

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Unitel S.A. E.S.P.

VS.

Orbitel S.A. E.S.P.

Santiago de Cali, 13 de diciembre de dos mil seis (2006).

Finalizada la actuación procesal, siendo el día y la hora fijada para llevar a cabo la **Audiencia de Fallo**, procede el Tribunal de Arbitramento a proferir el laudo que pone fin al proceso arbitral seguido por **Unitel S.A. E.S.P.** contra **Orbitel S.A. E.S.P.**, previo recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares.

I. Antecedentes.

1. El contrato.

El contrato generador del conflicto es el contrato de Interconexión, Acceso y Uso (en adelante contrato de Interconexión) suscrito el 31 de marzo de 2000 entre el **Orbitel S.A. E.S.P.**¹ y **Unitel S.A. E.S.P.**², con una vigencia de cinco (5) años contados a partir del 30 de abril de 1999 hasta el 30 de abril de 2004, prorrogables automáticamente por un término igual, conforme la cláusula novena del referido contrato.

2. Pacto Arbitral.

En dicho contrato (Numeral 4 de la cláusula vigésima tercera (23^a) del Contrato de Interconexión), las partes consignaron la cláusula denominada "*Tribunal de Arbitramento*", en la cual textualmente se estipuló:

4.- Tribunal de Arbitramento: Agotadas las etapas anteriores o decidida de común acuerdo en cualquier momento la imposibilidad de llegar a una solución amigable de las diferencias, estas serán sometidas a la

¹ Operador de TPBCLD.

² Operador de TPBCL y TPBCLE.

decisión de un Tribunal de Arbitramento o de un Comité Técnico, según el caso, de acuerdo con las siguientes reglas:

(...)

Las diferencias que no tengan carácter eminentemente técnico y que surjan entre las partes en virtud del presente contrato, relacionadas con su celebración, interpretación, ejecución, cumplimiento, liquidación o terminación, serán sometidas a la consideración de un Tribunal de Arbitramento integrado, según la cuantía de las pretensiones, por uno (1) o tres (3) Abogados con especialidad o experiencia comprobada en Telecomunicaciones. Los miembros del Tribunal serán escogidos de común acuerdo entre las partes a falta de acuerdo, el Tribunal será designado por la sala de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, a solicitud de una cualquiera de las partes. En todo caso el Tribunal deberá constituirse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo fijado anteriormente para el arreglo directo. El Tribunal de Arbitramento se sujetará a la legislación colombiana, funcionará en la ciudad de Cali, decidirá en derecho dentro de un plazo máximo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de su instalación.

Los costos de funcionamiento del Tribunal de Arbitramento, o los costos derivados de los honorarios y demás actividades que desarrolle el Comité Técnico, lo asumirán las partes por mitades. La parte cuyas pretensiones hubiesen sido desestimadas por el Tribunal de Arbitramento o por el Comité Técnico, devolverá a la otra parte lo aportado para el funcionamiento del Tribunal o para cubrir los honorarios y la actividad desarrollada por el Comité, en un término no superior a quince (15) días después de emitido el fallo.”

3. Solicitud de Convocatoria e Integración del Tribunal.

La firma **Unitel S.A. E.S.P.**, con fecha 17 de mayo de 2006, presentó a través de apoderado en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, demanda arbitral con citación y audiencia de **Orbitel S.A. E.S.P.** a través de su Representante Legal, con el fin de obtener por vía jurídica una serie de declaraciones y consecuentemente condena, en virtud de lo cual requiere un pronunciamiento positivo

acerca de la declaratoria sobre la naturaleza privada del contrato de Interconexión; que dicho acuerdo no había sido modificado de común acuerdo por las partes; ni había sido modificado por las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (en adelante CRT), por lo cual la modalidad de cargos de acceso por minuto pactada inicialmente en el Contrato de Interconexión sigue vigente; solicitando adicionalmente que se declare que **Orbitel S.A. E.S.P.** incumplió lo dispuesto en el contrato de Interconexión, al haber solicitado, en forma unilateral, la intervención de la CRT para dirimir el conflicto; entre otros.

4. Nombramiento de Árbitros.

Mediante sorteo público N° 35 del 22 de junio de 2006 efectuado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, fueron nombrados como Árbitros los doctores **Maria del Consuelo Rivas Puente**, identificada con la cédula de ciudadanía N° 31.848.507, Abogada con Tarjeta Profesional N° 29.012 del Consejo Superior de la Judicatura, **Carlos Arturo Cobo García**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 16.820.403, Abogado con Tarjeta Profesional N° 38.081 del Consejo Superior de la Judicatura y **José Félix Escobar Escobar**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 17.164.647, Abogado con Tarjeta Profesional N° 6.856 del Consejo Superior de la Judicatura.

5. Instalación del Tribunal.

El 17 de julio de 2006 se instaló el Tribunal de Arbitramento, como consta en el Acta sin número de la misma fecha, en audiencia realizada en la sala N° 2 del Centro de Conciliación y Arbitraje de Cámara de Comercio.

En desarrollo de la audiencia, entregó la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio el expediente

contentivo de los documentos referentes a la demanda arbitral. Los árbitros declararon instalado el Tribunal, y se designó al Dr. **Carlos Arturo Cobo García**, como presidente, quien aceptó la designación y a la Dra. **Patricia Riascos Lemos**, identificada con la cédula de ciudadanía N° 31'258.474, expedida en Cali, Abogada con Tarjeta Profesional N° 17.156 del Consejo Superior de la Judicatura, como secretaria.

En esta audiencia se determinó fijar como lugar de funcionamiento del Tribunal las dependencias del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, situadas en la Calle 8ª N° 3 – 14, piso 4º, de la actual nomenclatura urbana de Cali, teléfonos 8861369, fax 8861332, y correo electrónico cenconc@ccc.org.co; reconocer personería al Dr. **Luis Eduardo Nieto Jaramillo** como apoderado principal y al Dr. **Juan Carlos Fernández** como apoderado sustituto del convocante **Unitel S.A. E.S.P.**; al Dr. **Isaac Alfonso Devis Granados** como apoderado principal y al Dr. **Paulo César Martínez García** como apoderado sustituto del convocado **Orbitel S.A. E.S.P.**

La Dra. **Patricia Riascos Lemos** tomó posesión del cargo de secretaria el día 26 de julio de 2006 como consta en el Acta N° 1, de la misma fecha.

6. Inadmisión de la demanda arbitral.

En audiencia celebrada el 26 de julio de 2006 (Acta N° 1), el Tribunal mediante Auto N° 5 resolvió inadmitir la demanda arbitral y conceder el término de cinco días a la parte convocante para que la subsanara, en cuanto a determinar la clase de perjuicios y la estimación razonada de la cuantía de los mismos, conforme lo señala el artículo 75, numerales 5 y 8, del C. de P.C.

7. Subsanación y admisión de la demanda arbitral.

La parte convocante, el 2 de agosto de 2006, dentro de la oportunidad procesal, radicó en las dependencias del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali un escrito por el cual subsanó la demanda, modificando las pretensiones 5, 6, 7 de la demanda introductoria, así:

“Numeral 5:

“...declarar con base en las anteriores declaraciones, que a la luz del Contrato de Interconexión, no es procedente el pago de mil dieciocho millones ciento once mil seiscientos noventa y ocho pesos (\$ 1.018.111.698) pretendido por Orbitel, por concepto de cargos de acceso, del 17 de septiembre de 2002 a junio 30 de 2004, tal como consta en la cuenta de cobro que obra como prueba número 30...”

Numeral 6:

“... declarar el incumplimiento por parte de Orbitel de lo dispuesto en las cláusulas décima (10ª) y vigésima tercera (23ª) del Contrato de Interconexión, al haber solicitado, de forma unilateral, la intervención de la CRT para dirimir el conflicto presentado entre Orbitel y Unitel con ocasión del Contrato de Interconexión...”

