO DE TPBCLE (LOCAL EXTENDIDA) O DEL TPBCLD (LARGA DISTANCIA)” Y “COLTEL ACTÚA EN CONTRA DE SUS ACTOS PROPIOS FRENTE A LOS PRECIOS DE INTERCONEXIÓN DE LA RED LOCAL-LOCAL CON ETB EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ”, las cuales se replicaron por la parte demandante en reconvención.

Consideraciones del Tribunal

Dado el carácter técnico de los hechos alegados como incumplimiento y generadores del perjuicio reclamado por la ETB, según el planteamiento anterior, las pruebas conducentes para su demostración, aportadas por las partes y producidas dentro del trámite arbitral, corresponden principalmente a conceptos de expertos especializados en el sector operativo y financiero de las telecomunicaciones, así como a documentos de contenido técnico

utilizados como fuente de los estudios preparatorios de las Resoluciones de la CRC, junto con literatura e información referida a los fundamentos de las políticas macroeconómicas nacionales y extranjeras sobre los sistemas de comunicaciones; igualmente se aportaron Actas del Comité de Interconexión, órgano de carácter contractual, diagramas y planos de la red TPBCL de la ETB, etc.

Todos estos medios los apreciará el Tribunal en este aparte del laudo como juez del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión No. C-0036-99, suscrito por la ETB y TELECOM (hoy COLOMBIA TELECOMUNICACIONES) con el fin de decidir las Pretensiones formuladas por la parte convocante y las de la demanda de reconvención, así como sus excepciones.

La ETB, aportó con la demanda un experticio elaborado por el perito financiero Luis Fernando Rodríguez Naranjo, denominado Aplicación del Modelo Sender Keeps All, Peritaje de Impacto Financiero sobre ETB en el Segmento de TPBCL, cuya contradicción se llevó a cabo en audiencia del Tribunal, mediante interrogatorio al perito por los apoderados de las partes y por los árbitros. Igualmente, se decretó y practicó el dictamen por el perito designado con acuerdo de las partes, la sociedad Económica Consultores rendido por su representante legal, el ingeniero Pablo Roda Fornaguera, aclarado, complementado y objetado parcialmente, decretándose como pruebas de los errores graves, los estudios de la CRC y de la UIT obrantes en el expediente. A petición de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES para oponerse a las objeciones formuladas, se decretó como prueba el dictamen rendido por el perito Edgar Castillo Errassour junto con sus Aclaraciones y Complementaciones dentro de los procesos acumulados 3-AI-2007 y 4-AI-2008, en trámite ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como toda la actuación surtida ante el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca, como autoridad judicial comisionada para la producción de la prueba.

Igualmente se aportaron las Actas del Subcomité Técnico de Interconexión de Telecom (Colombia Telecomunicaciones), en las cuales se confrontaban los perfiles de tráfico entre las redes de las empresas interconectadas en los años 2002 y 2003.

A solicitud de la ETB fue decretada por el Tribunal, también como demostración del perjuicio reclamado, la elaboración a cargo de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRC) de una peritación consistente en la corrida del modelo financiero de costos HCMCRFIX de Cargos de Acceso a redes fijas en Bogotá. No obstante, según informó la CRC al Tribunal durante el proceso arbitral, le fue solicitada por esta entidad a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES el cargue de la información de los módulos necesarios para la corrida del modelo solicitado, a lo cual respondió su representante legal afirmando no poseer tal información en sus archivos por no estar la empresa obligada a llevarla, según manifestaciones de su apoderado. El Tribunal, en consecuencia, frente a la imposibilidad planteada relevó a la CRC del encargo pericial en cuestión.

Considerando la decisión del **“conflicto de interconexión”** entre las partes de este proceso, adoptada por la Autoridad Nacional Competente según la Resolución 1345 del 1 de noviembre de 2005, en la cual accedió a la solicitud presentada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en relación con la definición de los cargos de acceso y uso para la interconexión entre su red de TPBCL y la de ETB, **“en los términos establecidos en el numeral 3.2”** (“Cargos de acceso Local-Local), resolviendo **“que frente a la ausencia de acuerdo entre las partes, la metodología de cargos de accesos que debe remunerar la interconexión entre las redes de TPBCL de ETB y de**

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES es la establecida en el artículo 4.2.2.20, la cual deberá ser implementada a dicha relación de interconexión ... desde el 22 de marzo de 2002” (artículo tercero, y considerando 3.2.), esto es, el esquema de remuneración efectiva “denominado Sender Keep All”, así como su confirmación mediante Resolución 1388 del 21 de diciembre de 2005, y la Sentencia de interpretación prejudicial 181-IP-2013 del TJCA (folios 821 a 851 del Cuaderno de Pruebas No. 12) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Tribunal decidirá el “conflicto contractual” relativo a las controversias contenidas en las pretensiones de la demanda arbitral principal, la demanda de reconvención, sus respuestas, excepciones y réplicas a éstas ya referidas, en el marco de la regulación, el ordenamiento andino y su interpretación prejudicial, además de la valoración de las pruebas mencionadas, y las posiciones de las partes, así como su competencia según el análisis ya efectuado.

En consecuencia, estudiará los incumplimientos invocados, así:

1. **El incumplimiento por indebida aplicación del Sistema Sender Keeps All y renuencia a pagar la totalidad del uso de la red de ETB.**

En sentir de la demandante, el sistema Sender Keeps All (*“La red que origina la llamada retiene lo facturado*), impuesto a partir del 22 de marzo de 2002 por la CRT mediante Resolución 1345 de 2005, confirmada en la Resolución 1388 de 2005, como mecanismo de remuneración de la interconexión entre sus redes RTPBCL y las de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES remunera *“la interconexión al conservar, cada operador, el valor cobrado a sus usuarios, siempre y cuando exista simetría en el tráfico. Así, opera una compensación entre lo que cada operador tendría que pagarle al otro por terminar llamadas en su red”*.

Esta compensación está sujeta, a dos condiciones concurrentes, la equivalencia o *“simetría en el tráfico que cursa entre las redes de los dos operadores”* y la equivalencia en los costos de cada red interconectada o *“similitud entre los costos eficientes de la red de los operadores interconectados”*, en cuyo caso, *“la obligación de remunerar el servicio se extingue por medio de compensación”*.

Cuando no existen estas condiciones, *“la obligación de remunerar el servicio no se satisface en su totalidad por medio de compensación”*. En esta hipótesis, subsiste la obligación de pagar los *“minutos que dan lugar al desbalance”*, y como desde abril de 2002 los márgenes de asimetría del tráfico cursado han sido considerables en contra de ETB según consta en sus mediciones y en los dictámenes periciales, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, debe pagar la diferencia, asimetría o desbalance del tráfico, *“los CdA correspondientes a los minutos de más originados en su red y terminados en la red de mi poderdante, desde abril de 2002 hasta la fecha más próxima al laudo, así como los perjuicios causados con ocasión del incumplimiento contractual de COLTEL”*, y al no pagarlos valiéndose de una indebida interpretación del sistema SKA, incumplió el contrato y los actos administrativos de la CRT.

1.1. El contrato celebrado por las partes.

Consta en el expediente el Contrato de acceso, uso e interconexión entre las redes de TPBC de ETB y las redes de TELECOM, No. C-0036-99 celebrado el 23 de junio de 1999,

Su Cláusula Primera señala por objeto, *“regular los derechos y obligaciones de las partes originadas en el acceso, uso e interconexión”* de sus respectivas

redes “y establecer las condiciones de carácter legal, técnico, comercial, operativo y económico relacionadas con dichas interconexiones”.

La Cláusula Décima Cuarta del contrato denominada COSTOS DE INTERCONEXION determina:

“ Las partes asumirán los costos de interconexión en su calidad de solicitantes, a partir del punto de interconexión de la otra parte y hacia el interior de su red, teniendo en cuenta las siguientes estructuras de interconexión y de conformidad con los Anexos Técnico y Financiero – Comerciales: (...)”

(...)

“ PARAGRAFO. Los costos de ampliaciones de la interconexión conforme a la tipología de la red, su operación y mantenimiento, las obras de infraestructura necesarias para la ampliación del medio de transmisión de la interconexión, serán asumidos por el operador que expanda su red y presentará su plan de dimensionamiento. (...)”

La Cáusala Décima Segunda del Contrato, enuncia entre otras obligaciones:

“Las partes cumplirán con las obligaciones consignadas en la normatividad legal y reglamentaria vigente. El contrato se ejecutará bajo los principios de buena fe, reciprocidad, transparencia, economía, integridad y lealtad contractual, teniendo en cuenta que busca el beneficio de los usuarios y de las partes. En desarrollo del mismo, éstas tendrán las siguientes obligaciones:

(...)

12.13. Reconocer y pagar los valores que resulten a cargo de cada una de las partes y a favor de la otra en desarrollo del presente contrato.

(...)

“12.16. Reconocer y pagar el cargo de acceso y uso por la utilización de las redes de la otra parte, conforme a la regulación y a lo previsto en los Anexos Técnicos y Financiero – Comerciales

12.26. Preparar oportunamente la información correspondiente a las mediciones requeridas para las conciliaciones de los cargos de acceso y demás rubros acordados, de conformidad con lo establecido en este contrato y en sus Anexos Técnicos y Financiero – Comerciales

12.28. Suministrarse la información suficiente y necesaria para realizar los procesos de facturación pertinentes, de conformidad con lo establecido en los Anexos Técnicos y Financiero – Comerciales”⁵⁷

Por su parte, la Cláusula Décima Quinta, regula así el Arrendamiento de E1 S para la Interconexión:

⁵⁷ Ver también Anexo Técnico No. 1 de Interconexión entre ETB LOCAL-TELECOM COMO LOCAL, en especial cláusula 6, Anexo Financiero-Comercial No. 1, en especial cláusula segunda.

“Durante el tiempo en que una de las partes utilice la interconexión E1 s o capacidad de transporte de la otra parte, pagará mensualmente a ésta el valor correspondiente, a partir de la fecha del “ Acta de Instalación y en Capacidad de Funcionar” de los enlaces de interconexión, de conformidad con los Anexos Técnico, Financiero – Comerciales.

“Parágrafo. La actualización del cargo de acceso se aplicará al producirse un cambio en dicho cargo, bien por disposición de autoridad competente, o bien porque se produzca una variación cualquiera del Índice de Actualización Tarifaria IAT , tal como lo dispone el artículo 5.30 de la Resolución 087 de la CRT o las demás normas que la adicionen, modifiquen o reemplacen. (...) “

A su vez, la Cláusula Décima Sexta, Cargos de acceso y uso, estipula:

“CLAUSULA DECIMA SEXTA: CARGOS DE ACCESO Y USO.-

“El valor de los cargos de acceso y uso y su reajuste periódico, se regirá por las normas establecidas por la CRT y de acuerdo con lo dispuesto en los Anexos Financieros Comerciales.

“PARÁGRAFO. La actualización del cargo de acceso se aplicará al producirse un cambio en dicho cargo, bien por disposición de la autoridad competente, o bien porque (sic) se produzca una variación en cualquiera de los componentes del Índice de Actualización Tarifaria “IAT”, tal como lo dispone el artículo 5.30 de la Resolución 087 de la CRT o las demás normas que lo adicionen, modifiquen o reemplacen. El cargo de acceso actualizado y/o modificado se causará y pagará a partir del primer día del mes siguiente en que se produzca tal variación sin que sea necesario para ellos notificar tal modificación.”.

El texto de la Cláusula Décima Séptima, Conciliación y Cruce de Cuentas, expresa:

“DECIMA SÉPTIMA: CONCILIACIÓN Y CRUCE DE CUENTAS.-

“Las partes efectuarán mensualmente los procesos de conciliación y cruce de cuentas de los cuales formarán parte todos los rubros acordados en el presente contrato, de acuerdo con lo establecido en los Anexos Financiero – comerciales. El cargo de acceso y uso se conciliará según el tipo de interconexión de que se trate.”

En la Cláusula Segunda del Anexo Financiero- Comercial No.1 se prevé al respecto:

“2.1. El cargo de acceso y uso a pagarse entre las partes a partir de la suscripción del presente contrato se liquidará por minuto o proporcionalmente por fracción de minuto de cada llamada completada.

“2.2. El valor del cargo de acceso y uso inicial será el que resulte de dividir por tres el cargo de acceso y uso local vigente para el momento de la suscripción del presente contrato, que se paga por impulso de acuerdo a lo establecido en el artículo 5.26 de la Resolución 087 y demás normas que la modifiquen, adicionen o reemplacen (...).”

De acuerdo con la Cláusula Décima Sexta, antes transcrita, el valor de los cargos de acceso y uso, así como su reajuste periódico se regirá por las normas establecidas por la CRT y los Anexos Financieros Comerciales.

1.2. El Sistema Sender Keeps All impuesto por la CRT.

Por efectos de la regulación general de la CRC y de las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005 decisorias del conflicto de interconexión entre los operadores, el Sender Keeps All es el sistema de remuneración aplicable a la relación de interconexión y al Contrato.

Esto conduce al Tribunal a examinar sus características en las normas comunitarias andinas, la interpretación prejudicial, y el régimen jurídico regulatorio establecido por la Comisión de Regulación de Comunicaciones para precisar de acuerdo con éste, el contrato y las pruebas del proceso, si proceden el incumplimiento y los perjuicios alegados por la ETB en sus pretensiones, o por el contrario, no hay lugar a aquél y éstos, o a las excepciones propuestas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES., ora lo suplicado en su reconvención, bien las excepciones interpuestas en su contra.

Para ello, en primer término referiré, a las normas comunitarias, a la interpretación prejudicial, a la regulación y apreciaré luego las diversas pruebas que obran en el proceso, comenzando por el Dictamen rendido por ECONOMICA Consultores y sobre el cual se determinó su eficacia, al no haberse encontrado demostrados los errores graves formulados por la ETB.

1.2.1. La Sentencia de Interpretación prejudicial.

La sentencia 181-IP-2013 del TJCA, al interpretar las normas comunitarias andinas objeto de consulta, advirtió no estar dentro del ámbito de su interpretación determinar si el sistema adoptado por la autoridad nacional competente se ajusta a los parámetros y criterios de la normativa andina sobre cargos de interconexión, por ser de ésta. Señaló al respecto:

“B. SISTEMA PARA DETERMINAR LA REMUNERACIÓN ENTRE OPERADORES O PROVEEDORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES. PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS. EL CASO DEL SISTEMA “SENDER KEEPS ALL”.