Numeral 7:

“... que como consecuencia de la anterior declaración, condene a Orbitel a indemnizar los perjuicios que le ha ocasionado Unitel por haber tenido que invertir esta última, cuantiosos recursos en la defensa de sus derechos bajo el contrato de interconexión, los cuales ascienden a la suma de ciento ochenta millones de pesos (\$ 180.000.000)...”

Expresamente la parte convocante no modificó las pretensiones 1, 2, 3, y 4.

Igualmente, en el escrito radicado por la parte convocante en el que se subsana la demanda, determinó que el punto número IV, Procedimiento y Cuantía de la demanda, quedaría así:

“... el litigio se tramitará a través del proceso arbitral previsto en el decreto 2279 de 1989 modificado por la ley 446 de 1998 y el laudo será en derecho, de conformidad con lo previsto el (sic) la cláusula décima tercera del Contrato de Interconexión. Así mismo, manifestamos que el litigio es de mayor cuantía, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del decreto 2651 de 1991, por cuanto estimamos que el valor de las pretensiones asciende a la

suma aproximadamente de mil doscientos dieciocho millones de pesos (\$ 1.218.000) (sic)...”

Atendiendo lo anterior, en la audiencia celebrada el 4 de agosto de 2006 (Acta N° 2), mediante Auto N° 7 el Tribunal resolvió admitir la demanda arbitral propuesta por Unitel S.A. E.S.P. contra Orbitel S.A. E.S.P., y en el mismo acto se le notificó al Dr. **Paulo César Martínez García**, apoderado sustituto del convocado **Orbitel S.A. E.S.P.**, quien se encontraba facultado para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda arbitral que nos ocupa; y se ordenó correr traslado a la parte convocada por el término de 10 días.

8. Notificación y traslado de la demanda.

Notificado el convocado **Orbitel S.A. E.S.P.** del auto admisorio de la demanda, el día 18 de agosto de 2006, vía correo electrónico y dentro del término legal, se recibió el escrito de contestación de la demanda arbitral y sus anexos, suscrito por el Dr. **Isaac Alfonso Devis Granados** en el cual se proponen los siguientes medios exceptivos de fondo:

- a. INNOMINADA O GENÉRICA.
- b. FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.
- c. CUMPLIMIENTO PERFECTO POR PARTE DE ORBITEL DEL OBJETO DEL CONTRATO SUSCRITO CON UNITEL.
- d. IMPOSIBILIDAD PARA QUE PROSPEREN LAS PRETENDIDAS INDEMNIZACIONES POR AUSENCIA DE PRUEBAS E INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN CABEZA DE ORBITEL S.A. ESP.
- e. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y COBRO DE LO NO DEBIDO.

No se presentó demanda de reconvencción.

De dichos medios exceptivos se le corrió traslado a la parte convocante mediante fijación en lista el 23 de agosto por tres días (24, 25 y 28 de agosto).

El 28 de agosto de 2006 , se recibe vía correo electrónico y fax, escrito suscrito por el apoderado de la parte convocante Dr. **Luís Eduardo Nieto Jaramillo**, describiendo el traslado de las excepciones de fondo, radicando en las dependencias del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali el día 29 de agosto, el escrito correspondiente.

Mediante auto N° 9 del 31 de agosto de 2006 (Acta N° 3), se citó a las partes y a sus apoderados para que asistieran el día 11 de septiembre de 2006 a las 2:30 P.M., a la audiencia de conciliación.

9. Audiencia de Conciliación.

En cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto N° 1818 de 1998, artículo 141, numeral 2 y 121 de la Ley 446 de 1998, el 11 de septiembre de 2006 las partes y sus apoderados acudieron a la audiencia de conciliación señalada por el Tribunal de Arbitramento, la cual fracasó al no existir ánimo conciliatorio respecto de las controversias materia de desacuerdo. (auto No. 10 de septiembre 11 de 2006).

Lo debatido en esta reunión, fue gravado y su transcripción fue anexada al acta N° 4 del 11 de septiembre de 2006.

Se destaca que el procedimiento seguido por el Tribunal en la etapa denominada “*prearbitral*” se ajustó a los lineamientos del fallo de la Honorable Corte Constitucional, plasmados en la sentencia N° C-1038 de fecha noviembre 28 de 2002, Magistrado Ponente doctor Eduardo Montealegre Lynett.

En dicha audiencia los doctores **Juan Carlos Fernández Orozco** y **Paulo Cesar Martínez García**, apoderados suplentes de la convocante y del convocado informaron a esta secretaría los correos electrónicos de Nieto & Chalela Abogados y Devis Granados Abogados Asociados y así:

Luisnieto@nietochalela.com ;
pmartinez@devisabogados.com.

10. Fijación de gastos y honorarios del Tribunal.

Mediante Auto No. 11 del 11 de septiembre de 2006, el Tribunal fijó los gastos y honorarios del Tribunal, los que fueron consignados por las partes, en la proporción que les correspondía, dentro del término legal.

11. Primera Audiencia de Trámite.

La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el día 3 de octubre de 2006 (Acta No 5); en ella, previa la lectura de la cláusula compromisoria, de las cuestiones sometidas a la decisión arbitral, de las pretensiones de la demanda y de la cuantía del proceso arbitral, el Tribunal declaró mediante Auto N° 13 su competencia para conocer y decidir en derecho de las controversias o diferencias planteadas en la demanda arbitral por Unitel S.A. E.S.P. contra Orbitel S.A. E.S.P.

Dentro de esta audiencia, el anterior proveído fue recurrido por el apoderado de la parte convocada, señalando razones de hecho y de derecho, las cuales fueron despachadas desfavorablemente por el Tribunal mediante Auto N° 14 de octubre 3 de 2006, manteniéndose incólume el auto primigenio.

Mediante Auto N° 15 del 3 de octubre de 2006, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

12. Término del Proceso.

En el numeral 4 de la cláusula vigésima tercera (23ª) del contrato de Interconexión, las partes señalaron que el Tribunal de Arbitramento se sujetará a la legislación colombiana, funcionará en la ciudad de Cali, decidirá en derecho dentro de un plazo máximo de tres (3) meses

contados a partir de la fecha de su instalación (17 de julio de 2006), término que vencería en octubre 16 de 2006, sin perjuicio de prórrogas y suspensiones.

12.1 Suspensiones del Proceso.

Por solicitud de los apoderados de **Unitel S.A. E.S.P.** y **Orbitel S.A. E.S.P.** mediante autos N° 1 y 3 del 17 y 26 de julio del 2006, se suspendió el término por cinco (5) días hábiles, del 18 de julio y hasta el 25 de julio de 2006, acta de instalación y acta No. 1. Mediante auto No. 16 del 3 de octubre de 2006 (Acta N° 5) se decretó la suspensión del proceso desde el cuatro (4) de octubre de 2006 hasta el 1° de noviembre del mismo año, ambas fechas inclusive, es decir por el término de 20 días hábiles.

Igualmente, mediante auto N° 20 de noviembre 9 de 2006, y atendiendo la solicitud de los apoderados de las partes en litigio, se suspendió el proceso desde el 10 de noviembre al 1° de diciembre de 2006 inclusive (Acta N° 8), es decir, por el término de 15 días hábiles. Ante una solicitud similar y mediante auto N° 23 de diciembre 4 de 2006 se suspendió el proceso desde el 5 de diciembre de 2006 al 12 del mismo mes, ambas fechas inclusive. (Acta N° 9), es decir, por el término de 5 días hábiles.

12.2 Vencimiento del término después de las suspensiones.

Así las cosas, al plazo de tres (3) meses, contados a partir del 17 de julio de 2006 se le adicionan los días de suspensión del proceso (40 días hábiles), el vencimiento del término del proceso es el 21 de diciembre de 2006.

13. Pretensiones de la Demanda Arbitral.

Unitel S.A. E.S.P., como parte convocante en el presente proceso arbitral, impetró en resumen ante el Tribunal para su decisión las siguientes **declaraciones**:

1. *Declarar que el Contrato de Interconexión se rige por el derecho privado según lo previsto en la ley 142 de 1994 y en la cláusula vigésima sexta (26ª) del Contrato de Interconexión. (Señalado en el escrito introductorio de la demanda).*
2. *Declarar que el Contrato de Interconexión, en lo relacionado con los cargos de acceso a la interconexión, no ha sido modificado de común acuerdo por las partes, de acuerdo con el procedimiento establecido en la cláusula décima (10ª) del mismo. (Señalado en el escrito introductorio de la demanda).*
3. *Declarar que el Contrato de Interconexión, hasta la fecha de convocatoria del presente tribunal de arbitramento, no ha sido modificado por las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002 de la CRT. (Señalado en el escrito introductorio de la demanda).*
4. *Declarar, con base en las anteriores declaraciones, que la modalidad de cargos de acceso por minuto pactada inicialmente en el Contrato de Interconexión sigue vigente y es la que debe aplicarse hasta que el Contrato de Interconexión sea válidamente modificado por las partes. (Señalado en el escrito introductorio de la demanda).*
5. *Declarar con base en las anteriores declaraciones, que a la luz del Contrato de Interconexión, no es procedente el pago de mil dieciocho millones ciento once mil seiscientos noventa y ocho pesos (\$1.018.111.698) pretendido por Orbitel, por concepto de cargos de acceso, del 17 de septiembre de 2002 a junio 30 de 2004, tal como consta en la cuenta de cobro que obra como prueba número 30. (Señalado en el escrito por el cual se subsanó la demanda el 2 de agosto de 2006).*
6. *Declarar el incumplimiento por parte de Orbitel de lo dispuesto en las cláusulas décima (10ª) y vigésima tercera (23ª) del Contrato de Interconexión, al haber solicitado, de forma unilateral, la intervención de la CRT para dirimir el conflicto presentado entre Orbitel y Unitel con ocasión del Contrato de Interconexión. (Señalado en el escrito por el cual se subsanó la demanda el 2 de agosto de 2006).*
7. *Que como consecuencia de la anterior declaración, condene a Orbitel a indemnizar los perjuicios que le ha ocasionado a Unitel por haber tenido que invertir esta última, cuantiosos recursos en la defensa de sus derechos bajo el contrato de*

interconexión, los cuales ascienden a la suma de ciento ochenta millones de pesos (\$ 180.000.000. (Señalado en el escrito por el cual se subsanó la demanda el 2 de agosto de 2006).

8. *Condenar en costas y agencias a Orbitel.* (Señalado en el escrito introductorio de la demanda).

14. Hechos de la Demanda Arbitral.

En resumen, las pretensiones se sustentan en los hechos recopilados en 6 capítulos a saber:

- 1. Explicación general del sector de las telecomunicaciones en Colombia;*
- 2. Contrato de Interconexión;*
- 3. Surgimiento del conflicto contractual entre Orbitel y Unitel;*
- 4. Incumplimiento del Contrato de Interconexión por parte de Orbitel;*
- 5. Intervención de la CRT en un conflicto de naturaleza contractual;*
- 6. Observancia del procedimiento de resolución de conflictos contractuales previsto en la cláusula vigésima tercera (23ª) del Contrato de Interconexión.*

En cuanto al capítulo denominado “***Explicación general del sector de las Telecomunicaciones en Colombia***” el actor procede a realizar un glosario de una serie de términos técnicos, referentes al sector de las telecomunicaciones, que tienen relación con el Contrato de Interconexión celebrado entre **Unitel S.A. E.S.P.** y **Orbitel S.A. E.S.P.** y que son de importancia para ser tenidos en cuenta para el desarrollo legal de este asunto.

El convocante hace unas citas de los desarrollos legales de los servicios públicos domiciliarios, partiendo de la Constitución Política de 1991, donde se permite que dicho servicio publico pueda ser prestado directamente por el Estado o indirectamente por particulares, conservando el Estado las funciones de regulación³, control y vigilancia⁴ sobre los mismos.

³ Según lo previsto en el artículo 69.3. de la ley 142 de 1994, el servicio público de las telecomunicaciones es regulado por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones es una unidad administrativa especial, con independencia

Se plantea que el legislador expidió la ley 142 de 1994, mediante la cual estableció el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, entre los cuales se encuentra la telefonía pública. El artículo 32 de la referida ley 142 estableció que los contratos de las empresas de servicios públicos, se regirían exclusivamente por las reglas del derecho privado. El artículo 39.4. y el parágrafo del artículo 39 de la ley 142 de 1994, le entregaron a los operadores de telefonía pública la facultad y el derecho de acordar directamente y entre sí, la interconexión de sus redes para la prestación del servicio público de telecomunicaciones. Se señala por el actor que en caso de que los operadores no logran ponerse de acuerdo sobre la interconexión de sus redes, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) tendría la facultad para imponer una servidumbre de acceso o de interconexión.

Al hacer referencia a las Funciones de la CRT, el actor señala que la ley 142 de 1994 creó las comisiones de regulación de los servicios públicos, como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, las cuales estarían encargadas de ejecutar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Entre dichas comisiones de regulación, se encuentra la CRT, cuya función consiste en regular los monopolios en la prestación del servicio público de telecomunicaciones, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten el servicio público de telecomunicaciones, 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 calidad⁵.

administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de Comunicaciones, creada por la Ley 142 de 1993 en desarrollo de lo previsto en los artículos 334, 336, 365 y 370 de la Constitución Política.

⁴ La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es la entidad administrativa encargada de adelantar las funciones de control y vigilancia del servicio público domiciliario de telefonía, según lo previsto en el artículo 4° de la ley 142 de 1994.

⁵ Artículo 73, Ley 142 de 1994.

Dentro de las funciones que desempeña la CRT se encuentran las relacionadas con la solución de los conflictos contractuales que han sido limitadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a aquellos de carácter técnico y administrativo que se presenten entre los operadores de TPBC⁶, tal como más adelante se explica.

Señala que la facultad reguladora asignada a la CRT se debe ejercer sólo respecto de las materias expresamente señaladas en el primer aparte del artículo 370 de nuestra Constitución Política y siempre que se dé la previa delegación por parte del Presidente de la República. Estima el accionante que la facultad de resolución de conflictos entre empresas, por razón de los contratos de interconexión o de servidumbres, debe necesariamente entenderse limitada a aspectos técnicos y administrativos y con el único propósito de garantizar la libre competencia económica y de ninguna manera se puede extender a la resolución de conflictos de naturaleza contractual que excedan los aspectos técnicos y administrativos para los cuales tiene competencia legal.

Al hacer referencia al capítulo denominado “*Contrato de Interconexión*” señala el actor que, en desarrollo de lo previsto en el artículo 39.4 de la Ley 142 de 1994, el 31 de marzo de 2000, Orbitel S.A. E.S.P.⁷ y Unitel S.A. E.S.P.⁸ suscribieron el Contrato de Interconexión, con una vigencia de cinco (5) años contados a partir del 30 de abril de 1999 hasta el 30 de abril de 2004, prorrogables automáticamente por un término igual. Dicho contrato se prorrogó automáticamente hasta el 30 de abril de 2009, habida cuenta de que ninguna de las partes manifestó su interés en darlo por terminado de conformidad con lo previsto en la cláusula novena del mismo.

En el referido Contrato de Interconexión, las partes acordaron determinar los derechos y obligaciones con respecto al acceso, uso e interconexión

⁶ Artículos 73.8., 73.9., 74.3., literal b) de la ley 142 de 1994; artículo 37.8 del decreto 1130 de 1999; artículo 37.14. del decreto 1130 de 1999.

⁷ Operador de TPBCLD.