50. *El Tribunal advierte que en el marco de la figura de la interpretación prejudicial no se encuentra dentro del resorte de su actuación, pronunciarse sobre si uno u otro sistema cumplen los parámetros y criterios definidos en la normativa comunitaria sobre cargos de interconexión; por lo tanto, es cuestión de la autoridad administrativa competente nacional definir y determinar dicha situación, teniendo en cuenta los parámetros interpretativos que sentará el Tribunal en la presente providencia”.*

Previo análisis de los distintos preceptos enunciados en la solicitud de interpretación, concluyó, en particular los artículos 30 de la Decisión 462, 18 y 20 de la Resolución 432, los “siguientes elementos esenciales de los cargos de interconexión”:

“•Obligatoriedad en la interconexión. Los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones tienen la obligación de interconectarse. Por lo tanto, el esquema de los cargos de interconexión se da en este ámbito de apremio en pro de la competencia y el bienestar social. Si un proveedor se negara a la interconexión, el asunto se ventilará ante la autoridad nacional competente para que tome una decisión al respecto. De todas formas, la normativa comunitaria andina se sustenta sobre el principio de autonomía de la voluntad privada, en el sentido de que las partes pueden acordar las condiciones de interconexión, siempre y cuando se fijen sobre los parámetros establecidos. Esto se desprende de un análisis conjunto de los artículos 30 de la Decisión 462, y 16, 17, 19, 23, 27 y 34 de la Resolución 432, donde se da un margen de acción contractual a los proveedores que se interconectarán para fijar las condiciones generales, económicas y técnicas del enlace, pero todo bajo los parámetros establecidos en la normativa comunitaria y la regulación de la autoridad nacional de telecomunicaciones pertinente.

•Los cargos de interconexión deben estar orientados a costos. Como se dijo líneas arriba, la normativa andina no está jugándose por un método

especifico para establecer los cargos de interconexión. Una vez consultados todos los antecedentes de la Decisión 462 y de la Resolución 432, el Tribunal no encontró un marco de discusión que le permitiera inferir que hubo una intención plenamente direccionada a escoger un único método sistema para establecer los cargos de interconexión. Lo que sí es evidente, es que desde los primeros borradores de proyecto la intención del legislador comunitario era que los costos fueran un factor determinante para la fijación de los precios de interconexión. En consecuencia, cualquier metodología o esquema utilizado debe garantizar que los cargos tengan en cuenta los costos específicos para la interconexión sobre la base de los servicios prestados: origen, tránsito y terminación de la llamada. Además, cualquier metodología debe dar razón de la relación ingreso-costo, permitiendo que la interconexión sea viable económicamente y, por lo tanto, que sea susceptible de brindar una continuidad en el servicio, una proyección de mantenimiento y mejoramiento de la calidad, prestación ininterrumpida del servicio y viabilizando el acceso a las redes. Es por esto que el artículo 20 de la Resolución 432 prevé que dichos costos preserven la calidad a costos eficientes, ya que la interconexión es una herramienta fundamental para el desarrollo de la industria de las telecomunicaciones, soportada en el equilibrio económico de los proveedores y la viabilidad financiera que redunde en la integración de las distintas redes entrantes o incumbentes, dentro de un clima de competencia.

“Por lo tanto, el análisis de costos debe reflejar todas las variables que se presenten en un esquema de interconexión. Para una red como la TPBCL, por ejemplo, es esencial el análisis de costos conjuntos y costos exclusivos involucrados en la interconexión. Por esta razón es que el artículo 18 de la Resolución 432 prevé que dentro del análisis se debe tener en cuenta una cuota de costos comunes o compartidos inherente a la interconexión y suficientemente desagregados. Dicha norma define qué se entiende por costos comunes: “Se entenderá por costos comunes o compartidos aquellos que corresponden a instalaciones y equipos o prestaciones compartidos por varios servicios.” Además, para lograr unos costos desagregados con el objetivo de “que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio”, el artículo 21 advierte que la interconexión se debe estructurar sobre la base de la desagregación de componentes o instalaciones esenciales de la red y funciones. Presenta una lista no taxativa, a saber: origen y terminación de comunicaciones a nivel local; conmutación; señalización; transmisión entre centrales; servicios de asistencia a los abonados; acceso a elementos auxiliares y a elementos que sean usados por ambas partes al mismo tiempo, si son factibles y económicamente viables; y la facturación y recaudación, así como la información necesaria para poder facturar y cobrar a los usuarios. Al analizar si se cubren los costos, la autoridad competente deberá hacer un análisis integral de todas las variables y elementos que afectan en los costos, teniendo en cuenta el comportamiento de la interconexión en periodos de tiempo razonables y considerables con la naturaleza de las redes que se enlazan; además deberá establecer de manera integral si los beneficios del sistema adoptado disminuye costos, y si la relación costo-ingreso es razonable para pensar en que hay un desbalanceo que justifique una revisión del esquema.

•Complementados con un margen de utilidad razonable. El Tribunal llama la atención en la diferencia existente entre los términos utilizados en la Decisión

y la Resolución. Si bien la Decisión habla de “cargos de interconexión razonables”, la Resolución filtró esta palabra en “utilidad razonable”. Teniendo en cuenta que “razonable” en este campo significa moderado en relación con la situación específica, tenemos que entender que “utilidad razonable” significa simplemente que los cargos no pueden ser excesivos y tampoco pueden permitir una actividad a pérdida. Significa entonces que para la relación ingreso-costos, una utilidad razonable se da cuando los ingresos cubren cómodamente los costos; de ninguna manera se puede entender a la interconexión como una actividad eminentemente lucrativa. No nos podemos olvidar que la normativa estudiada tiene un piso axiológico, un esquema de principios que impone sobre los hombros de los dueños de redes una función social, es decir, más allá del simple lucro. Por lo tanto, al hablar de utilidad razonable se debe entender que la interconexión está destinada a permitir el establecimiento de la competencia para que redunde en calidad, eficiencia y precios convenientes para los usuarios. Es importante aclarar en este punto que la “simple remisión” que la normativa comunitaria hace de la UIT y OMC, es un mero complemento a la regulación comunitaria andina en cuanto a la definición de ciertos términos (artículos 1 de la Decisión 462 y 2 de la Resolución 432). Esto no implica que se deban adoptar obligatoriamente las definiciones de la UIT, ya que deben ser consecuentes con las bases axiológicas de la normativa andina sobre la materia. Además, si entran en contradicción con la normativa comunitaria, sobre la base del principio de primacía, resultarían ser inaplicables. Por tal motivo, la autoridad competente deberá analizar si las definiciones o conceptos potencialmente aplicables podrían reñir con el sistema comunitario andino”.

A propósito del sistema Sender Keeps All, señaló:

“53. El caso particular gira en torno a la operatividad método “Sender Keeps All” (SKA) o “Bill and Keep” (BAK), en cuanto esquema idóneo para el cálculo de tarifas de redes TPBCL, de conformidad con los parámetros de la normativa comunitaria andina.

[...]

55. De todas formas, para un mejor entendimiento del presente escrito, se hará una breve referencia al esquema SKA. Es un sistema de remuneración de cargos de interconexión, mediante el cual cada operador conserva la totalidad de lo facturado a sus usuarios por las llamadas realizadas desde su red a la red interconectada. Sobre su funcionalidad, ventajas y operatividad se encuentra abundante literatura, en especial los trabajos de Cambini y Valletti⁵⁸, Berger⁵⁹, Degraha, y en español, Adriana Bueno Lanchez⁶⁰.

56. En este escenario cada operador actúa bajo el principio de reciprocidad, ya que no se imponen precios de terminación de las llamadas; cada uno permite que los demás facturen las llamadas salientes de su propia red sin preocuparse por el cobro de las entrantes, lo que implica que cada uno conservará el valor recaudado de sus usuarios.

⁵⁸ Cambini, C., y T.M. Valletti. “Network competition with price discrimination: Bill-and-Keep is not so bad after all”. (2003).

⁵⁹Degraha Patrick. “Bill and Keep as the Efficient Interconnection Regime?: A Reply”. (2003).

⁶⁰ Degraha Patrick. “Bill and Keep as the Efficient Interconnection Regime?: A Reply”. (2003).

57. La discusión en el caso particular se centra en establecer las condiciones de eficiencia del sistema SKA bajo los presupuestos de la normativa comunitaria, lo que implicaría repensar su operatividad sobre la base diversos parámetros, de conformidad con lo siguiente:

58. El concepto inicial que ambienta el asunto particular es el de interconexión. El artículo 2 de la Decisión 462 la define de la siguiente manera: (...)

60. De lo anterior se desprende que para hablar de interconexión deben existir dos o más redes que se enlazan para tener acceso recíproco a los clientes y servicios que ofrecen. La definición de la UIT va por la misma línea: los arreglos técnicos y comerciales bajo los cuales los proveedores conectan su equipo, redes y les dan a su clientes la posibilidad de tener acceso a los clientes, los servicios y las redes de otros proveedores de servicios”⁶¹

61. La interconexión en el sector de las telecomunicaciones se ha convertido en la punta de lanza del desarrollo de las condiciones de competencia en el sector. Regular este fenómeno tiene como consecuencia alcanzar un mercado más competitivo, transparente, sin discriminaciones y, por lo tanto, con mayores beneficios para los usuarios. Además, dicha regulación es una actividad necesaria, dada el esquema actual de productividad, eficiencia y competitividad del sector de servicios públicos de telecomunicaciones. El aumento, desarrollo, adecuación y cambio en el campo tecnológico hace que los esquemas de costos, de eficiencia en la prestación y crecimiento varíen a tiempos relativamente cortos; esto hace que los proveedores de servicios tengan ciertos problemas a la hora de fijar los cargos de interconexión, con lo cual la regulación encaja perfectamente como mecanismo de anclaje en un sistema de desarrollo de la competencia.

62. Asimismo, es un asunto básico y de suma importancia contar con un sistema eficiente y coherente con los postulados de la libre competencia y los derechos del usuario final, sobre todo porque en mercados dirigidos hacia el desarrollo de la competencia, como el comunitario andino, la interconexión por lo general se plantea entre un proveedor ya instalado y preponderante (incumbente) y nuevos oferentes (entrantes), lo que podría traer problemas de ciertas prácticas restrictivas del primero hacia el segundo

63. El legislador comunitario andino, preocupado por esta piedra angular para el desarrollo de la competencia en el sector, generó ciertos parámetros que sustentan los esquemas de interconexión en la subregión. La Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, en su Capítulo VIII estableció los principios relativos a la interconexión, y dentro de este fijó las condiciones para la misma, de la siguiente manera (artículo 30):

“Artículo 30.- Condiciones para la Interconexión Todos los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones interconectarán obligatoriamente sus redes con las de los proveedores que hayan homologado

⁶¹ El desarrollo de esta definición se puede encontrar en Ramírez, Hernández, Fernando. Interconexión de Redes Telefónicas, Disputas y Consensos. Disponible parcialmente en <http://books.google.com.ec/books?id=jlDuNFZY7qgC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>.

sus títulos habilitantes, de acuerdo a la normativa nacional de interconexión de cada País Miembro. La interconexión debe proveerse: a) En términos y condiciones que no sean discriminatorias, incluidas las normas, especificaciones técnicas y cargos. Con una calidad no menos favorable que la facilitada a sus propios servicios similares, a servicios similares suministrados por empresas filiales o asociadas y por empresas no afiliadas; b) Con cargos de interconexión que: 1. Sean transparentes y razonables; 2. Estén orientados a costos y tengan en cuenta su viabilidad económica; 3. Estén suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio. c) En forma oportuna; d) A solicitud, en puntos adicionales a los puntos de terminación de la red, ofrecidos a la mayoría de los usuarios, sujeto a cargos que reflejen el costo de construcción de las instalaciones adicionales necesarias. En caso de negativa de un proveedor a la interconexión, será la Autoridad Nacional Competente la que determine su procedencia”.

64. Los parámetros transcritos fueron desarrollados mediante la Resolución 432 de la Secretaría General de Comunidad Andina, por medio de cual se establecen normas comunes sobre interconexión. Como se dijo anteriormente, su manto axiológico se extiende en conjunto con la Decisión 462.

*Es así que en sus artículos 18 y 20 se prevén las condiciones económicas de los cargos de interconexión, así: “**Artículo 18.-** Los cargos de interconexión deberán estar orientados a costos, complementados con un margen razonable de utilidad más una cuota de costos comunes o compartidos inherente a la interconexión y suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio. Se entenderá por costos comunes o compartidos aquellos que corresponden a instalaciones y equipos o prestaciones compartidos por varios servicios. (...) **Artículo 20.-** La interconexión deberá ser económicamente eficiente y sostenible, atendiendo a cargos de interconexión orientados a costos que preserven la calidad a costos eficientes.”*

1.2.2. La regulación

Sin repetir las consideraciones sobre la legislación internacional y nacional aplicable a este tipo de contratos, claramente explicada por el señor agente de la Procuraduría en su concepto rendido en este proceso, y expuesta detalladamente por el Tribunal en aparte especial de este laudo, se considera pertinente estudiar especialmente aquella relacionada con el sistema de remuneración de los cargos de acceso en los contratos de interconexión de redes, dada la incidencia en las relaciones contractuales entre operadores,

por ser en este caso, de aplicación obligatoria y, en consecuencia, reformatoria de las condiciones acordadas por las partes.

En efecto, corresponde al Estado⁶² como modalidad específica de la intervención económica (Capítulo 5º, Título XII), la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos (1º, 2º, 150 numerales 22 y 23, 189 numerales 22, 333, 334 y 365 a 370)⁶³ y, por su virtud, al legislador, mediante ley ordinaria⁶⁴, la configuración del régimen definitorio de su prestación, directrices, parámetros y competencias concretas (C.P., art. 150, num. 23; art. 76, inc. primero; art. 365 inc. segundo; y art. 367)⁶⁵ para garantizar el acceso, la prestación eficiente y continúa de los servicios públicos, la finalidad social del Estado (C.P., arts: 1º, 334, 366 y 367), la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales (arts. 2º y 86) y la democracia participativa (C.P., arts. 1º, 13, 2º, 40, 78 y 369), 150, numeral 23, 367, 368 y 370 de la C.P). Para desarrollar la regulación, las normas constitucionales previenen expresamente los órganos regulatorios (arts. 76, 77, 113 y 371) ⁶⁶ o autorizan su creación legal (art. 150, nums. 7º y 23; art. 76, inc. primero; art. 211, art. 365 inc. segundo; y art. 367). Las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos, en cuanto órganos técnicos especializados de creación legal, ejercen una función esencialmente administrativa (L. 489/98, art. 67) y expiden actos administrativos bien de contenido general, abstracto e impersonal, ora particular, personal y concreto, con observancia de los

⁶²Corte Constitucional, Sentencia C-272 de 1998.

⁶³ La regulación de los servicios públicos está asignada al Estado e integrada de los principios (Título I, arts. 1º, 2º y 5º) y derechos constitucionales (Título II, arts. 48, 49, 56, 58, 60, 64, 67, 76, 77 y 78), la facultad de su configuración legislativa, la potestad reglamentaria del Presidente de la República (art. 150, num. 23 y 189, num. 22, respectivamente), las competencias de las entidades territoriales (arts. 106, 289, 302, 311 y 319), las normas del régimen económico y de la hacienda pública (arts. 333 y 334) y las consagradas en el Título XII, Capítulo 5º a propósito de *“la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”* (arts. 365 a 370).

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencias C-517 de 1992, C-397 de 1995, C-263 de 1996, C-483 de 1996, C-75 de febrero 20 de 1997; C-066 de 1997, C-284 de 1997, 272 de 1998, C-444 de 1998, C-636 de 2000, C-1162 de 2000, C-290 de 2002, C-389 de 200, C-617 de 2002, C-35 de 2003, C-150 de 2003, C-503 de 2003, C-741 de 2003-

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-263 de 1996 y C-389 de 2002

⁶⁶ *“Organos de regulación constitucional”* o *“autoridades independientes”*. Sentencia C-827 de 2001.

lineamientos singulares, en torno de las políticas generales de administración y eficiencia de los servicios públicos, así como respecto de la promoción de la competencia entre quienes los presten, con sujeción a la Constitución Política, a la ley, al reglamento y al acto de delegación de las funciones presidenciales (arts. 211 y 370 Constitución Política, 68 de la Ley 142 de 1994 y 48 Ley 489 de 1998), dotados de obligatoriedad y de la presunción de legalidad.

Con arreglo a lo expresado en materia de servicios públicos domiciliarios, la Ley 142 de 1994, precisa las autoridades de regulación, sus funciones, competencias, procedimiento y los criterios para la fijación de las tarifas, en particular las directrices y exigencias para “**garantizar la efectividad de los principios del Estado social de derecho**”⁶⁷, el acceso a los sectores por la comunidad y su prestación eficiente.

Las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos ⁶⁸, según las condiciones del mercado, tienen la atribución de “*determinar de acuerdo con la ley, cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada*”

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 25 de febrero de 2003.

⁶⁸ Las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos, son órganos de origen legal creados por el legislador como “unidades administrativas especiales” con “independencia administrativa, técnica y patrimonial” (artículo 69 de la Ley 142 de 1994), “sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo” (L. 489/98, art. 67); hacen parte de la Administración Pública, particularmente de la Rama Ejecutiva a nivel nacional y están adscritas a un Ministerio o Departamento Administrativo (arts. 39, 48, 67, Ley 489 de 1998), su integración es plural, ostentan relativa autonomía e independencia y, en su estructura, organización y funcionamiento están sometidas a lo dispuesto en sus actos de creación (arts. 48 y 67, Ley 489 de 1998, se les asigna la función de regulación “sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios”, para compatibilizar los fines esenciales del Estado, el acceso permanente y la prestación eficiente del servicio, la sanidad del mercado y la libre competencia; su competencia es reglada y está sometida al principio de legalidad, a la Constitución Política, la ley, el reglamento, a los actos de delegación funcional de las “políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios” (art. 370 C.P) y a las directrices del sector trazadas por el Ministerio respectivo, la función regulatoria se ejerce desde una perspectiva técnica que “sin tener una connotación legislativa⁶⁸, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia” (Sentencia C-389 de 2002).

o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas” (artículos 2º numeral 2.6, 14 numeral 14.10 y 14.11, 34, 73, numerales 73.11 y 73.20, 86 y 98 Ley 142 de 1994). Las tarifas fijadas por expresa disposición legal son obligatorias, limitan la autonomía y libertad contractual, se insertan al contenido de los contratos en ejecución para disciplinar las prestaciones económicas de futuro cumplimiento a cargo de las partes, con estricta sujeción a lo dispuesto en la ley⁶⁹ y, naturalmente, carecen de efectos retroactivos en el tiempo, no afectan las situaciones jurídicas consolidadas, consumadas o producidas, según establezcan los actos regulatorios concretos de fijación.

En oportunidades el régimen jurídico del contrato entre su celebración y terminación, sea en lo concerniente a sus elementos constitutivos (*essentialia negotia* y forma solemne), a sus presupuestos de validez (capacidad de parte, legitimación dispositiva e idoneidad del objeto) o a sus elementos naturales (ley, uso, costumbre o equidad) y, por tanto, a su contenido y sus efectos, se modifica o sustituye durante el período de su ejecución por el advenimiento de cambios normativos ulteriores, planteándose la precisión de la ley aplicable a la relación negocial en términos de la legislación preexistente bajo cuyo amparo se celebró y de la posterior o coetánea a su ejecución, particularmente en los negocios de ejecución progresiva, prolongada o diferida en el tiempo.

El Estado puede establecer un contenido mínimo legalmente impuesto, por *ius cogens*, orden público social, económico o político⁷⁰, moralidad, ética colectiva o buenas costumbres⁷¹, “intervencionismo”, “dirigismo”, “orientación”,

⁶⁹ Es paradigmático el artículo 1339 del c.c. it según el cual “*las cláusulas y los precios de bienes o de servicios impuestos por la ley, de derecho se insertan en el contrato, aún en sustitución de las cláusulas diferentes convenidas por las partes*”.

⁷⁰ G.B. FERRI, *Ordine pubblico, diritto privato*, EdD, XXX, Milano, 1980, pp. 1051 ss; A. VON THUR, *Teoría General del derecho civil alemán*, Trad. R. Ravá, I, 1, Buenos aires, 1946, pp. 50 ss.

⁷¹ FLOUR et AUBERT, pp. 208, 216 ss. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, Paris, 1996, pp. 78 ss; J. CARBONNIER, *Théorie des obligations*, Paris, 1963, pp. 154 ss.

“economía controlada”⁷², “coordinada”, “racionalizada”, “planificada”, “vinculista”, “programática”⁷³ o “regulación” de determinados sectores con sentido tutelar o director de las relaciones jurídicas, donde el contenido del negocio jurídico, se especifica y completa *per relationem*, “en vista de un factor extrínseco a él”⁷⁴ y la autonomía privada dispositiva o la libertad contractual o de contratación⁷⁵ se restringe o cercena, en atención a la importancia de los intereses y la materia.

Un ejemplo de estas hipótesis es el sistema tarifario de los servicios públicos, los precios controlados⁷⁶, los regímenes de regulación o libertad vigilada, cuyas normas, por lo corriente, se sitúan en el esquema de la intervención económica, se imponen a contrariedad de la autonomía y libertad contractual, carecen de efectos retroactivos y, por lo general, desde su vigencia, se aplican de manera inmediata a las prestaciones de futuro cumplimiento⁷⁷, todo de conformidad con lo establecido en los actos regulatorios específicos.

Las denominadas leyes de intervención económica, “administrativas”⁷⁸, “de policía y seguridad”, “economía controlada, dirigida u orientada”, de prevención y evitación de monopolios u oligopolios, concentraciones, poder

⁷² J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, Paris, 1996, pp. 182-192.

⁷³ F. MESSINEO., *Doctrina general del contrato*, T.I., trad esp. R.O. FONTANARROSA-S.SENTIS MELENDO-M.VOLTERRA., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, pp. 8 ss.

⁷⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *Teoría General del Contrato*, Trad. F. Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1971, pp. 180 ss.

⁷⁵ P. RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privatto Italiano*, rist. 5a. ed. Napoli, 1983, p. 289,

⁷⁶ F. MESSINEO., *Doctrina general del contrato*, T.I., trad esp. R.O. FONTANARROSA - S. SENTIS MELENDO- M. VOLTERRA., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, pp. 8 ss: “Así, por ejemplo, en materia de precios de venta o de suministro de algunas mercaderías y géneros alimenticios, o en materia de cánones de locación, el vendedor o (respectivamente) locador, no puede sobrepasar ciertos límites (régimen de precios máximos)”.

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2001; Sentencias C-014 de 1993, C-177 de 1994, C-529 de 1994, C-168 de 1995, C-402 de 1998, C-335 de 1999, y C-926 de 2000.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 3 de octubre de 1968, Ponente, Jacobo Pérez Escobar; Sentencia de 14 agosto de 1987, Ponente Guillermo Benavides; Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 1994 y C-393 de 1996.

dominante abusivo, control de precios y otros sectores significativos son un desarrollo de las normas de aplicación “inmediata” o “necesaria”⁷⁹.

Conforme con la Ley 142 de 1994 y en desarrollo de la intervención estatal para la prestación de servicios públicos, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –CRT-, (hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones, -CRC- de acuerdo con la Ley 1341 de 2009), es la unidad administrativa técnica, cuyas funciones generales están establecidas en el artículo 74 de la ley inicialmente citada, como el órgano competente para la regulación del sector de las telecomunicaciones y por ende, el emisor de los actos administrativos de carácter general para dicho propósito.

Dentro de este contexto del análisis en cuestión, se destacan las Resoluciones Nos. 087 de 1.997, 463 de 2001, 575 de 2002 y 1763 de 2007, expedidas por la CRC, las cuales contienen el estatuto regulatorio del sistema de las telecomunicaciones, y específicamente el esquema de remuneración Sender Keeps All, adoptado por la Resolución 463 de 2001 en su artículo 4.2.2.20, y recogido textualmente en la Resolución 575 de 2002 y mantenido en la Resolución 1763 de 2007.

La norma citada es del siguiente tenor:

“Artículo 4.2.2.20. CARGOS DE ACCESO ENTRE REDES DE TPBCL. No habrá lugar al pago de cargos de acceso por el tráfico local cursado entre las redes de operadores de RPBCL, lo cual implica que cada operador conservará la totalidad del valor recaudado de sus usuarios, se responsabilizará de todo lo concerniente al proceso de facturación y asumirá el riesgo de la cartera. Lo anterior, sin perjuicio de que los operadores acuerden cualquier sistema alternativo.”

⁷⁹ N. BOBBIO., *Teoría General del Derecho*, trad esp. J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1992, pp. 67 ss; Phocio FRANCESEKAKIS., «*Lois d’application immédiate et droit du travail*», en *Revue Critique*, N° 63, París, 1974 ; *Quelques précisions sur les «lois d’application immédiate» et leurs rapports avec les règles de Conflits de lois*, en *Revue Critique*, N° 55, Vol. I, 1966 ; F. C., SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano Actual*, T. VIII, trad. esp. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, F. Góngora y Cía, Madrid, 1879, Págs. 138 y ss; Guisepe SPERDUTI, *Les lois d’application nécessaire en tant que lois d’ordre public*, en *Revue Critique* N° 66, 1977, Págs. 257-270.

También como una de las funciones de la CRC, conferidas por la Ley 142 de 1994, previamente explicadas, se encuentra la de dirimir controversias entre los operadores de telefonía a solicitud de parte, por causa de los conflictos generados en las relaciones de interconexión. Fue en ejercicio de esta facultad que la CRC expidió las resoluciones de carácter particular Nos. 1345 y 1388 de 2005, las cuales definieron, por solicitud inicial de la ETB, que el esquema de remuneración en el contrato de interconexión suscrito con Colombia Telecomunicaciones, ante la falta de acuerdo en un sistema alternativo, era el de Sender Keeps All, dispuesto en la regulación correspondiente:

“3.2. Cargos de Acceso Local – Local

“Como tuvo oportunidad de explicarse en el documento soporte de la Resolución CRT 463 de 2001, el esquema en mención implica que “el operador que genera la llamada conserva la totalidad del ingreso; no existen, por tanto, cargos de interconexión.

Bajo este esquema cada proveedor del servicio, que cuente con el contacto directo de clientes finales, es dueño de los ingresos totales que él factura, preocupándose por la totalidad de los costos de facturación, atención al cliente y mercadeo, por citar tan solo los más importantes, sin que deba reconocerle al operador que provee la interconexión cargo alguno.

A su vez, el otro operador, cuando origine a su turno una llamada, conserva la totalidad del ingreso que factura, sin que deba reconocerle al interconectante cargo alguno por el acceso a su red.

(...) Así las cosas, es claro para la CRT que si bien el artículo 4.2.2.20 transcrito prevé la posibilidad de que los operadores acuerden un esquema diferente al definido en la regulación, el mismo se predica de los acuerdos a los que se llegue bajo el rigor de la Resolución 463 de 2001 y no frente a aquellos celebrados antes de dicha resolución, de modo que desde la entrada en vigencia de dicho acto administrativo, todas las interconexiones existentes entre redes de TPBCL, deben ser remuneradas bajo el esquema “Sender Keeps All”, sin perjuicio de los acuerdos o esquemas alternativos definidos por los operadores en desarrollo de la voluntad privada.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para la CRT que, frente a la ausencia de acuerdo entre las partes, la metodología de cargos de acceso que debe remunerar la interconexión entre las redes de TPBCL de ETB y de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES es la establecida en el artículo 4.2.2.20, la cual deberá ser implementada a dicha relación de interconexión desde la fecha en la cual COLOMBIA TELECOMUNICACIONES presentó su solicitud de solución de conflicto, esto es desde el 22 de marzo de 2002, toda vez que es sólo hasta ese

momento que la Comisión adquiere competencia para efectos de pronunciarse sobre el conflicto de interconexión surgido entre los operadores de telecomunicaciones.” (Resolución 1345 de 2005)

A su vez, en la Resolución 1388 de 2005, reiteró:

“Ahora bien, en lo que tiene que ver con los argumentos expuestos por el recurrente sobre la decisión adoptada por la CRT en lo que respecta al tema de cargos de acceso entre las redes de TPBCL de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y ETB, y la aplicación del artículo 4.2.2.20 de la Resolución CRT 087 de 1997 y no de la cláusula contractual, debe tenerse en cuenta que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en ejercicio de sus facultades legales, mediante Resolución CRT 463 de 2001, estableció las reglas aplicables a todos los operadores de telecomunicaciones de que trata el Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997 relativas a los cargos de acceso y uso de redes por concepto de la interconexión.

Al respecto, no puede perderse de vista que las disposiciones de orden regulatorio, en la medida en que son un tipo de intervención del Estado en la economía, tienen connotaciones imperativas, de manera que las mismas suplen la voluntad de las partes frente a la ausencia de acuerdo o disposición.

Dentro de las reglas definidas por la CRT, las cuales cuentan con las características ya anotadas, se encuentra precisamente la relativa al esquema de cargos de acceso que deben pagarse y reconocerse los operadores de TPBCL cuando se interconectan entre sí.