⁸ Operador de TPBCL y TPBCLE.

directa de sus redes de telecomunicaciones y las condiciones de carácter legal, comercial, técnico, operativo y económico derivadas de la misma, con el fin de proporcionar capacidad completa de comunicación telefónica entre los usuarios dentro del país y en conexión con el exterior.

Dentro de las obligaciones a cargo de Orbitel S.A. E.S.P., las partes acordaron⁹ que la modalidad de remuneración de cargos de acceso y uso de la red de Unitel S.A. E.S.P., se determinaría por minuto o fracción de minuto cursado, de conformidad con lo establecido en el artículo 39.4, en el artículo 74.3., literal c) de la ley 142 de 1994 y en el Título IV de la Resolución 087 de 1997. Resalta el actor que en la cláusula décima (10^a) del Contrato de Interconexión, **Unitel S.A. E.S.P. y Orbitel S.A. E.S.P.** acordaron expresamente que cualquier modificación al Contrato de Interconexión, debía ser adoptada de mutuo acuerdo entre los representantes legales de ambas compañías mediante la suscripción de un acta bilateral. Si no fuere posible para las partes ponerse de acuerdo acerca de la modificación de algún término o condición pactada en el Contrato de Interconexión, las mismas debían acudir al procedimiento de resolución de conflictos contractuales, previsto en la cláusula vigésima tercera (23^a) del Contrato de Interconexión.

Que el procedimiento tendiente para solucionar los conflictos que pudieren presentarse durante la ejecución del Contrato de Interconexión fue señalado en la cláusula vigésima tercera (23^a) del Contrato de Interconexión, el cual estaba conformado por las siguientes cuatro (4) etapas¹⁰:

- i) Comité Mixto de Interconexión.

⁹ Cláusula tercera del Contrato de Interconexión y cláusula 2.2., literal a) del Anexo N° 2 del Contrato de Interconexión.

¹⁰ El procedimiento ideado por las partes busca que ante la existencia de una controversia contractual, éstas encuentren amigable, directa y ágilmente una fórmula de arreglo a tal controversia, a instancias del CMI o entre sus representantes legales. En el evento en que las partes no pudieren llegar a un acuerdo directo y amigable, de común acuerdo podrían solicitar la **mediación** de la CRT, entidad que se limitaría a buscar fórmulas de arreglo entre las partes; y como última instancia, se encuentra el Tribunal de Arbitramento, quien en definitiva es el único órgano competente para resolver de plano las controversias contractuales entre las partes, en razón de su naturaleza jurisdiccional.

- ii) Acuerdo entre los representantes legales de las partes.
- iii) Mediación de la CRT a petición de ambas partes.
- iv) Tribunal de Arbitramento.

En el capítulo denominado “*Surgimiento del conflicto contractual entre Orbitel y Unitel*” el actor señala que el 27 de diciembre de 2001, la CRT expidió la Resolución N° 463 de 2001¹¹, la cual modificó la Resolución N° 087 de 1997 en el sentido de establecer que a partir del primero (1°) de enero de 2002, los operadores de telefonía local (TPBCL) debían ofrecer a los operadores de telefonía de larga distancia (TPBCLD) por lo menos dos (2) opciones de remuneración de cargos de acceso: por minuto o por capacidad. Como consecuencia de lo dispuesto en la Resolución N° 463 de 2001¹², **Orbitel S.A. E.S.P.** le informó a **Unitel S.A. E.S.P.**, mediante comunicación de fecha 11 de enero de 2002, que a partir del primero (1°) de enero de ese mismo año, se acogía al nuevo esquema de cargos de acceso, es decir cargos de acceso por capacidad.

Que frente a tal comunicación, **Unitel S.A. E.S.P.** se opuso al pago de los cargos de acceso por capacidad, toda vez que si bien la nueva reglamentación establecía que los operadores de TPBCL tenían la obligación de ofrecer a los operadores de TPBCLD por lo menos dos (2) opciones de cargos de acceso: por minuto y por capacidad, en este caso, la interconexión ya había sido acordada y se encontraba plasmada en un contrato válidamente celebrado, el cual solamente podía ser modificado por mutuo acuerdo entre las partes, según lo previsto en la cláusula décima (10ª) del Contrato de Interconexión. Por lo tanto surgió entre las partes un conflicto derivado de la disparidad de criterios en cuanto a la forma de calcular los cargos de acceso a la interconexión, toda vez que

¹¹ La Resolución 463 de 2001 fue subrogada por la Resolución 489 de 2002 de la CRT.

¹² En la actualidad dicha disposición se encuentra consignada en el artículo 4.2.2.19. de la Resolución N° 489 de 2002 proferida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. “**ARTICULO 4.2.2.19 CARGO DE ACCESO A LAS REDES DE TELEFONIA.** A partir del primero de enero de 2002, los operadores telefónicos deberán ofrecer por lo menos las siguientes dos opciones de cargos de acceso a los operadores que les demanden interconexión.” (Opción 1: cargos de acceso por minuto; Opción 2: cargos de acceso por capacidad) (Negrilla y subrayas fuera de texto)

mientras **Orbitel S.A. E.S.P.** ha sostenido que tiene el derecho a pagar los cargos de acceso por capacidad de acuerdo con las resoluciones expedidas por la CRT, **Unitel S.A. E.S.P.** ha sostenido que los cargos de acceso se deben calcular por minuto, tal como fue establecido en el Contrato de Interconexión.

Para el convocante adicionalmente se presentó entre las partes un conflicto en relación con la aplicación e interpretación del contenido de la cláusula décima (10ª) del Contrato de Interconexión, mediante la cual se regula la forma en que el contrato puede ser modificado ya que mientras **Orbitel S.A. E.S.P.** ha venido sosteniendo que el artículo 4.2.2.19. de la Resolución 087 de 1997, modificado por el artículo 2º de la Resolución N° 489 de 2002, hace modificar de manera automática el Contrato de Interconexión, según lo previsto en el párrafo segundo (2º) de la cláusula décima (10ª) del Contrato de Interconexión¹³, **Unitel S.A. E.S.P.** ha sostenido que dicho artículo no tiene la virtud de modificar automáticamente lo dispuesto por la cláusula 2.2., literal a) del Anexo N° 2 del Contrato de Interconexión.

En el capítulo denominado *“Incumplimiento contractual por parte de Orbitel”* señala el convocante que el conflicto presentado entre **Orbitel S.A. E.S.P.** y **Unitel S.A. E.S.P.**, en relación con los cargos de acceso a la interconexión, se ventiló ante el Comité Mixto de Interconexión, (en adelante CMI) sin que se hubiese llegado a ningún acuerdo, por lo cual la siguiente etapa para solucionar el mencionado conflicto consistía en la reunión de los representantes legales de las partes, con el fin de que éstos pudieran encontrar una solución directa y amigable al conflicto contractual. Que obviando lo anterior, **Orbitel S.A. E.S.P.** decidió someter, **de forma unilateral** y sin la previa observancia de la segunda

¹³ El párrafo segundo de la cláusula décima (10ª) del Contrato de Interconexión dispone lo siguiente: “Cuando las modificaciones se originen en disposiciones de las autoridades regulatorias, que sean de obligatorio cumplimiento en las relaciones que regula este contrato, las mismas entrarán a regir de inmediato y deberán ser incorporadas al contrato mediante acta de modificación bilateral que se suscribirá dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la vigencia de la disposición, o en el término que para el efecto determine el organismo regulador”.

etapa del procedimiento de resolución de conflictos contractuales, previsto en la cláusula vigésima tercera (23ª) del Contrato de Interconexión, la resolución del conflicto contractual a la CRT, entidad, que según el demandante, únicamente estaba facultada para intervenir en calidad de **mediadora** en el procedimiento de resolución de conflictos contractuales.

Por lo anterior, **Orbitel S.A. E.S.P.**, incumplió lo previsto en la cláusula vigésima tercera (23ª) del Contrato de Interconexión, toda vez que decidió de manera **unilateral** acudir a la CRT para que resolviera el conflicto, con base en las facultades otorgadas a esta comisión por la Ley 142 de 1993¹⁴.