El esquema que fue definido por el regulador como instrumento de remuneración efectiva de las redes, fue el denominado “sender keeps all”, bajo el cual el uso de las redes sí es remunerado, sólo que los operadores no se cruzan los dineros asociados con este servicio. Teniendo en cuenta lo anterior, no es que la regulación haya definido el no reconocimiento de los cargos de acceso en este tipo de interconexiones; lo que sucede es que la metodología adoptada no prevé la transferencia de fondos entre los operadores interconectados.”

1.2.3. El Dictamen rendido por Económica Consultores:

El perito, así se refiere a las Resoluciones en cuestión:

“La resolución CRT 463 de 2001, que modifica la resolución CRT 087 de 1997 establece, en su artículo I, los niveles de cargos de acceso para remunerar el uso de las redes de TPBCL en el sentido entrante o saliente por parte de operadores de otros servicios. Por lo anterior, el uso de redes de TPBCL por servicios distintos a telefonía local da lugar al pago de cargos de acceso.

Cuando se trata de tráfico de TPBCL dirigido a otra red de TPBCL⁸⁰, no obstante, la resolución establece un esquema de 'Sender Keeps All' en el cual no hay lugar al pago de cargos de acceso por terminar las llamadas en otra red de TPBCL. El artículo 4.2.2.20 de la resolución 087 de 1997 modificado por la resolución CRT 463 de 2001 y ratificado por la resolución CRT 575 de 2001, establece: (...)

Sin pretender hacer una valoración jurídica y desde una aproximación puramente económica, se concluye que si las partes no acogen un esquema alternativo al establecido por la regulación, no hay lugar al pago de cargos de acceso por terminar llamadas en la red de otro operador de TPBCL en el mismo municipio⁸¹. Si la llamada que termina en la red de TPBCL proviene de otro servicio hay lugar al pago de cargo de acceso."

Más adelante, indica:

*"Sin pretender hacer una interpretación jurídica de la norma, lo cual está por fuera del alcance del perito, la lectura, desde el punto de vista puramente técnico y económico, es que **el sistema Sender Keeps All – SKA, adoptado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC a través del artículo 4.2.2.20 de las Resoluciones 463 de 2001 y 575 de 2002, no está condicionado ni a los balances de tráfico, ni a que se presenten costos similares de red entre los operadores.**" (se subraya).*

Se preguntó por la ETB al perito sobre las fuentes de la doctrina económica regulatoria empleadas por la CRC para dar sustento a la expedición del sistema de remuneración Sender Keeps All (SKA) previsto en el artículo 4.2.2.2.20 de la Resolución 463 de 2001, posteriormente refrendado en el año 2007, en la Resolución 1763 de ese año. La respuesta analiza los diversos documentos preparatorios, indicados por la ETB, que abordaron el tema desde puntos de vista diferentes:

Sobre el documento de ***"Políticas Generales y Estrategias para establecer un régimen unificado de interconexión, RUDI" de julio de 2002***", afirma el dictamen, que sirvió de base para establecer la regulación de cargos de acceso y supone que en el SKA el tráfico entre operadores está equilibrado:

"Bajo este esquema, el operador que genera la llamada conserva la totalidad del ingreso; no existen, por lo tanto, cargos y precios de interconexión.

⁸⁰ *"También se aplica el SKA cuando el tráfico se dirige a una red de TPBCL (Telefonía Pública Básica Conmutada Local Extendida) cuando el operador de esta red no aplica cargo por distancia entre dos municipios. En este caso el servicio de TPBCL se trata como de TPBCL, para efectos de cargo de acceso."*

⁸¹ *"O de municipio cubierto por una red de TPBCL que no aplica cargo por distancia."*

(...)Sin embargo, no refleja los costos reales de las redes y la utilización que de las mismas realicen los operadores interconectados. Se presentan, de igual forma, dificultades para aquellos operadores que en la actualidad se benefician de desequilibrios de tráfico, existiendo, en consecuencia, intereses que se pueden llegar a lesionar de manera importante.

El esquema supone, por consiguiente, equilibrio en el tráfico que se genera entre operadores.” Pgs.46 a 48 Dictamen.

Respecto del Documento de análisis de la CRT **“Cargos de Acceso y el Proceso de Apertura y Convergencia de la Industria de las Telecomunicaciones en Colombia”** de mayo de 2001, expresa:

“Finalmente se presentan y discuten distintas alternativas para estructurar los precios de interconexión: cargos por carga de tráfico (varían en función de la demanda horaria); cargos por uso de la red (minutos o impulsos), cargos por capacidad en los cuales el cargo no depende del tráfico cursado; tarifas multiparte, que combinan los conceptos de uso y capacidad; precios de interconexión por elemento de red involucrado en la interconexión; cargos por distancia; y, finalmente, el ‘Sender Keeps All’, esquema bajo el cual, el operador que genera la llamada conserva la totalidad del ingreso y, por tanto, no existen cargos de acceso ni precios de interconexión. (...)

Con respecto al modelo ‘Sender Keeps All’, en el numeral 4.6 de la página 26 se establece lo siguiente:

‘Bajo este esquema, el operador que genera la llamada conserva la totalidad del ingreso; no existen, por tanto, cargos de interconexión. Bajo este esquema cada proveedor del servicio, que cuente con el contacto directo de clientes finales, es dueño de los ingresos totales que él factura, preocupándose por la totalidad de los costos de facturación, atención al cliente y mercadeo, por citar tan solo los más importantes, sin que deba reconocerle al operador que provee la interconexión cargo alguno. A su vez, el otro operador, cuando origine a su turno una llamada, conserva la totalidad del ingreso que factura, sin que deba reconocerle al interconectante cargo alguno por el acceso a su red. Como es obvio, el operador interconectante tendrá que incurrir en el costo de arrendamiento de los circuitos al operador que provee la interconexión, los cuales aumentarán en la medida que aumente el volumen de tráfico hacia la red de éste último. El esquema, por supuesto, simplifica todo el proceso, reduciendo costos de transacción y eliminando los engorrosos problemas de conciliación de cuentas entre operadores, así como las dificultades que origina la determinación y pago de los costos de facturación y atención a clientes.’ (...) Se concluye en el artículo que el esquema ‘Bill and Keep’, bajo estas consideraciones, es equitativo porque cada red (y sus usuarios) paga el costo incremental de la interconexión y captura sus beneficios (externalidades de red asociadas a llamar y ser llamado por un mayor número de usuarios). Con este esquema, por su parte, se evitan las distorsiones de precios mayoristas que surgen de las eventuales

diferencias entre el cargo de acceso y el costo marginal de interconexión que afecta el desarrollo eficiente del mercado minorista. (...)

Volviendo a la pregunta, entonces, el documento de soporte a los cargos de acceso del regulador en 2001, sostiene las condiciones de tráfico balanceado y similitud de costos como ambiente ideal para la implementación del SKA, pero refiere a dos artículos de autores que muestran que este mecanismo puede ser superior, en términos económicos, aún en condiciones de asimetrías en tráfico y costos de red.

(...) De esta forma, la asimetría de tráfico sería, en alguna medida, endógena a las decisiones comerciales de las redes interconectantes. No obstante, para soportar esta conclusión el documento hace referencia a un nuevo desarrollo de DeGraba, en el cual el autor, con base en un modelo formal matemático concluye que el 'Bill and Keep' genera un equilibrio de mercado más eficiente que los esquemas en que la red que llama paga (CPNP: Calling Part Network Pays), porque el cargo de acceso es cero, muy cercano al costo marginal de una llamada.

En este sentido, el SKA, genera mayores consumos y menos distorsiones e ineficiencias que un cargo por encima del costo marginal, incluso si los tráficos entre las dos redes interconectadas no están balanceados."

En el documento nuevamente, se expresa que el esquema de Bill and Keep se sustenta en varios supuestos fundamentales.

En primer lugar, "los flujos de tráfico que generan las dos redes deben ser balanceados; el tráfico que origina cada una de las redes debe ser similar, por lo menos, en promedio durante algún período de tiempo".

En segundo lugar, "la estructura de costos de interconexión de las dos redes debe ser similar. Se supone que los costos de interconexión de las dos redes interconectantes deben ser iguales o, cuando menos, similar, por cuanto, de otra manera, la red con los menores costos tiene el incentivo de enviar todo el tráfico que le sea posible a la red de mayores costos, pagando implícitamente un peaje bajo, ciertamente inferior a los costos de prestación del servicio". < pg.50 >

Más adelante agrega:

"En el documento se cita a Tirole y Laffont quienes sugieren que "los cargos de acceso pueden ser recíprocos entre operadores, a menos que existan violaciones en el supuesto de simetría (la simetría puede violarse si el tráfico entre redes se encuentra desbalanceado o si los costos de acceso son muy desiguales". (...) < pg. 50 >

A propósito del documento **"Revisión de los cargos de acceso a las redes de Telecomunicaciones en Colombia"** de diciembre de 2003, expresa:

"En la página 8 del Documento (...), se hace referencia a la simetría de tráfico de interconexión como supuesto implícito en el SKA y a la potencial insostenibilidad del mecanismo ante desbalances del tráfico:

“Por último, en los casos en los que existe simetría de tráfico, se ha utilizado la opción “Senders Keep All”, la cual permite que dos operadores cursen tráficos en sus respectivas redes sin intercambiar contraprestaciones por ello. Esta opción evita a los operadores la necesidad de desarrollar dispendiosos procesos de conciliación y cruce de cuentas aunque puede ser insostenible cuando se presentan desbalances en el tráfico cursado.” < pg. 53 >

Sobre la **“Propuesta Regulatoria para la fijación de los cargos de acceso a redes fijas y móviles en Colombia”** del 20 de septiembre de 2007. (Folios 167 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 5), indica:

“Sender Keeps All: este método es bastante atractivo dada la simplicidad del mismo, evita procesos de conciliación y cruce de cuentas entre los operadores. La desventaja que presenta este sistema es el incentivo que tienen los operadores para reducir la utilización de la red, ya sea reduciendo su calidad o incentivando que las llamadas sean dirigidas a otras redes por medio de la reducción en el precio de estas llamadas.”

(...) La CRT en su momento tuvo en cuenta los supuestos fundamentales del esquema “Sender Keeps All” (SKA) y consideró que estos se cumplían. Adicionalmente, comprobó en su momento que existían altos costos de transacción en los procesos de facturación, cobro y conciliación de cuentas asociadas a un esquema de cargos de acceso por uso.

Siendo así, la Comisión optó por utilizar el esquema SKA para la interconexión local, lo cual implica que cada operador conserva la totalidad del valor recaudado de sus usuarios, se responsabiliza de todo lo concerniente al proceso de facturación y asume el riesgo de la cartera.”

Destaca el perito que el documento que analiza incluye un pie de página cuyo texto es el siguiente:

Nota 53: “Los flujos de tráfico que generan las dos redes deben ser balanceados y la estructura de costos de interconexión de las dos redes debe ser similar”

Sobre este documento, comenta el dictamen que en efecto, para la decisión del año 2001 de establecer el SKA, se tuvieron en cuenta sus ventajas, especialmente las referidas a eliminar los costos de transacción en los procesos de facturación, cobro y conciliación de cuentas asociadas a un esquema de cargos de acceso por uso.

No obstante, destaca el perito, incluye dicho documento, en una nota de pie de página, que los supuestos fundamentales del sistema deben ser el que el flujo de tráfico que se genere en las dos redes debe ser balanceado, así como la estructura de las dos redes ha de ser similar.

Se pregunta el perito al analizar este documento de la CRC: *“Se plantea entonces, cual es el umbral de desbalance en el tráfico a partir del cual el costo de imponer el SKA es mayor que los ahorros en los costos de transacción implícitos en el sistema CPNP”*.

A continuación informa el perito que el documento plantea una propuesta regulatoria que incluye *“una metodología adicional para que se tengan en cuenta los desbalances o asimetrías de tráfico, los cuales son aspectos importantes a tener en cuenta dentro del sistema actual de Sender Keeps All.”* (pg.56).

Agrega, asimismo:

“Esta propuesta, sin embargo, no fue adoptada por la CRT en la resolución 1763 de 2007. En el “Documento de Respuesta a Comentarios al Proyecto de Resolución Integral de los Cargos de Acceso a las Redes Fijas y Móviles, de diciembre de 2007, en el numeral k, página 14, la Comisión manifiesta que ‘algunas empresas y/o entidades apoyan y otras no la propuesta de cargos de acceso entre redes de TPBCL.’ (...)

Con base en los desarrollos teóricos descritos, la CRC mantiene el SKA desacotado por balances de tráfico. Al final del numeral, no obstante, incluye el siguiente párrafo: ‘En todo caso, los operadores de telecomunicaciones siempre podrán acudir ante la CRT para que la misma, en ejercicio de sus funciones de solución de conflictos, resuelva aquellas divergencias que puedan presentarse en relación con el esquema de remuneración aplicado en cada interconexión entre redes de TPBCL.’ (se subraya)

Define el tráfico simétrico, así:

“Se entiende que el tráfico es simétrico cuando la diferencia de los porcentajes de tráfico entrante y saliente es igual a cero” (pg.8).

Al presentar las Tablas denominadas, Porcentaje de Asimetría Mes a Mes, explica:

“En la tabla siguiente se relaciona el porcentaje del tráfico entrante a ETB desde COLTEL como proporción del tráfico total cursado, mes a mes, entre ETB y COLTEL (columna A). De igual forma, en la columna B, se reporta el porcentaje del tráfico entrante a COLTEL desde ETB como proporción del tráfico total cursado, mes a mes, entre estas redes. En la columna C, se incluye el porcentaje de asimetría, definido como la diferencia entre las relaciones porcentuales establecidas en las columnas A y B.” Pg.7

Con la misma metodología, en la Tabla 3. presenta el Porcentaje de Asimetría, año a año.

Tabla 1. Porcentajes de asimetría de tráfico año a año

Año	Tráfico entrante a ETB desde COLTEL (I)	Tráfico entrante a COLTEL desde ETB (II)	Asimetría (I)-(II)
2002	53,91%	46,09%	7,83%
2003	54,31%	45,69%	8,62%
2004	53,52%	46,48%	7,05%
2005	53,01%	46,99%	6,01%
2006	50,23%	49,77%	0,47%
2007	48,77%	51,23%	-2,45%
2008	49,76%	50,24%	-0,49%
2009	50,19%	49,81%	0,39%
2010	54,27%	45,73%	8,54%
2011	57,43%	42,57%	14,85%
2012	57,77%	42,23%	15,54%

Fuente: Elaboración propia a partir de la información suministrada por ETB (pág. 12 Dictamen)

También establece la diferencia entre el total de los minutos entrantes a la red de ETB, provenientes de la red de COLTEL, frente al total de los minutos salientes de la red de ETB hacia la red de COLTEL, desde junio de 2002, hasta noviembre de 2012, presentando la diferencia entre unas y otras cantidades en una tercera columna.

Para ilustrar lo anterior se inserta la Tabla 1 (pág. 4) que señala el período comprendido entre julio de 2003 y diciembre de 2005:

Mes	Total minutos entrantes a ETB (I)	Total minutos salientes a ETB (II)	Diferencia (I) - (II)
jul/2003	108.928.975	90.881.556	18.047.419
ago/2003	106.514.915	88.222.960	18.291.955
sep/2003	109.675.641	90.869.720	18.805.921
oct/2003	113.370.848	93.036.317	20.334.531
nov/2003	107.001.096	88.153.535	18.847.561
dic/2003	105.685.328	87.369.587	18.315.742
ene/2004	95.530.027	79.467.860	16.062.166
feb/2004	95.080.655	80.758.465	14.322.190
mar/2004	98.956.776	87.132.162	11.824.614
abr/2004	88.529.602	78.877.447	9.652.156
may/2004	92.300.113	82.320.392	9.979.720
jun/2004	88.827.766	77.851.523	10.976.243
jul/2004	88.910.242	77.397.471	11.512.771
ago/2004	90.808.872	79.301.747	11.507.125
sep/2004	92.497.935	79.363.707	13.134.228
oct/2004	91.073.306	78.869.884	12.203.422
nov/2004	89.457.540	77.401.154	12.056.386
dic/2004	89.692.551	77.847.918	11.844.633
ene/2005	83.667.312	72.804.102	10.863.210
feb/2005	95.084.415	81.649.962	13.434.453
mar/2005	88.113.092	77.173.312	10.939.780
abr/2005	89.165.383	78.290.022	10.875.361
may/2005	87.389.359	77.282.434	10.106.925
jun/2005	84.173.854	74.009.396	10.164.458
jul/2005	81.634.543	72.029.614	9.604.929
ago/2005	84.461.727	76.648.414	7.813.313
sep/2005	81.156.489	73.414.364	7.742.125
oct/2005	81.491.127	74.421.158	7.069.969
nov/2005	81.640.748	73.061.190	8.579.558
dic/2005	81.276.393	72.900.073	8.376.320

Sobre la confiabilidad de la información que sirvió de fuente de estos cálculos, proveniente únicamente de la ETB, como se anotó anteriormente, el perito realiza un detallado informe en el Anexo 1 del Dictamen sobre las Pruebas de trazabilidad practicadas sobre los datos suministrados por esta empresa, para concluir, luego de comparaciones y constataciones técnicas, que se trata de información técnicamente confiable, por lo cual el Tribunal la acoge sin

reservas, anotando además, que Colombia Telecomunicaciones no formuló objeciones sobre ésta o sobre la metodología empleada por el equipo pericial para su recaudo, ni sobre los resultados o las base de los cálculos presentados en el dictamen. Tampoco, suministró o aportó esa información porque en su sentir no está obligada a llevarla.

Al responder la Pregunta 17 de la ETB, en el dictamen de ECONOMICA Consultores, se transcribe un fragmento de la tabla 3.3 del Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones, de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT, referido a la eficacia del sistema SKA para remunerar las redes en relaciones de interconexión en situación de tráficos desbalanceados:

“Comentarios: Es más eficaz cuando los dos operadores están ubicados similarmente e intercambian aproximadamente el mismo volumen de tráfico (por ejemplo, operadores locales interconectados) Pueden aplicarse tarifas para compensar desequilibrios de tráfico. Sin tales tarifas la SKA puede retardar la financiación y el desarrollo de los servicios rurales o de otros servicios, si existen desequilibrios de tráfico (esto es, más tráfico entrante). “ (pg. 59).

1.2.4. El dictamen rendido por Edgard Castillo Erassour

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dio contestación al Oficio No. 22 de este Tribunal de Arbitramento y envió las copias certificadas del Dictamen Pericial con la actuación de su contradicción, practicado dentro de los procesos acumulados 03AI-2007 y 04- AI-2008 adelantados por la ETB contra la República de Colombia. Estos procesos fueron desistidos por la parte demandante y finalizados mediante auto de 22 de enero de 2014, que aceptó el desistimiento.

El dictamen que se estudia, fue objetado por error grave y dicho trámite no se culminó por efectos del desistimiento; por la misma razón, no fue valorado por el Tribunal de Justicia, pero sí fue puesto en conocimiento de Colombia

Telecomunicaciones en este proceso arbitral, quien lo invocó como prueba de su oposición a las objeciones formuladas por la ETB al dictamen rendido por ECONOMICA Consultores. Por ello, este Tribunal considera pertinente examinar, dentro del concepto pericial en cuestión, el criterio técnico sobre el sistema Sender Keeps (folios 166 y siguientes del cuaderno principal No. 3 y folios 1 a 36 del Cuaderno de Pruebas No. 10). Allí se informa:

“El Bill and Keep< o SKA > es un tipo de regulación o un acuerdo entre operadores que consiste en que los precios de terminación entre los operadores interconectados sea igual a cero. De este modo, cada empresa sufraga todos los costes de instalación y mantenimiento de su propia red hasta el punto de interconexión, además de cualquier gasto extra que se genere por el hecho de ofrecer interconexión. (...) Así mismo, se considera que la interconexión de redes cambiará también su paradigma al resultar interconexión entre redes similares, por lo que deberá seguirse la tendencia del concepto de BILL and Keep que será relevante en el mediano plazo.” (pg. 51)

“En Colombia para la expedición de la Resolución CRT 463 de 2001, la CRT tuvo en cuenta el esquema Sender Keeps All (SKA) como mecanismo de remuneración para la interconexión entre redes de TPBCL, sin perjuicio que las partes pactaran un acuerdo alternativo, lo cual implica que cada operador conserva la totalidad del valor recaudado de sus usuarios y se responsabiliza de todo lo concerniente al proceso de facturación.” (pg. 58)

También se expresa:

“R/. El simple desbalance de minutos en cada sentido que cursan por una interconexión entre dos operadores locales no implica automáticamente un desbalance de costos en la misma proporción que se presenta el desbalance en minutos. Estos costos se deben primero que todo tratarse como costos marginales que no están en función directa del tráfico en minutos sino de las disponibilidades de capacidades que las redes colocan mutuamente a favor de sus pares interconectados y que son simétricos.”

1.2.5. La “experticia” aportada por ETB con la demanda

Rendida por Luis Fernando Rodríguez Naranjo, Consultor Empresarial, economista, con amplia experiencia en peritaciones, según su hoja de vida, circunstancia por la cual, se considera.

El objeto del mismo es el estudio de la aplicación del modelo Sender Keeps All y el Impacto Económico Financiero sobre la ETB en el Segmento de TPBCL. En su concepto pericial afirma:

“El modelo Sender Keeps All – SKA que en español se podría traducir como “ Quien envía guarda todo” o “ Quien envía es quien cobra”, denominado también Bill and keep, que en español se podría traducir como “ factura y guarda” o “ factura y conserva el cobro” implica que en la interconexión de redes de telecomunicaciones de dos operadores no existe servidumbre o pago por el uso de tales redes. (...) En este contexto, una forma de generar eficiencias en la utilización y aprovechamiento de la infraestructura existente y de evitar trámites, operaciones y controles permanentes en la prestación de servicios, es mediante el Modelo SKA”< Pg.11 >.

Sobre los conceptos de simetría y asimetría del tráfico, expone:

“El Modelo SKA desde el punto de vista económico y financiero, en efecto funciona adecuadamente y cumple con los objetivos de competitividad y eficiencia, siempre y cuando, si y solo si, se cumplan DOS CONDICIONES:

La PRIMERA CONDICION: La existencia de un tráfico simétrico entre las dos redes. Esto es, que el número de llamadas que un primer operador termine en la red de un segundo operador sea igual al número de llamadas que el segundo operador termine en la red del primer operador. Como esquema matemático, cada uno de los dos operadores debe tener el 50 % del total del tráfico interconectado, total calculado como el número de minutos entrantes al primer operador desde el segundo operador más el número de minutos salientes del primer operador al segundo operador “(...)

“Ahora bien, el Modelo SKA que según lo señalado resulta lógico y equitativo, pierde su eficacia y su validez cuando la condición de tráfico simétrico no se cumple.(...)”

“En la práctica, como es obvio, resulta virtualmente imposible lograr una simetría perfecta entre los operadores. De hecho, los operadores de TPBCL, lo saben y lo aceptan. Ello lleva entonces a que la simetría debe tener un porcentaje razonable de desviación y/o a que tal desviación, si es alta, debe corregirse en muy corto plazo. De lo contrario, si los porcentajes de desviación son muy altos y se prolongan en el tiempo, se comienza a tener un mecanismo de subsidios y de transferencia de recursos de un operador a otro, que no tienen justificación económica, que distorsionan el correcto funcionamiento del mercado y de la competencia y que pueden generar ineficiencias, resultados que van exactamente en contra vía de los objetivos inicialmente propuestos. “

“La SEGUNDA CONDICIÓN. La existencia de costos de red similares entre los operadores. (...)

Sobre el mismo tema se examinaron, por el Tribunal Arbitral, en su labor de apreciación probatoria, entre otros documentos, el Acta Sesión de Comisión

(CRT). Acta No. 177. Diciembre 5 de 2007, correspondiente a la sesión extraordinaria para la presentación y discusión del Proyecto de Resolución por medio de la cual se expiden las reglas sobre cargos de acceso y uso a redes fijas y móviles...”, es decir para la aprobación de la Resolución 1763 de 2007.

Se dejó constancia en esta Acta del mantenimiento del sistema Sender Keeps All para la remuneración de la interconexión de RTPBCL y del texto de su artículo 3. que así lo dispuso.

No obstante, es de interés para este estudio del Tribunal, el salvamento de voto de dos de los expertos comisionados Félix Castro Rojas y Lorenzo Villegas Carrasquilla sobre este punto en particular, sobre el cual expresaron:

*“ En relación con el artículo 3 “ Cargos de acceso para redes de TPBCL, nos permitimos expresar nuestro desacuerdo con la redacción del artículo aprobado por la mayoría de los miembros de la Comisión por cuanto **el texto aprobado no prevé de manera explícita que las partes deban acordar un mecanismo para remunerar o compensar el tráfico desbalanceado como fue aprobado por el Comité de Expertos Comisionados, lo cual es esencial,** en nuestra consideración, para la aplicación del esquema Sender Keeps All (en adelante SKA) o Bill and Keep en Colombia. (...)*

“Como quiera que no se incorporó explícitamente este requisito a la resolución, no podemos compartir el voto de la mayoría.” (se subraya)

De otro lado, la Respuesta de la CRC a la Solicitud de Información, enviada por este Tribunal de Arbitramento. Enero de 2013. < Cuaderno 6. de Pruebas, pgs. 3 a 13>, indica:

“(...)”

“El análisis efectuado también ha puesto de relieve las bondades técnicas y económicas de la aplicación de este sistema y han hecho claridad en que , la simetría en los patrones de tráfico no constituye una condición necesaria para garantizar la viabilidad del esquema Sender Keeps All.

“La literatura también ha demostrado como las limitaciones sobre el nivel de desbalance permitido entre las redes disminuyen los incentivos a incrementar el tráfico a través de la disminución de tarifas a los usuarios. Posiblemente el

argumento más importante a favor del esquema Sender Keeps All es el que considera la eliminación de tarifas a los usuarios.

“En términos de competencia, el tener que cobrar un valor por minuto por cada minuto originado por los usuarios de un operador entrante lo obliga a ofrecer los mismos esquemas de precios que el operador incumbente, y por lo tanto, no hay margen de diferenciación. Por el contrario, un esquema como el Sender Keeps All permite nuevas estrategias de precios, como planes ilimitados o de tarifa plana que constituyen alternativas para que el operador logre extraer mayores ingresos por usuario (ARPU) y a la vez, la tarifa promedio por minuto continúe su tendencia decreciente.” (Pg. 9 de 11)

Asimismo, el Tribunal valoró el estudio denominado **Aplicación del Modelo Sender Keeps All**, elaborado por Iván Rojas y aportado por la ETB al proceso. Allí se encuentra la definición del sistema con los mismos elementos destacados en los conceptos periciales.

También se examinó el documento denominado **“Documento de Respuesta a Comentarios del sector realizados al proyecto de revisión integral de cargos de acceso a redes fijas y móviles en Colombia”** de diciembre de 2007 (folios 119 a 150 del Cuaderno de Pruebas No. 12), que según los considerandos de la Resolución No. 1763 de 2007, *“fue aprobado por el Comité de Expertos Comisionados tal como consta en el Acta 567 del 22 de noviembre de 2007 para su presentación en la Sesión de Comisión del 5 de diciembre de 2007”*. En éste reiteran los diferentes actores del sector la conveniencia del sistema de remuneración para las redes de TPBCL, por efectos de la eficiencia del modelo, al eliminar los procesos de conciliación y cruce de cuentas y en consecuencia, el que no afecta la competencia entre los operadores, ni encarece los cargos de los usuarios.

1.3. Conclusiones del Tribunal

El elemento fundamental del incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato y de las resoluciones 1345 y 1388 de 2005, así como del perjuicio, según lo alegado por la ETB, se estructura en la

asimetría o diferencia que se da entre el número de las llamadas que cursan, entrantes y salientes, de una a otra red interconectada, según lo expresado a lo largo de todo el trámite arbitral, en cuanto el sistema de remuneración Sender Keep All parte de la premisa ineludible de la simetría del tráfico cursado entre las redes de TPBCL interconectadas.

En el hecho 5.3.1 de la reforma de la demanda afirma:

“Desde abril de 2002 e, incluso, hasta la fecha de reforma de esta demanda, durante casi todo el período en mención, se han presentado márgenes considerables de asimetría en el tráfico cursado entre las RTPBCL de las partes en Bogotá, en contra de la ETB. Solo durante dos años y medio la tendencia favoreció a COLTEL, pero no lo suficiente para que hubiese operado la compensación entre las partes, como consta en las mediciones de tráfico anexas como pruebas (...).”