En el capítulo denominado "*Intervención de la CRT en un conflicto de naturaleza exclusivamente contractual*" señala el convocante que la CRT inició el procedimiento administrativo correspondiente para la solución de conflictos de interconexión, fundamentando su competencia en el artículo 73.8 de la ley 142 de 1994, lo anterior, sin tener en cuenta la posición de **Unitel S.A. E.S.P.** consistente en que el conflicto contractual debía seguir el procedimiento previsto en la cláusula vigésima tercera (23ª) del Contrato de Interconexión y que hasta el momento las partes se encontraban dentro de la primera etapa de resolución de conflictos, es decir, en la instancia del CMI.

No obstante lo anterior, la CRT dio trámite a la solicitud de **Orbitel S.A. E.S.P.** y expidió la Resolución N° 830 del 25 de septiembre de 2003, en virtud de la cual estableció que **Orbitel S.A. E.S.P.** debía pagarle a **Unitel S.A. E.S.P.** los cargos de acceso por capacidad y no por minuto, tal como se había establecido en el Contrato de Interconexión. **Unitel S.A. E.S.P.** de manera oportuna interpuso recurso de reposición contra la

¹⁴ Artículo 44.3. de la ley 142 de 1994: "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.**" (Negritas y subrayas fuera de texto original).

citada Resolución, argumentando que la CRT no podía, mediante una resolución, modificar una relación contractual existente, desconociendo la voluntad de las partes al momento de celebrar el Contrato de Interconexión. Dicha reposición fue desatada por la CRT mediante la Resolución N° 912 del 3 de diciembre de 2003 confirmando en todas sus partes la Resolución N° 830 de 2003.

Lo anterior dio como resultado que **Unitel S.A. E.S.P.** demandara ante la jurisdicción contencioso administrativa la nulidad de las Resoluciones N° 830 de 2003 y N° 912 de 2003 y el restablecimiento del derecho, argumentando, que el conflicto presentado entre **Orbitel S.A. E.S.P.** y **Unitel S.A. E.S.P.** es de naturaleza contractual y no regulatoria; que a **Unitel S.A. E.S.P.** se le lesionaron sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia puesto que para dirimir el conflicto no se convocó a un Tribunal de Arbitramento, quien era el juez del Contrato de Interconexión y único órgano competente para decidir de fondo el conflicto, y que se vulneró el principio de legalidad ya que la CRT no tenía competencia legal para resolver el conflicto contractual pues el mismo no se enmarcaba dentro de los supuestos contemplados en el artículo 74.3 de la ley 142 de 1994.

En el capítulo denominado "*Observancia del procedimiento de resolución de conflictos contractuales previsto en la cláusula vigésima tercera (23^a) del Contrato de Interconexión*" señala el demandante que como consecuencia del reiterado incumplimiento del Contrato de Interconexión por parte de **Orbitel S.A. E.S.P.**, **Unitel S.A. E.S.P.** decidió adelantar el procedimiento previsto en la cláusula vigésima tercera (23^a) del Contrato de Interconexión, con el fin de encontrar una solución legal y ajustada a derecho al conflicto contractual que se presenta con **Orbitel S.A. E.S.P.**, para lo cual mediante comunicación fechada 21 de febrero de 2006 la actora invitó a **Orbitel S.A. E.S.P.** a celebrar un CMI con el fin de adelantar el procedimiento previsto en la cláusula vigésima tercera (23^a) relativa a la solución de conflictos

contractuales en relación con la modalidad de remuneración de los cargos de acceso. Frente a tal comunicación **Orbitel S.A. E.S.P.** manifestó mediante comunicación escrita del 27 de febrero de 2006 que no se reuniría en CMI con **Unitel S.A. E.S.P.** habida cuenta de que las diferencias existentes entre las partes sobre la aplicación de la regulación de cargos de acceso ya habían sido resueltas por parte de la CRT.

Que agotada la instancia anterior, sin que se lograra resolver directamente el conflicto contractual, el 31 de marzo de 2006, el representante legal de **Unitel S.A. E.S.P.** envió al representante legal de **Orbitel S.A. E.S.P.** una comunicación con el fin de celebrar una reunión tendiente a encontrar de manera ágil y directa una solución al conflicto relacionado con la modalidad de remuneración de los cargos de acceso, invitación que no fue aceptada por el representante legal de **Orbitel S.A. E.S.P.**, quien manifestó que dicha reunión no tenía ninguna razón de ser, habida cuenta de que el conflicto contractual ya había sido resuelto por parte de la CRT, y que por el contrario, la única cuestión que debía ser resuelta era la manera como **Unitel S.A. E.S.P.** le devolvería a **Orbitel S.A. E.S.P.** el dinero correspondiente a la diferencia entre el valor de los cargos de acceso por minuto tal como se habían venido liquidando, y el valor de los cargos de acceso por capacidad establecidos por las Resoluciones CRT.

Para controvertir dicha posición, el representante legal de **Unitel S.A. E.S.P.** envió una nueva comunicación al representante legal de **Orbitel S.A. E.S.P.**, en la cual le solicitó que manifestara su posición acerca de la intervención de la CRT en su calidad de mediadora para solucionar el presente conflicto.

Como consecuencia de lo anterior, para el actor es evidente que se han agotado todas las etapas y requisitos establecidos en el Contrato de Interconexión para resolver el conflicto de manera directa y amigable, y que se dan todos los presupuestos contractuales y legales necesarios para

acudir al juez del contrato y en consecuencia para someter el conflicto que se ha presentado entre **Unitel S.A. E.S.P.** y **Orbitel S.A. E.S.P.** a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

15. Contestación a los Hechos de la Demanda.

El apoderado de la parte convocada dio respuesta a la demanda arbitral, negó unos hechos y aceptó otros, llegando a concluir que frente al presunto conflicto presentado entre las partes, éste ya ha sido resuelto por la autoridad correspondiente en la materia, es decir, la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, en razón a que la naturaleza del conflicto es ante todo de índole administrativa.

A los hechos se pronunció en síntesis de la siguiente manera:

En cuanto a las definiciones citadas por el actor en el acápite denominado *“Explicación General del Sector de las Telecomunicaciones En Colombia”*, el apoderado de la pasiva señala que las definiciones relativas al sector de las telecomunicaciones en Colombia indicadas por el convocante, se apartan de las ya existentes y expedidas por la entidad idónea en la materia, la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, por lo tanto, en relación con esta materia particular se tendrán que tener en cuenta las regulaciones que este ente pertinente ha expedido.

Señala el apoderado de la convocada que el servicio de telecomunicaciones venía siendo regulado desde una época precedente a la expedición de la Constitución Política de 1991 y más concretamente por la ley 72 de 1989 y el decreto ley 1900 de 1990, o estatuto general de las telecomunicaciones. Aclara el apoderado de la pasiva que la Ley 142 de 1994 ha sido objeto de un sinnúmero de reformas a lo largo de su vigencia. Leyes como la 286 y la 689 han modificado seriamente su contenido y alcance.

Al hacer referencia al artículo 32 de la Ley 142 de 1994 señala que dicha norma no consagra una regla de carácter general que circunscriba los actos y contratos de las empresas de servicios públicos dentro de las reglas del derecho privado. Señala el apoderado de la pasiva que, en contradicción, lo consagrado en dicha norma es una excepción a la aplicación del derecho público, por tanto, no es cierta la argumentación realizada por el apoderado de la convocante cuando afirma que los contratos de las empresas de servicios públicos se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. Para el apoderado del convocado, las partes consagraron en la cláusula vigésima sexta del contrato de acceso, uso e interconexión, el régimen legal al que estaría sujeto el contrato, estipulando que las partes se acogerían a las disposiciones establecidas en la ley, en las normas emanadas de la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones y demás autoridades competentes. Para **Orbitel S.A. E.S.P.** eran claras las obligaciones legales y contractuales asumidas por las partes desde el principio de la relación contractual, por lo que, resulta en estas instancias, tras varios años de vigencia del contrato, el desconocimiento de las obligaciones contractuales acordadas. En conclusión para el convocado, la pretensión de la convocante, en el sentido de que el contrato de acceso, uso e interconexión se rige por el derecho privado, resulta desatinada y contraria a derecho.

En lo que hace referencia al artículo 39.4 y el párrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1.994 señala el apoderado del demandado que los operadores de telefonía tienen la facultad de acordar la vinculación de sus recursos físicos y soportes lógicos, incluidas las instalaciones esenciales necesarias, para permitir el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de servicios de telecomunicaciones, por medio de la interconexión; esta puede darse de forma directa o de forma indirecta; empero, dicha facultad se encuentra circunscrita a las normas de orden público que regulan la materia. Por consiguiente, la libre voluntad comercial de las partes no es absoluta, se encuentra limitada por las

normas de orden superior emitidas con base en las facultades de intervención del estado, así las cosas, tenemos que los actos y contratos de los particulares se deben encuadrar dentro de un marco jurídico limitado por las normas de las comisiones de regulación, entre estas la CRT.

Tratándose de la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, indica el apoderado de la pasiva que dentro de sus múltiples funciones, cuenta con la facultad de imponer servidumbres de acceso, uso e interconexión (*que no “de acceso o de interconexión” como erradamente afirma la convocante*) entre los operadores de telefonía con el objeto de garantizar el acceso y la continuidad en la prestación del servicio, facultad que tiene sustento en la función de la comisión de poder actuar como autoridad administrativa de resolución de conflictos. Es necesario aclarar que la servidumbre impuesta por la CRT no es “*de acceso o de interconexión*”, como el apoderado de la convocante afirma; la obligación que impone la comisión es una servidumbre de acceso, uso e interconexión, la cual se encuentra consagrada en el artículo 4.4.5 de la resolución 575 de 2002 expedida por la CRT, norma que por cierto tampoco citó la convocante.

Para la pasiva en este asunto las comisiones de regulación fueron creadas por decretos autónomos al amparo del artículo 20 T (veinte transitorio) de la Constitución Política. Ahora bien, la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones fue creada inicialmente por el Decreto 2122 del 29 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, disposición que reestructuró el Ministerio de Comunicaciones. El mencionado decreto dispuso en su artículo 2° la creación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones como Unidad Administrativa Especial del Ministerio de Comunicaciones. Posteriormente, la Ley 142 de 1994 las crea de nuevo.

Señala el apoderado de la convocada que además de la función reguladora de los monopolios conferidos a la CRT existen otras consagradas, entre otras, en la Ley 142 de 1994, el decreto especial 1130 de 1999, la ley 555 de 2000. Señala que, si bien es cierto que la CRT cumple la importante función de solucionar los conflictos que se presenten entre operadores de telefonía, esta función no se encuentra limitada a aquellos conflictos de carácter técnico y administrativo como se afirma. Una de ellas es la de 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, 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. 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. Literal b), Artículo 74.3, Ley 142 de 1994.

Para el apoderado de la convocada, y soportado en las normas legales señaladas en su escrito, es fácil concluir que la CRT, *en uso de sus facultades*, puede actuar como una entidad de solución de conflictos entre operadores; esto en virtud de su papel como autoridad administrativa que resuelve, de forma definitiva, un conflicto; por lo tanto, esta función exclusiva y excluyente de la CRT deviene directamente de la Ley, y no de la libre voluntad contractual de las partes, como el apoderado de la parte convocante lo hace parecer. La CRT no cumple un papel de mediación en los conflictos, como así lo afirma la convocante; la CRT soluciona conflictos.

Para el apoderado de **Orbitel S.A. E.S.P.** la honorable Corte Constitucional ha expresado que la facultad de solución de conflictos que detentan las Comisiones de Regulación corresponde a una facultad administrativa propia de una autoridad pública a la cual se le han

delegado expresamente funciones de autoridad, con el objetivo de garantizar la libertad de los mercados económicos y la transparente y leal competencia; así pues, es en virtud de este objetivo que las comisiones de regulación, y específicamente la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, poseen claras facultades para resolver esta clase de conflictos.

Señala que la facultad reguladora de la CRT es 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 los servicios públicos; claro está, sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias; estas atribuciones se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno. Es con base en esta facultad que la CRT puede entrar a regular la tarifa a pagar por concepto de cargos de acceso. Esta facultad en cabeza de la CRT, como de otras comisiones de regulación, deviene de la delegación de funciones de carácter regulatorio que posee el presidente de la república como suprema autoridad administrativa. La función de solución de conflictos, señala el apoderado de la convocada, deviene de expresas facultades legales otorgadas a las comisiones de regulación, y de forma particular a la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones por disposición constitucional, artículo 370 de la carta; por disposición legal, artículo 73 de Ley 142 de 1994; y por disposición reglamentaria, artículo 47 del decreto especial 1130 de 1999.

En cuanto al capítulo denominado por el actor como “**Contrato De Interconexión**”, el apoderado de la convocada señala que la interconexión posee la dualidad de ser un derecho y un deber en cabeza de las entidades prestadoras de servicios públicos, los bienes de estas entidades deben cumplir con una función social inherente a su objeto social. Es así como el artículo 11.6 de la Ley 142 de 1994 establece como obligación de las entidades prestadoras de servicios públicos la de

“facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos, a los bienes empleados para la organización y prestación de los servicios”, de manera que dicha obligación (a su vez un derecho) es el sustento jurídico para la celebración de los contratos de acceso, uso e interconexión acordados entre los operadores telefónicos consagrados en el artículo 39.4 de la mencionada ley.

Indica que se debe aclarar que los contratos de interconexión se rigen por las normas de orden superior dictadas por el Estado, y sólo se aplican los acuerdos surgidos de la autonomía negocial encuadrados dentro del derecho privado en lo no previsto puntualmente por la ley, vale decir, que estos contratos se encuentran limitados dentro de un marco legal específico propio del sector de las telecomunicaciones; tal es el caso de la Resolución 087 de 1997 expedida por la CRT, que regula todo lo atinente a la interconexión entre operadores; por lo tanto, no es cierto que el contrato de acceso, uso e interconexión, haya sido suscrito en desarrollo de lo previsto exclusivamente en el artículo 39.4 de la Ley 142 de 1994.

Para la pasiva, el contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre las partes no *“se prorrogó automáticamente en iguales condiciones”* que el contrato original. La sociedad **Orbitel S.A. E.S.P.**, solicitó desde el 9 de enero de 2002 que se diera aplicación al cobro de cargos de acceso por capacidad, tal y como así lo dispuso la resolución 463 de 2001 de la CRT, solicitud que ha sido reiterada en múltiples ocasiones, tanto en la celebración de los comités mixtos de interconexión, como ante la autoridad administrativa que finalmente solucionó este conflicto, la CRT. Señala que por disposición contenida en el Título IV relativo al Régimen Unificado de Interconexión de la resolución 575 de 2002, la CRT tiene la facultad de modificar los contratos de acceso, uso e interconexión suscritos entre los operadores, cuando dichas modificaciones sean precisas para garantizar el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de los servicios.

Resalta el apoderado de la convocada que si bien inicialmente en el contrato se fijó el pago del cargo de acceso por minuto o fracción, la verdad es que **Orbitel S.A. E.S.P.**, en virtud de su derecho de elección, desde el 9 de enero de 2002, se acogió a la opción de pago de cargos de acceso por capacidad, derecho consagrado en la resolución 463 de 2001 de la CRT, derecho que, señala el apoderado del demandado, ha sido violado por la sociedad **Unitel S.A. E.S.P.** con base en argumentos carentes de sustentos jurídicos y fácticos.