En el hecho 5.3.3. afirma: *“El desbalance en el tráfico en el período en cuestión ha venido incrementándose considerablemente, alcanzando márgenes de asimetría en contra de la ETB de hasta 37%. ”*

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, al dar respuesta a estos hechos ha sostenido que el concepto de tráfico simétrico o asimétrico no existe en el sistema Sender Keeps All, por lo que no son procedentes las condiciones de simetría o de asimetría planteadas por la parte demandante; este ha sido además, el argumento sostenido para no aportar al proceso la información técnica requerida por el equipo pericial, para el cálculo de llamadas salientes o entrantes de su propia RTPBCL, pues ha considerado que, así las cosas, no existe la obligación para la empresa de archivar tales datos.

Sin elaboraciones conceptuales adicionales a las anteriormente destacadas, todas ellas coincidentes, para el Tribunal es evidente que el esquema de remuneración por interconexión de redes en Colombia, señalado por la autoridad regulatoria del sector de las telecomunicaciones CRC, a partir de la Resolución 463 de 2001, **al no existir acuerdo** entre los operadores de las redes de **TPBCL sobre un sistema particular de cobros, es el**

denominado Sender Keeps All, el cual define un precio de interconexión igual a cero, pues implica que cada operador asume los costos de su red, puesto que se encarga de los cobros de sus propios usuarios.

En el presente caso, además de la Resolución 463 de 2001, de alcance general para el sector, que señaló el sistema Sender Keeps All como modelo de remuneración en los contratos de interconexión, fueron emitidas por la CRC, en desarrollo de sus funciones de intermediación y decisión sobre las controversias surgidas en las relaciones de interconexión entre la ETB y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, (antes TELECOM), las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005, de contenido particular, que tuvieron el efecto de incorporarse al contenido del Contrato C-0036-99, entre las mismas partes, respecto del sistema de remuneración de los cargos de acceso, al imponer el denominado técnicamente Sender Keeps All.

De la apreciación de los medios anteriormente destacados, para el Tribunal quedan claros los conceptos de simetría y de asimetría del tráfico entrante y saliente que se derivan de la interconexión y uso de las redes de TPBCL de diferentes operadores de este servicio público.

Queda también claro, que el concepto de simetría corresponde a las condiciones ideales del sistema SKA, impuesto en el año 2001 por la CRC, por considerarlo eficaz y conveniente para promover la competencia entre operadores dentro del mercado de las telecomunicaciones.

Sin embargo, el paso de los años ha demostrado, que tal sistema de remuneración de los contratos de uso e interconexión de redes, presenta desbalances o asimetría en el tráfico de las llamadas que se cruzan de una a otra red, lo cual, ha hecho formular reparos sobre la bondad del sistema, aún a la autoridad regulatoria.

A pesar de las opiniones de expertos atrás registradas respecto de la simetría formal del tráfico, y desbalances que la ejecución del sistema experimenta, dichas reflexiones no fueron plasmadas en la regulación del año 2007, pues la Resolución 1763 de ese año en su artículo 3., dispone:

“La remuneración a los operadores de TPBCL por parte de otros operadores de TPBCL en un mismo municipio, o grupo de municipios a los que hacen referencia los artículos 5 y 6 de la presente resolución, por concepto de la utilización de sus redes, se realizará bajo el mecanismo en el que cada operador conserva la totalidad del valor recaudado de sus usuarios y se responsabiliza de todo lo concerniente al proceso de facturación”.

Con relación a la demostración del desbalance que se ha presentado a partir del año 2002 por la asimetría del tráfico cursado entre las RTPBCL de las dos empresas operadoras, para el Tribunal no queda duda de su ocurrencia, durante la mayor parte del tiempo transcurrido desde el año 2002 hasta el año 2012, a favor de la parte convocada, quien presenta menor número de llamadas entrantes provenientes de la red de la ETB, que las que registra ésta como entrantes desde la red de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.

Advierte el Tribunal que la generalidad de los expertos, hacen referencia, para la operatividad del sistema Sender Keeps All, además de la simetría del tráfico de las llamadas cruzadas, a la similitud de la capacidad de las redes interconectadas, con el objeto de calcular los costos en que incurren en la operación, al recibir el tráfico de las llamadas provenientes de la red interconectada.

Sobre este particular, el dictamen rendido por ECONOMICA Consultores, previa ilustración sobre los componentes de una red de TPBCL, concluye que, en efecto, el incremento del tráfico de llamadas tiene un impacto en los costos de conmutación, soporte y operacionales de la red, no así en los de

la planta externa de transmisión y gestión que se mantienen constantes (pg.112).

Sobre lo anterior concluye concretamente: *“En el dimensionamiento de la capacidad de los componentes de la red que son sensibles al tráfico sí se debe tener en cuenta el perfil del tráfico.”* (pg.119) Ver también Tablas 25 y 26, pg.93.

En otras palabras, en el proceso quedó demostrada la existencia de un relevante tráfico asimétrico en contra de la ETB, por no darse las condiciones ideales para que opere a cabalidad el sistema de remuneración Sender Keeps All.

Considera entonces el Tribunal que este hecho en el plano estricto de la relación jurídica contractual tiene virtualidad para afectar la equivalencia de las prestaciones del contrato, dado que se trata de una relación jurídica bilateral de prestación recíproca de servicios que debe guardar una correspondencia, si bien teóricamente regida por el sistema de remuneración Sender Keeps All, como quedó definido atrás, pues su aplicación en rigor no está retribuyendo equitativamente el cumplimiento de las obligaciones pactadas por las partes, al no responder a un esquema de condiciones reales, sino a un resultado teórico y virtual que tiende a desequilibrar el negocio, en detrimento de la ETB.

No obstante, encuentra que en la regulación del sistema Sender Keeps All, y en la metodología empleada por la autoridad reguladora, este esquema de remuneración al tenor del artículo 4.2.2.20 de la Resolución 463 de 2001, recogido por la Resolución 575 de 2002 y mantenido con la Resolución 1763 de 2007, no da lugar “al pago de cargos de acceso por el tráfico local cursado entre las redes de operadores de RPBCL, lo cual implica que cada operador conservará la totalidad del valor recaudado de sus usuarios, se

responsabilizará de todo lo concerniente al proceso de facturación y asumirá el riesgo de la cartera. Lo anterior, sin perjuicio de que los operadores acuerden cualquier sistema alternativo.” (se subraya) según señaló la Comisión de Regulación desde sus resoluciones 1345 y 1388 de 2005, siendo claro que estas normas regulatorias a falta de acuerdo de las partes se insertan al contenido del contrato, cuya cláusula décima sexta, cargos de acceso y uso, en armonía con el ordenamiento jurídico, precisa que “El valor de los cargos de acceso y uso y su reajuste periódico, se regirá por las normas establecidas por la CRT y de acuerdo con lo dispuesto en los Anexos Financieros Comerciales”, y concluyó ECONOMICA Consultores, al indicar “desde el punto de vista puramente técnico y económico, es que **el sistema Sender Keeps All – SKA, adoptado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC a través del artículo 4.2.2.20 de las Resoluciones 463 de 2001 y 575 de 2002, no está condicionado ni a los balances de tráfico, ni a que se presenten costos similares de red entre los operadores.**” (se subraya).

Sostiene el señor apoderado de la ETB que el sistema Sender Keeps All responde jurídicamente a la figura de la compensación de obligaciones entre las partes, al basarse teóricamente en la simetría del tráfico en el uso recíproco de las redes y entenderse, por esta vía, extinguidas las mutuas obligaciones de pago por el uso e interconexión entre redes de distintos operadores, por lo cual, no queda comprendido el pago del tráfico asimétrico en su aplicación.

Sobre este particular, una vez analizados los antecedentes del sistema y las diversas consideraciones para su implementación en Colombia desde el año 2001, así como los posteriores análisis para su mantenimiento desarrollados en el año 2007, para el Tribunal no es evidente que éste sea su fundamento técnico- financiero, sino que el SKA responde a una tendencia internacional,

orientada a la expansión comercial de los sistemas de las comunicaciones y a la conveniencia del mercado, con el propósito de promover la libre competencia entre los operadores de las diferentes redes, en este caso de las de TPBCL.

Esta conclusión se deriva, además, de la tendencia de algunas voces autorizadas a entender y aceptar el sistema Sender Keeps All en su correcta aplicación, con un porcentaje o margen de tolerancia acordado o previsto en la regulación, en cuanto a la asimetría del tráfico de llamadas cruzadas.

Por tanto, está de acuerdo el Tribunal, con que el SKA es simplemente un sistema de remuneración, de amplia aceptación en varios países, pero que, en el caso bajo estudio, no remunera adecuadamente los servicios objeto del negocio jurídico celebrado por ETB y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.

La parte Convocante en el alegato conclusivo sustenta un abuso del derecho en la aplicación de un sistema que le permite conservar lo recaudado de sus usuarios y no pagar cargos de acceso, *“al amparo de una interpretación literal y descontextualizada de las resoluciones 1345 y 1388 de 2005”* en cuanto, *“Colombia Telecomunicaciones no puede ampararse en una estipulación para dejar de cumplir una prestación económica y enriquecerse de este modo a costa de la ETB”*, e indica *“cabe preguntarse: ¿COLTEL puede ampararse en una interpretación de las resoluciones que impusieron el SKA, que le produjo ventajas, así se evidencie que de esta forma no está remunerando un servicio que la ETB le está prestando, y concluir que simplemente la Convocante debe sufrir las consecuencias de haber terminado menos tráfico en la red de COLTEL?”*.

Empero, con sujeción estricta a las decisiones regulatorias expedidas por la Autoridad Competente Nacional, actualmente vigentes e incorporadas al contrato a falta de acuerdo de las partes, el Sender Keeps All como sistema de remuneración del contrato impuesto por la CRT no da lugar *“al pago de*

cargos de acceso por el tráfico local cursado” sin disciplinar su simetría o asimetría ni ser dado al intérprete establecer la distinción cuando la norma no la hace, y por tanto, disponer el pago de esos cargos de acceso en caso de inequivalencia del tráfico cursado, premisa de la cual parte la demandante para fundar el incumplimiento por la aplicación indebida del mismo y la renuencia a pagar los valores derivados de la asimetría.

El Tribunal, observa que la aplicación del sistema Sender Keeps All como método de remuneración aplicable al Contrato por imposición de la CRT, rige a falta de acuerdo de las partes, y en su defecto se aplica de manera imperativa a su contenido.

Observa también que la regulación vigente de este sistema por la autoridad nacional competente no diferencia entre la simetría o la asimetría del tráfico cursado, y parte de un supuesto formal, teórico e ideal sobre el tráfico, los costos e ingresos en términos razonables para ambas partes, por lo cual, dispone que no hay lugar al pago de costos de acceso por la interconexión.

Observa asimismo, la existencia comprobada en el proceso de un comportamiento asimétrico del tráfico en contra de ETB, que ciertamente le ha generado en el plano contractual un detrimento a la ETB por la magnitud de la inequivalencia del tráfico cursado en su contra, y la tendencia plasmada incluso en el ordenamiento jurídico andino y en la Interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en cuanto a que los cargos de interconexión deben ser transparentes, orientarse a costos más un margen de utilidad razonable.

Observa el Tribunal que, corresponde a la autoridad reguladora establecer las tarifas, los cargos y metodología aplicable de los cargos de acceso, y a esta misma autoridad le compete en el ámbito de su competencia, consagrar los

correctivos efectivos al sistema Sender Keeps All para remediar situaciones inequitativas por asimetrías en el tráfico cursado, circunstancia advertida por los comisionados que salvaron su voto, al tratarse de una función administrativa en el marco de la regulación e intervención.

En la medida en que las normas reguladoras vigentes no consagran ni previenen cargos de acceso por el tráfico cursado sin distinguir su equivalencia o inequivalencia, no puede configurarse un abuso del derecho al amparo de *“una interpretación literal y descontextualizada de las resoluciones 1345 y 1388 de 2005”*.

Distinta es la hipótesis relativa a la conducta de una de las partes amparada en una normativa sobrevenida a la celebración del contrato y durante su ejecución **que a falta de acuerdo**, impone una prestación asimétrica desequilibrando la relación jurídica contractual en perjuicio de la otra parte, que se abstiene, rehúsa, dilata, difiere o niega inmotivadamente a revisar seria, razonable, oportuna y objetivamente el contenido económico turbado, no obstante el detrimento y provecho o ventaja correlativos, tanto cuanto más cuando se altera, sustituye y reemplaza una estipulación contractual acordada antes de la expedición de la norma, particularmente en una relación de interconexión forzada e impuesta, cuyos cargos de acceso deben fijarse por la autoridad de regulación en forma transparente, responsable, consultando los costos y una utilidad razonable conforme disponen las normas comunitarias y la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Sobre esta cuestión particular, ha señalado la jurisprudencia que el ejercicio responsable de la libertad contractual está enmarcado dentro de los parámetros de la buena fe y la pulcritud exigibles en el tráfico jurídico, incompatibles con todo aprovechamiento aún bajo el amparo de una norma

jurídica que consagre una ventaja para una de las partes y en perjuicio de otra parte.

Más concretamente, la buena fe preside las relaciones jurídicas obligatorias y contractuales en todo instante de su formación, desarrollo, ejecución y terminación. Proyecta efectos durante toda la existencia del contrato, obliga a las partes a actuar con estricta lealtad, probidad y corrección, exigiéndoles cooperar armónica y recíprocamente en orden a evitar, y en su caso, remediar la ineficacia del negocio jurídico.

Sobre el punto la jurisprudencia ha expresado⁸²:

“[...] el deber de probidad y la cláusula general de corrección se concretiza en un comportamiento razonablemente idóneo, para prevenir y corregir toda conducta incorrecta con una actuación prístina orientada a la realización de los fines inherentes a la contratación, regularidad y certidumbre del tráfico jurídico.

“Por ello, se impone un deber de diligencia a los contratantes y, en su caso, de advertencia, comunicación e información de condiciones cognoscibles, asumiendo cada parte en interés recíproco una carga respecto de la otra en lo concerniente a la plenitud del acto, la realización de su función y la evitación de causas de ineficacia o irrelevancia. Y, así ha de procederse, no sólo por la naturaleza impenitativa del contrato, sino porque, además la recíproca intención de las partes está presidida razonablemente por el propósito común de obtener sus resultados prácticos concretos y, por consiguiente, su realización, cumplimiento y eficacia, en tanto una suposición contraria, esto es, la celebración del acto para que no produzca efecto alguno por ineficacia, invalidez u otras causas, conduciría al absurdo de la negación misma del negocio jurídico y al inadmisibles patrocinio de conductas contrarias al ordenamiento.

“Adviértase que las partes al celebrar un contrato razonablemente desean, quieren o procuran su eficacia y, por ende, el juez deberá preferir en toda circunstancia la consecuencia relativa a la preservación del mismo, porque, se itera, sería absurdo siquiera suponer la celebración de un contrato para que no produzca efecto alguno cuando las partes, por principio, lo hacen bajo la premisa cardinal de su cumplimiento y eficacia.