En la respuesta a la demanda se señala que es inconcebible que las modificaciones que afectan el cuerpo del contrato, que tengan origen en las leyes, en los decretos o en las resoluciones de carácter general, deban encontrarse condicionadas en cuanto a su adopción a la concurrencia de voluntades entre los representantes legales de las partes. Tal interpretación es absurda e implica algo tan descabellado como suponer que para que las normas expedidas por la administración sean aplicables se requiere que los particulares las acepten. Sugiere el apoderado de **Orbitel S.A. E.S.P.** que se haga una lectura completa de la cláusula décima del contrato.

Para **Orbitel S.A. E.S.P.** las modificaciones originadas en disposiciones de autoridades regulatorias (como es la CRT) de obligatorio cumplimiento “*entrarán a regir de inmediato*”; entonces las partes han de formalizar tal modificación mediante un acta de modificación bilateral y no mediante un otrosí. Indica que la aludida falta de suscripción de un acta bilateral por parte de los representantes legales de las partes es tan sólo una formalidad que en nada afecta la incorporación de la normatividad propia del sector proveniente de los entes idóneos y legalmente habilitados para hacerlo.

En cuanto a los medios de solución de controversias contractuales convenidos en el contrato de interconexión, rotula el apoderado de la

pasiva que se da en los eventos en que se involucren la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del contrato de acceso, uso e interconexión, más no en los eventos de modificación de algún término o condición contractual como lo afirma el apoderado de la sociedad convocante. Para **Orbitel S.A. E.S.P.** no hay un conflicto en el asunto que nos ocupa, sino la renuencia de **Unitel S.A. E.S.P.** a cumplir con un mandato de la autoridad regulatoria del sector de las telecomunicaciones.

Para la convocada no es cierto, que la intervención de la **CRT** se hubiera producido por que se hubiese acudido a su mediación. La verdad, en este caso la **CRT** no actuó como mediadora, pues **Orbitel S.A. E.S.P.** nunca solicitó tal mediación. La **CRT** intervino en este conflicto no como mediadora, sino para dar solución a un conflicto entre operadores, situaciones que son bien diferentes desde el plano de vista jurídico y que el apoderado de **Unitel S.A. E.S.P.** ahora y en forma hábil trata de confundir y mezclar. Por consiguiente, en uso de sus facultades constitucionales y legales, la **CRT** es la autoridad administrativa idónea para dar solución final a los conflictos presentados entre los operadores de servicios de telecomunicaciones; dicha decisión no es de corte jurisdiccional, pero puede ser sometida al control de legalidad ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Para el apoderado de **Orbitel S.A. E.S.P.** no es cierto que el Tribunal de Arbitramento es en definitiva el único órgano competente para resolver de plano las controversias suscitadas entre las partes como la que nos ocupa, porque si así fuera se estaría incumpliendo el mandato del juez constitucional como suprema autoridad en la materia.

En cuanto al capítulo denominado por el convocante como “*Surgimiento Del Conflicto Contractual Entre Orbitel y Unitel*” señala el apoderado de la pasiva que la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones en uso de sus facultades regulatorias expidió la resolución 463 de 2001

que modificó la resolución 087 de 1997, por cuanto la primera incorporó una nueva modalidad de cobro en los cargos de acceso adicionando al ya establecido cobro por minutos o fracción de minutos cursados. En la modalidad de cobro por capacidad el valor se encuentra regulado y es la forma de garantizar uno de los principios rectores del sector de las telecomunicaciones, el principio que ordena a las tarifas reflejar los costos de la operación más una utilidad razonable. Señala que la etapa *precontractual* alegada por el actor no existe, no se encuentra en ninguna norma, es una invención, una errada interpretación subjetiva de la norma. Para **Orbitel S.A. E.S.P.**, las partes acordaron en la cláusula vigésima sexta del contrato, que la regulación expedida por la CRT se entiende incorporada al contrato desde su publicación, por lo tanto, no es cierta la argumentación que realiza el apoderado al afirmar que la mencionada obligación “*no puede entenderse incorporada en los contratos de interconexión ya firmados y en ejecución*”.

Para el apoderado de la convocada, **Orbitel S.A. E.S.P.** hizo uso de su derecho de escogencia y de conformidad con el principio de tarifas reflejadas en costos más una utilidad razonable, optó por acogerse a la modalidad de cargos de acceso por capacidad. **Unitel S.A. E.S.P.** tenía la obligación legal de ofrecer a **Orbitel S.A. E.S.P.** la opción de acogerse al pago de cargos de acceso por minuto o capacidad; al haber **Orbitel S.A. E.S.P.** optado por acogerse a la modalidad de capacidad, a **Unitel S.A. E.S.P.** se le creó la obligación de aceptar tal decisión y cobrar desde ese momento los cargos de acceso de acuerdo a la capacidad, ante lo cual **Unitel S.A. E.S.P.** ha incumplido dicha obligación en flagrante contradicción a la normatividad establecida.

Para **Orbitel S.A. E.S.P.** no existe conflicto con **Unitel S.A. E.S.P.** frente al contrato que nos concita, tampoco existe una disparidad de criterios, lo que en realidad sucede es la renuencia, de parte de la sociedad **Unitel S.A. E.S.P.**, a cumplir con las disposiciones legales. Señala que **Unitel S.A. E.S.P.** se ha negado a cumplir con sus

obligaciones legales. Al hacer referencia a la naturaleza del contrato de acceso, uso e interconexión, señala que este ha sido catalogado como de tracto sucesivo. Respecto a los contratos de tracto sucesivo, a estos les corresponde la aplicación analógica de las normas que regulan el contrato de suministro, justamente por ello denominado suministro de interconexión, dentro de las cuales cabe destacar la previsión del artículo 978 del C. de Co., que ordena:

“Cuando la prestación que es objeto del suministro esté regulada por el Gobierno, el precio y las condiciones del contrato se sujetarán a los respectivos reglamentos”.

En el presente caso se han dictado normas aplicables a los contratos de interconexión, que generan relaciones de ejecución prolongada en el tiempo y se clasifican como contratos de tracto sucesivo, múltiple, o de ejecución diferida, esto por oposición a aquellos actos jurídicos denominados de ejecución inmediata, instantánea o de una sola prestación. El principio de aplicación general inmediata de las leyes a los contratos de tracto sucesivo nos conduce en el caso de los contratos de interconexión a concluir que aunque los mismos hayan sido celebrados bajo la vigencia de una regulación anterior a la Resolución N° 463 de 2.001, sus efectos sucesivos en el tiempo no se encuentran consolidados, razón por la cual resulta claro que la nueva resolución se debe aplicar de manera inmediata a dichos efectos sucesivos, sin que por ello se pueda pensar que la norma se está aplicando de manera retroactiva, con mayor razón, cuando el aspecto del contrato que se modifica, los cargos de acceso, no es uno de aquellos en los que los particulares tengan plena autonomía, sino que, por el contrario, deben someterse a lo que establezca el ente regulador. Por lo tanto, las disposiciones de las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2.002 se aplican a los efectos generados por los contratos de interconexión a partir de la fecha de su vigencia.

En cuanto al capítulo denominado por **Unitel S.A. E.S.P.** como *“Incumplimiento Contractual Por Parte De Orbitel”* señala el procurador de la convocada que existe un conflicto respecto a la renuencia de parte de **Unitel S.A. E.S.P.** de cumplir con sus obligaciones, y en particular con la de cobrar los cargos de acceso por medio de la modalidad de capacidad; que la convocante se presentó ante el CMI para tratar de llegar a un arreglo directo, el cual no pudo obtenerse.