“Por lo mismo, a efectos de asegurar esta finalidad convergente, naturalmente perseguida con el pactum, las partes, contraen la carga correlativa de evitar

⁸² Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 7 de febrero de 2008, [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01, reiterada en sentencias de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01 y 5 de diciembre de 2011, exp. 25269-3103-002-2005-00199-01.

causas de ineficacia del negocio jurídico y, el juzgador al interpretarlo y decidir las controversias, procurar dentro de los límites racionales compatibles con el ordenamiento jurídico, su utilidad y eficacia, según corresponde a la ratio legis de toda conocida ordenación normativa.

“La fisonomía de esta regla impone que la frustración del acto sólo es pertinente cuando no exista una alternativa diferente, según postula de tiempo atrás la doctrina de la Corte, al relieves la significativa importancia del contrato, su celebración, efecto vinculante, cumplimiento y ejecución de buena fe, destacando la directriz hermenéutica consagrada en el artículo 1620 del Código Civil (cas. civ. sentencia de 28 de febrero de 2005, Exp. 7504)”.

En ocasiones, el negocio jurídico, sea por disposición legal, ya comercial, bien por su naturaleza, clase o especie, ora por sus estipulaciones, exige el equilibrio y certidumbre de las prestaciones contraídas por las partes. El equilibrio de las prestaciones en determinados negocios jurídicos debe permanecer constante. En veces, este equilibrio prestacional se altera y el ordenamiento impone a las partes el deber de procurar su restablecimiento.

A este propósito, el contrato es por excelencia un instrumento de cooperación intersubjetiva fruto de la autonomía privada, cumple una función práctica o económica social y sirve al propósito de la justicia. No es fuente de provecho inmotivado ni de aprovechamiento indebido. La buena fe y el deber de corrección excluyen todo abuso de su función con el mantenimiento de ventajas derivadas de un desequilibrio prestacional sobrevenido por causas externas, ajenas y no imputables a una de las partes.⁸³ El deber de conducta debe ejecutarse de buena fe, con lealtad y corrección e impone la cooperación constante de los sujetos para prevenir y remediar todo

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de agosto de 2011, Exp.11001-3103-012-1999-01957-01: “[...]El abuso del derecho, y en particular, la buena fe, son parámetros limitativos y correctores de la libertad contractual, y por ende, ostentan particular relevancia en estos aspectos. [...] La lealtad, corrección, probidad, buena fe y el abuso del derecho, son parámetros restrictivos y correctores de la autonomía privada. La buena fe y la proscripción de abuso, constituyen constantes en la formación, celebración, desarrollo, ejecución e interpretación del acto, a punto de ser instrumentos valiosos para controlar el negocio jurídico y el ejercicio de las facultades de terminación unilateral, legales o negociales, en función del justo equilibrio y proporción según el contrato y la solidaridad social. El abuso, conducta disfuncional en beneficio exclusivo del titular y sacrificio desproporcionado de la contraparte, altera la función objetiva y esquema estructural del derecho. El juzgador, debe actuar para impedir la consecución o conservación de la asimétrica ventaja, a la luz de los principios constitucionales, legales, función social, la ausencia de derechos absolutos, correlación del poder conferido, ejercicio y su función”.

desequilibrio prestacional sobrevenido, aún si se considera que un contrato desequilibrado no es ya el mismo celebrado, ni es admitido por el derecho.⁸⁴

Al respecto, señala la jurisprudencia:

“Para la Corte la libertad debe ejercerse en forma seria, madura y responsable, siempre ceñida a prístinos estándares de autorresponsabilidad, pulcritud, corrección, probidad, buena fe, respeto recíproco, relatividad del derecho, razón, utilidad y función de su reconocimiento. Esta directriz, en tratándose del negocio jurídico, el contrato y la relación obligatoria, impone a las partes el deber de desplegar todos los actos idóneos en procura de su plenitud e integridad, función práctica o económica social, evitación y disipación de las causas de ineficacia conforme a su naturaleza compromisoria, la lealtad, probidad, corrección y buena fe.

“Para la Sala, las partes deben evitar razonablemente, y en su caso, corregir la alteración sobrevenida del equilibrio económico contractual, por cuanto el negocio jurídico jamás es instrumento de injusticia e inequidad y “obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición (essentialia negotia), ley, uso, costumbre o equidad (naturalia negotia) o expresamente pactado (accidentalialia negotia), en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, constituye un precepto contractual o norma obligatoria (pacta sunt servanda, lex privata, lex contractus, artículos 1501, 1602, 1603 y 1623, Código Civil; 871 Código de Comercio), y su observancia vincula a los contratantes” (cas. civ. sentencia de 31 de mayo de 2010, exp. 25269-3103-001-2005-05178-01).

“En efecto, todo negocio jurídico está permeado por la buena fe, la equidad y la justicia contractual, sujeto a ineludibles dictados éticos, políticos y jurídicos imperantes en la época, lugar y medio de su celebración, ejecución y terminación, cumple una función práctica o económica social, procura la satisfacción de intereses, necesidades o designios en la vida de relación, y por supuesto, se celebra para su cumplimiento. Además, el contrato es por excelencia un mecanismo de cooperación o colaboración intersubjetiva. [...]. Lo contrario, equivaldría al patrocinio de ostensibles situaciones inequitativas, el quebranto de la certeza, seguridad, estabilidad y regularidad del tráfico jurídico, pues la relación cuyo equilibrio, equivalencia, paridad o simetría prestacional deviene rota, turbada o afectada por los cambios sobrevenidos, comporta una situación incompatible con la justicia contractual que la misma fuerza obligatoria del contrato impone a las partes preservar con las rectificaciones pertinentes.

⁸⁴ CHAMIE., José Félix, *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato* Revista de Derecho Privado No. 14- 2008, pp. 116.: “Un contrato desequilibrado congénita o sucesivamente no es aceptado por el derecho, que, conforme a la buena fe y la equidad busca corregirlo o adaptarlo (su *reductio ad aequitatem*), para radicar en las partes la obligación de hacerlo dentro del esquema de la cooperación debida; (...) una regla para corregir o adaptar el contrato (su revisión en sentido estricto), se basa en el principio de la buena fe, que, al enfrentar la realidad fisiológica de aquél, adquiere una función de “equidad correctiva”, que así justificada, se presenta en la relación de cooperación entre las partes”.

En este contexto, delante del desequilibrio contractual, las partes tienen el deber de corregirlo y evitar su ineficacia. El deber de renegociar el contrato en tales casos surge de su propia estructura, noción y disciplina legal, pues el contrato alterado ya no es el mismo celebrado ab initio, cuyo cumplimiento ata a las partes. Este deber, además se ha destacado por la doctrina, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, atrás citados, y encuentra previsión expresa en la contratación estatal".⁸⁵

Por esto, cuando una de las partes del contrato cuya estructura y función exige la equivalencia y prestacional constante, frente a la ruptura ulterior de su contenido por causas ajenas e inimputables a una de las partes, una de éstas se abstiene de revisar con seriedad la asimetría y procurar su adaptación amparado en una estipulación legal o contractual que impone la prestación sobrevvenida que desequilibra la relación negocial o un riesgo, no obstante el detrimento de su cocontratante y el aprovechamiento de la ventaja, incumple el contrato al quebrantar los deberes de la buena fe, lealtad, corrección, pulcritud y cooperación exigibles en estas circunstancias, y la parte perjudicada puede ejercer la acción derivada del contrato para requerir su incumplimiento con la reparación de los daños causados por la vulneración de estas obligaciones. Tal acontece, *ad exemplum*, si en los períodos de arreglo directo, mediación o acercamientos de las partes, una de éstas se abstiene de revisar, dilatar o rechaza el análisis objetivo, serio y razonable de las causas concretas del desequilibrio, y en su caso, de acordar los correctivos que el equilibrio constante del contrato, la buena fe, corrección y cooperación exigen, amparada sola en el precepto legal o contractual generatriz de la ventaja perjudicial de la otra.

Empero, no es esta la situación planteada en el proceso, por cuanto el incumplimiento se hace derivar del aprovechamiento en la aplicación abusiva

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, cas.civ. sentencia de 21 de febrero de 2012, exp. 11001-3103-040-2006-00537-01:

de un sistema que permite retener lo recaudado de los usuarios sin pagar cargos de acceso, *“al amparo de una interpretación literal y descontextualizada de las resoluciones 1345 y 1388 de 2005”* consagratorias del sistema Sender Keeps All cuyo recto entendimiento para la demandante parte de la equivalencia del tráfico cursado en cuyo caso no hay lugar al pago de cargos de acceso al extinguirse la prestación mediante la compensación hasta concurrencia, y en el exceso subsiste cuando el tráfico cursado es asimétrico.

En suma para el Tribunal, la revisión del sistema Sender Keeps All que, rige a falta de acuerdo de las partes, para corregir las situaciones inequivalentes e inequitativas derivadas del tráfico asimétrico, es una materia que corresponde a la Autoridad Nacional Competente de regulación dentro del marco de la función administrativa de intervención atribuida por el ordenamiento, cuya normatividad vigente no previene lo que la parte demandante considera como fundamento de los incumplimientos, esto es, el pago de los cargos de acceso por tráfico asimétrico, pues las normas reguladoras no lo consideran, partiendo de un supuesto teórico e ideal, cuya ejecución práctica en casos como el de este proceso, evidencian sus falencias y generan situaciones inequivalentes e inequitativas. Y, como estas normas vigentes disponen que no hay lugar al pago de costos de acceso por el tráfico cursado sin distinguir su simetría o asimetría, pues no distinguen, estándole vedado al intérprete establecer la distinción cuando el precepto jurídico no la consagra, no es factible acceder a las pretensiones por las causas u omisiones que las sustentan.

Por lo anterior, este primer motivo de incumplimiento no prospera.

2. El incumplimiento de las restantes prestaciones

Según ETB, la demandada, “*además de pagar*” el valor del tráfico asimétrico no extinguido por compensación en virtud del sistema Sender Keeps All, dejó de cumplir “*en lo relacionado con la interconexión con la RTPBCL de ETB, desde el año 2002*”, las siguientes obligaciones a las cuales “*estaba obligada como lo dispone la cláusula décima segunda, por lo menos al momento de solicitarlo*”:

“12.26. Preparar oportunamente la información correspondiente a las mediciones requeridas para las conciliaciones de los cargos de acceso y demás rubros acordados, de conformidad con lo establecido en este contrato y en sus Anexos Técnicos y Financiero – Comerciales”

“12.27. Entregar la información que requiera cada una de las partes, cuando técnicamente sea posible y ella sea necesaria para los fines de la interconexión y mantenimiento eficiente de los servicios, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de Confidencialidad suscrito por las partes y en la Cláusula de Confidencialidad acordada en el presente contrato”.

12.28. Suministrarse la información suficiente y necesaria para realizar los procesos de facturación pertinentes, de conformidad con lo establecido en los Anexos Técnicos y Financiero – Comerciales

12.31. Disponer de los equipos y elementos necesarios para cursar, supervisar y medir el tráfico en los correspondientes puntos de interconexión y mantenerlos de modo que puedan cumplirse los planes de expansión de las partes, de acuerdo con los Anexos Técnicos

12.32. Garantizar que los equipos necesarios para la interconexión, cumplan con las características técnicas que permitan el acceso, uso e interconexión entre las redes de las partes y propender para que ello se logre de manera económica y eficiente

12.34 Intercambiar estadísticas de tráfico, calidad y grado del servicio, en cuanto se refieran a las rutas de interconexión, de acuerdo con lo establecido en los Anexos Técnicos”. (El subrayado es nuestro) (Prueba No. 7.1.1).⁸⁶

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES al contestar estos hechos, protestó la falta de mencionar cuáles obligaciones dejaron de cumplirse por tratarse de una enunciación parcial de apartes del contrato que impide ejercer el derecho de contradicción y reiteró su cumplimiento.

⁸⁶ Cuaderno de pruebas No. 1, folios 26 a 29

En su alegato conclusivo reiteró no estar obligada a suministrar esta información, *“simplemente porque no la tiene porque no es su obligación legal o contractual, pese a la insistencia de la ETB en la diligencia de inspección judicial en las oficinas de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES para que se exhibiera ésta información que la Convocada no tiene por no estar obligada a ello por la Regulación ni por el Contrato de Interconexión, y a pesar a que intentó hacerlo a través de la prueba pericial que solicitó practicar a través de la CRC quien no pudo correr el modelo HCRCMFIJ por cuanto no contaba con dicha información y porque la Convocada no estaba en la obligación de suministrarla, lo que culminó con un pronunciamiento contundente del Tribunal Arbitral de que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES no estaba en la obligación de fabricar o construir información que no tuviera en su poder”*.

En su sentir, no tiene la obligación de llevarla porque el Sistema Sender Keeps All no da lugar al pago de cargos de accesos por el tráfico cursado, sea o no simétrico, y como consta en el proceso, no aportó la información relativa al tráfico cursado entre sus redes y la de ETB en el curso de la diligencia de inspección judicial con exhibición practicada en febrero de 2013 en el lugar de sus oficinas, también requerida por la experta ECONOMICA CONSULTORES para contestar algunas preguntas del dictamen, a quien mediante comunicaciones del 6 de marzo y 23 de abril de 2013, le manifestó no contar con la información de tráfico.⁸⁷

En cuanto a esta particular cuestión, para el Tribunal es claro que si bien los actos regulatorios vigentes del sistema Sender Keeps All no dan lugar al cargo de pagos de acceso del tráfico cursado en las redes interconectadas, esto no significa, ni puede significar que los operadores no tengan el deber de medir el tráfico y almacenar la información respectiva, máxime cuando la regulación y el Contrato celebrado entre las partes así lo consagra. La

⁸⁷ Folio 378 del C. de Pruebas No. 1.

información de tráfico ostenta relevancia para comprobar el funcionamiento del sistema y corregir eventuales falencias del supuesto teórico e ideal de la equivalencia de tráfico y costos razonables.

En efecto, según la Cláusula Décima Segunda del Contrato en armonía con el numeral 6 del Anexo Técnico No. 1, es evidente la obligación contractual de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de “Entregar la información que requiera cada una de las partes, cuando técnicamente sea posible y ella sea necesaria para los fines de la interconexión y mantenimiento eficiente de los servicios, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de Confidencialidad suscrito por las partes y en la Cláusula de Confidencialidad acordada en el presente contrato” (12.27), “Disponer de los equipos y elementos necesarios para cursar, supervisar y medir el tráfico en los correspondientes puntos de interconexión y mantenerlos de modo que puedan cumplirse los planes de expansión de las partes, de acuerdo con los Anexos Técnico” (12.31), “Intercambiar estadísticas de tráfico, calidad y grado del servicio, en cuanto se refieran a las rutas de interconexión, de acuerdo con lo establecido en los Anexos Técnicos” (12.34) e “implementar en sus nodos de interconexión, el hardware y el software necesario para la contabilización de los minutos cursados a través de la interconexión”⁸⁸. Así mismo, el artículo 16.2 de la Resolución 3101 de 2011 señala que los nodos de interconexión “[d]eben tener los recursos técnicos necesarios para llevar registros detallados del tráfico entrante y saliente, así como para supervisar la calidad y gestión de servicio al nivel de rutas de interconexión”.

⁸⁸ Cuaderno de pruebas No. 1, folios 60 a 62. ECONOMICA CONSULTORES, en su dictamen, precisó lo siguiente: “Respecto de las herramientas previstas en el contrato de interconexión local, sin pretender hacer una valoración jurídica, y desde una aproximación puramente técnica, el perito constató que en el ‘Anexo Técnico No. 1 del contrato de interconexión entre ETB LOCAL – TELECOM COMO LOCAL’ que las partes acordaron principios técnicos sobre la calidad del servicio, herramientas de medición de tráfico en los nodos de interconexión, hardware y software para la contabilización de minutos y mediciones de tráfico periódicas (...)”. Página 30 del dictamen pericial (cuaderno de pruebas No. 6), y páginas 6 y 7 del documento ‘Respuestas complementarias a las preguntas 8, 11, 12, 15 y 45 del Dictamen Pericial (cuaderno de pruebas No. 7).

En consecuencia, está probado el incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en los numerales 12.27, 12.31 y 12.34 de la Cláusula Décima Segunda del Contrato y el numeral 6 del Anexo Técnico No. 1, y así será declarado.

No obstante el incumplimiento de la obligación, no aparece acreditado en el proceso un perjuicio económico para imponer condena a su resarcimiento.

Respecto de las restantes obligaciones consagradas en los numerales 12.26, 12.28 y 12.32 de la Cláusula Décima Segunda, el Tribunal no encuentra probado un incumplimiento por referir a la conciliación de cargos de acceso, proceso de facturación y garantía técnica de los equipos respectivos.

3. **Las pretensiones declarativas de incumplimiento contractual y de condena incoadas en la demanda arbitral de reconvención.**

La primera pretensión subsidiaria de la demanda de reconvención solicita declarar el incumplimiento por la ETB de su obligación de pagar cargos de acceso desde abril de 2002, esto es, de una prestación dineraria.

Por idénticas razones a las expuestas al decidir el incumplimiento solicitado por la ETB respecto de la falta de pago de los cargos de acceso, la mencionada pretensión carece de vocación de prosperidad, por cuanto, al tenor de las normas regulatorias el sistema de remuneración aplicable al contrato, o sea, el sender keeps all, no da lugar al pago de cargos de acceso, y por esta razón, es claro que no puede presentarse el mencionado incumplimiento. Por cuanto dicho incumplimiento no se presenta, tampoco es procedente la pretensión cuarta subsidiaria de condena.

4. **Pronunciamiento sobre el *petitum* y excepciones**

Debe precisar el Tribunal que este fallo y, todas sus consideraciones motivadas y decisiones, atañen única y exclusivamente a este caso particular y concreto o cuestión litigiosa controvertida planteada por las partes en sus escritos de demanda arbitral principal reformada, demanda de reconvención, sus respuestas, excepciones perentorias y sus réplicas, sin referir a otro u otros en los cuales esté vinculada la parte demandante, o a las eventuales acciones que pudieren derivarse de la imposición del sistema Sender Kepps All como esquema de remuneración del Contrato, mediante actos administrativos posteriores a su celebración, ni a su revisión o correctivos por la Autoridad Reguladora competente.

Por lo anterior, en lo concerniente a la demanda arbitral principal reformada y las excepciones interpuestas en su contra:

- (a) Prospera parcialmente la pretensión primera principal por estar acreditado el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales contraídas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en los numerales 12.27, 12.31 y 12.34 de la Cláusula Décima Segunda del Contrato y el numeral 6 del Anexo Técnico No. 1. En lo demás no prospera.
- (b) El Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre las pretensiones Tercera y Cuarta principal. Lo anterior en cumplimiento de la Sentencia de interpretación prejudicial 181-IP-2013 del TJCA (folios 821 a 851 del Cuaderno de Pruebas No. 12) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

- (c) No prosperan las pretensiones segunda principal, porque el sistema de remuneración aplicable al contrato según lo definido en las resoluciones proferidas por la Autoridad Reguladora, el Sender Keeps All en las normas reguladoras vigentes no contemplan el pago de los cargos de accesos por el tráfico cursado, sin distinguir su simetría o inequivalencia. Por esto, tampoco prosperan las pretensiones subsidiarias de la segunda principal, porque no hay lugar a ese pago; Quinta Principal, Quinta Subsidiaria, Sexta Principal, Séptima Principal y sus tres Pretensiones Subsidiarias, y por lo mismo, las Pretensiones Octava, Novena y Décima Principal.

Prospera, parcialmente la denominada Excepción “DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE COLOMBIA TELECOMUNICACIONES”, salvo respecto del incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales previstas en los numerales 12.27, 12.31 y 12.34 de la Cláusula Décima Segunda del Contrato y el numeral 6 del Anexo Técnico No. 1. Sin lugar a pronunciamiento de las restantes excepciones.⁸⁹,

En lo atañadero a la demanda de reconvención y las excepciones interpuestas en su contra:

- a) Por las razones ya expresadas el Tribunal no es competente para conocer la pretensión primera principal de la demanda ni de las pretensiones segunda y tercera subsidiaria. Ello, en acatamiento de la Sentencia de interpretación prejudicial 181-IP-2013 del TJCA (folios

⁸⁹ El artículo 306 del C. de P.C. dispone:[...] Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes”. En el mismo sentido, el art. 282 de la Ley 1564 de 2012, C.G.P. en lo pertinente: “Artículo 282. Resolución sobre excepciones. [...] Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes”. El C. de P.C., artículo 306:[...] Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes”.

821 a 851 del Cuaderno de Pruebas No. 12) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,

- b) La pretensión primera subsidiaria no prospera, pues el incumplimiento solicitado no se presenta en la medida que el sistema de remuneración aplicable al contrato a falta de acuerdo de las partes, o sea, el Sender Keeps All, de conformidad con la regulación vigente y lo decidido por la CRT no disciplina el pago de cargos de acceso por el tráfico cursado en las redes interconectadas de las partes. Por la misma razón, la pretensión cuarta subsidiaria que pide condenar al pago de la suma de \$47.302177.949 o la que resulte probada en el presente trámite arbitral, con las actualizaciones correspondientes a título de cargo de acceso, tampoco procede y será denegada.

- c) Por el contrario, la excepción denominada “3.2. Ausencia de la obligación de pago por parte de ETB. ETB ha cumplido sus obligaciones económicas dentro del contrato.”, está llamada a prosperar frente a las pretensiones primera y cuarta subsidiarias de la demanda de reconvención, y no hay lugar a pronunciarse sobre las restantes.

V. LA OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

El ordenamiento jurídico instituye el juramento estimatorio para servir como medio de prueba, y permitir al fallador tener como establecido el monto jurado por quien lo realiza⁹⁰, de manera que si no es objeto de censura a través de la objeción expresa que debe provenir de la otra parte, caso de que deba imponerse alguna condena por “indemnización, compensación o el pago de

⁹⁰ Es lo usual que quien jure sea el demandante. No obstante, en el evento de solicitar mejoras o frutos, bien puede ser la parte demandada el llamado a hacerlo

frutos o mejoras”, su monto será la cifra jurada y no objetada, debido a que las partes, la una al estimarlo y la otra al no objetarlo, ponen en evidencia la aceptación de la respectiva cantidad.⁹¹ En situación como la anterior, el juez en línea de principio no está facultado para desconocer los alcances probatorios del juramento estimatorio, salvo que “considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión”, eventos en los que puede ordenar pruebas de oficio⁹², y en caso de resultar infundado se impondrán las sanciones de rigor, circunstancias que en el presente caso y atendidas las calidades de las partes y de sus apoderados, ni por asomo se presenta.

En efecto, de una parte la sanción procede cuando la “cantidad estimada excediere del treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación...”, de conformidad con el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por la ley 1395, vigente cuando se inició este proceso, o cuando “la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, “ de conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso, vigente cuando se presentó la reforma de la demanda. De esta manera, la sanción no procede cuando la pretensión no prospera, sino cuando existe la diferencia señalada en la ley entre el valor estimado y el valor probado en el proceso. Ahora bien, al revisar las cuantías estimadas se aprecia que entre las mismas y los valores acreditados en el proceso no existen las diferencias que señala la ley y que darían lugar a las sanciones correspondientes.

A lo anterior se agrega que el Tribunal no encuentra ligereza en la estimación de la cuantía de las pretensiones de la demandas y mucho menos advierte

⁹¹ No objetar el juramento tiene como consecuencia tener como probado el monto, pero no conlleva que se admita la responsabilidad, cuyos elementos deben ser probados.

⁹² El art. 206 del CGP indica, en forma similar al art. 211 anterior, “si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.”

fraude, colusión, falta de diligencia o cuidado en la actuación de la partes o su apoderados, y por consiguiente, no hay lugar a consecuencia adversa alguna. (Sentencia C-157 de 2013; y C-279 y C-332 de 2013).

VI. COSTAS

El presente proceso se regula por las normas vigentes anteriores a la Ley 1563 de 2012, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, y considerando la presencia de una entidad estatal de las definidas en la Ley de Contratación, desde el punto de vista formal el contrato es estatal, así su disciplina jurídica sea la del Derecho Privado.

Por lo tanto, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 2º y 3º del artículo 75 de la ley 80 de 1993⁹³, en consonancia con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998⁹⁴, entonces vigentes, tal como lo interpretados y aplicados por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera desde la Sentencia de 18 de Febrero de 1999, al estar condicionada la condena en costas a una actuación temeraria o abusiva, el Tribunal, **se**

⁹³Artículo 75 de la Ley 80 de 1993, disciplina: “Artículo 75. Del juez competente. **Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales** y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa. (...) Parágrafo 2º. En caso de condena en procesos originados en controversia contractuales, el juez, **si encuentra la existencia de temeridad** en la posición no conciliatoria de alguna de las partes, condenará a la misma o a los servidores públicos que intervinieron en las correspondientes conversaciones, a cancelar multas a favor del Tesoro Nacional de cinco (5) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales. Parágrafo 3º. **En los procesos derivados de controversias de naturaleza contractual se condenará en costas a cualquiera de las partes, siempre que se encuentre que se presentó la conducta del párrafo anterior**” (Se resalta).

⁹⁴ El Artículo 171 Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, preceptúa: Artículo 55. Condena en costas. El artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, quedará así: “Artículo 171. Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, **el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá** condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil”. La Ley 1437 de 2011, vigente a partir de 2 de Julio de 2012, dispone en su art. 308 la aplicación del régimen jurídico anterior a los procedimientos, actuaciones administrativas, demandas y procesos en curso a su vigencia. (Se resalta).

abstendrá de imponerlas⁹⁵, porque no se probó ninguna conducta temeraria de las partes, cualidad exigida en la norma especial de la Ley 80 de 1993 (art. 75) y en el C. C. A. (art. 171).

3° PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. –ETB-**, por una parte, y por la otra, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar no probada la objeción por error grave al dictamen pericial rendido por Económica Consultores, cuyo representante legal es el ingeniero Pablo Roda Fornaguera, y ordenar el pago de sus honorarios.

SEGUNDO: Declarar probada parcialmente la **EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA DIRIMIR LAS CONTROVERSIAS SOMETIDAS A SU CONSIDERACIÓN**” (numeral 3.1., 3.1.1 a 3.1.6, de la respuesta a la demanda principal reformada) interpuesta por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, única y exclusivamente respecto de las pretensiones Tercera Principal y Cuarta Principal de la demanda

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de Febrero de 1999, Ponente, Ricardo Hoyos Duque, Expediente 10.775, anotando “En la nueva regulación de las costas en el proceso administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso (...) Es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora”.

presentada por la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. –ETB-**, más no respecto de las demás frente a las cuales se declara no probada, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este Laudo.

TERCERO. Declarar probada parcialmente la “**EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO POR PARTE DE COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**” en el sentido y con los alcances expuestos en la parte motiva, sin lugar a pronunciamiento sobre todas las restantes interpuestas por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** frente a la demanda arbitral principal reformada instaurada en su contra por la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. –ETB-**.

CUARTO: Declarar que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo derivadas del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado con la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** el 23 de junio de 1999, en los términos y por las razones consignadas en la parte motiva (Pretensión Primera Principal, que prospera parcialmente).

QUINTO: Por las razones expuestas en la parte motiva, no se accede a todas las demás pretensiones principales y subsidiarias de la demanda arbitral principal reformada presentada por la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** contra **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**

SEXTO: Declarar probada la excepción denominada “**3.2. Ausencia de la obligación de pago por parte de ETB. ETB ha cumplido sus obligaciones económicas dentro del contrato**”, interpuesta por la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. –ETB-**, frente a la

demanda arbitral de reconvención presentada en su contra por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, por las razones expuestas en la parte motiva, sin lugar a pronunciamiento sobre las restantes.

SÉPTIMO: Por las razones expuestas en la parte motiva, el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre las Pretensiones Primera Principal, Segunda y Tercera Subsidiarias, y no se accede a las pretensiones Primera y Cuarta Subsidiarias, ni Segunda Principal de la demanda de reconvención presentada por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, contra la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

OCTAVO: No se impone condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva.

NOVENO: Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente Laudo con las constancias de ley (artículo 115, 2 del Código de Procedimiento Civil), con destino a cada una de las Partes, y copias simples al señor Agente del Ministerio Público, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

DÉCIMO: Ordenar que, en firme esta providencia, se protocolice el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá, para lo cual se previene a las partes sobre su obligación de suministrar los fondos que resulten necesarios en caso de que no sean suficientes aquellos que integran la partida correspondiente. De llegar a existir algún remanente en dicha partida, los fondos serán restituidos a las partes en las proporciones legales.

UNDÉCIMO: Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del

Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir 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.

WILLIAM NAMÉN VARGAS

Árbitro Presidente

MARIA CRISTINA MORALES DE BARRIOS

Árbitro

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA

Árbitro

CAMILA DE LA TORRE BLANCHE

Secretaria