Que si bien es cierto, contractualmente las partes acordaron el desarrollo de unas etapas de arreglo directo y estas consistían en primera medida, tratar de solucionar los conflictos ante el Comité Mixto de Interconexión y en segunda medida el arreglo directo entre los representantes legales de las partes siendo estas etapas eminentemente contractuales, que en nada afectan la opción de cualquiera de las partes de acudir ante la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones para que esta en uso de sus facultades solucione de una vez el conflicto presentado. El conflicto entre operadores presentado, se trata de un conflicto eminentemente administrativo, cuya competencia radica en la CRT, de conformidad con la ley y el reglamento, al cual no era aplicable la cláusula mencionada, que regula el procedimiento de solución de conflictos contractuales.

Para el procurador de la pasiva, **Orbitel S.A. E.S.P.** no incumplió el contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre las partes; la mandante, en uso de sus derechos legales, decidió someter la resolución del conflicto directamente a instancias de la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, la cual cuenta con amplias facultades para tal encargo, como así quedó establecido en jurisprudencia de la Corte Constitucional ya mencionada, en donde se analizó la constitucionalidad de la facultad de la CRT de solución de conflictos. (Sentencias C-560 de 2004 y C-1120 de 2005). Reitera que **Orbitel S.A. E.S.P.** jamás acudió a la mediación de la CRT.

Para el apoderado de la convocada, la facultad de la CRT de servir de mediadora entre las partes, sólo estaba consagrada en el contrato, por lo que, si se hubiera proseguido con el procedimiento predeterminado en la cláusula vigésima tercera, la CRT únicamente hubiese mediado entre las partes; pero como la realidad fue distinta, **Orbitel S.A. E.S.P.** acudió ante la CRT no en observancia del procedimiento contractual, sino en observancia directa de la regulación propia del sector, en donde la CRT dispone de amplias facultades para la resolución de los conflictos presentados entre operadores, dando así, solución definitiva a dicho conflicto. Resalta que la intervención de la CRT se derivó de un conflicto de naturaleza exclusivamente contractual.

La Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones es la autoridad idónea para conocer y solucionar el conflicto presentado entre las partes, y en uso de sus facultades constitucionales y legales, inició y llevó a término el trámite administrativo de solución de los conflictos presentados entre **Orbitel S.A. E.S.P.** y **Unitel S.A. E.S.P.**. Se advierte que la CRT no actuó en esta materia como mediadora entre las partes, sino como entidad encargada de solucionar conflictos eminentemente administrativos. Para **Orbitel S.A. E.S.P.** no es cierto que a la sociedad **Unitel S.A. E.S.P.** se le haya vulnerado su derecho al debido proceso, tal y como lo argumenta su apoderado. El proceso cursado ante la CRT respetó todos los derechos de cada una de las partes, respetó el debido proceso y el principio de legalidad; por tanto, la vulneración del mencionado derecho nunca existió.

Para el convocado es cierto que la CRT, por medio de la resolución N° 778 de 2003, confirmó en todas sus partes la resolución N° 662 de 2003 que había sido recurrida, argumentando correctamente que el conflicto presentado entre los operadores no era de naturaleza contractual, sino de eminente naturaleza administrativa, ligada a la regulación de los cargos de acceso por medio de la cual la libertad contractual de los particulares se hallaba legalmente limitada. Reconoce que **Unitel S.A. E.S.P.**, en uso

del control de legalidad sobre los actos de las autoridades administrativas, demandó las resoluciones de la CRT números 662 de 2003, por medio de la cual se solucionó el conflicto entre las partes de forma definitiva, y 778 de 2003, por medio de la cual se confirmó lo decidido en la anterior resolución.

Para el convocado no es cierto que **Orbitel S.A. E.S.P.** ha incumplido el contrato de acceso, uso e interconexión; quien lo ha incumplido es la sociedad **Unitel S.A. E.S.P.** al hacer caso omiso a las resoluciones de la CRT que modificaron el contrato en cuanto a la forma de cancelar los cargos de acceso; tampoco es cierto que el conflicto presentado sea de carácter contractual. Indica el procurador de **Orbitel S.A. E.S.P.** que, soportada en la cláusula vigésima tercera del contrato de acceso, uso e interconexión, una cualquiera de las partes podía solicitar ante el Comité Mixto de Interconexión su intervención para que este procediera, en el término de treinta días a partir de la solicitud, a tratar de solucionar de forma directa el conflicto presentado. Dicho término de treinta (30) días calendario puede comenzar a contarse desde que **Unitel S.A. E.S.P.** presentó ante **Orbitel S.A. E.S.P.** tal solicitud, es decir, desde el veintiuno (21) de febrero de 2006.

Indica que el término que contractualmente se acordó entre las partes se extralimitó, pues si comenzamos a contar la fecha de la solicitud por parte de **Unitel S.A. E.S.P.**, esto es desde el veintiuno (21) de febrero de 2006, el término máximo de treinta (30) días con que contaba el Comité Mixto de Interconexión finalizaba el veintiuno (21) de marzo de 2006. La etapa de arreglo directo entre las partes consistía en la búsqueda de una solución al conflicto entre los representantes legales de las partes, para tal objeto, esta segunda etapa contaba con un término de treinta (30) días contados a partir del vencimiento del término de la primera etapa, es decir, si el término para llegar a un acuerdo en la etapa del Comité Mixto de Interconexión vencía el veintiuno (21) de marzo de 2006, en el mejor de los casos, a partir del veintidós (22) de marzo de 2006 se debía

comenzar a contar el término de vigencia de la segunda etapa de arreglo directo. En este orden de ideas, la segunda etapa de arreglo directo entre los representantes legales de las partes venció el veintidós (22) de abril de 2006. Respecto a este hecho aclara el apoderado del demandado que la segunda etapa o instancia de arreglo directo finalizó, de conformidad con los términos acordados en la cláusula vigésima tercera del contrato, el día veintidós (22) de abril de 2006, por lo tanto los términos acordados por las partes fueron excedidos.

Ahora bien, de acuerdo con lo acordado entre las partes en la cláusula compromisoria, estas tenían un término perentorio de diez (10) días hábiles para solicitar la constitución del Tribunal de Arbitramento, término contado desde el vencimiento del plazo fijado para las instancias o etapas de arreglo directo, es decir, este término se debía comenzar a contar desde el veintidós (22) de abril de 2006. Para la pasiva, los términos acordados por las partes ya habían sido desatendidos, encontrándose la sociedad **Unitel S.A. E.S.P.** fuera de términos para acudir a la intervención del Tribunal de Arbitramento.

16. A las pretensiones.

A las pretensiones de la demanda Arbitral, el convocado se pronunció en síntesis de la siguiente manera:

- **A la Primera Pretensión.** Se opuso ya que para la convocada, el contrato de acceso, uso e interconexión, se rige por el derecho público, puesto que la prestación de los servicios públicos domiciliarios es una actividad de nivel esencial que ha sido regulada arduamente por el Estado, el cual debe ejercer sobre estos las funciones de regulación, control y vigilancia.
- **Segunda Pretensión.** Igualmente se opone, ya para **Orbitel S.A. E.S.P.**, pretender que se declare que los cargos de acceso estipulados en el contrato de acceso, uso e interconexión, no han sido modificados

por una norma de orden público es una solicitud –no solo temeraria y malintencionada- sino también contraria a la ley.

- **Tercera Pretensión.** Se opone por que conforme al convocado, este pedimento carece de fundamento y lógica legal, no siendo lógico que mediante un laudo arbitral se pretenda contradecir y vulnerar las normas de orden público superiores.
- Igualmente se opone a la **Cuarta Pretensión** ya que por tener sustento en las pretensiones antedichas, es apenas obvio concluir que si los anteriores pedimentos no tienen fundamento jurídico, a esta cuarta pretensión tampoco le es dable prosperar.
- Para la convocada la **Quinta Pretensión** no debe prosperar ya que **Unitel S.A. E.S.P.** decidió continuar cobrando el pago de los cargos de acceso de acuerdo a la modalidad de minutos cursados y de esta forma ha retenido arbitrariamente importantes sumas de dinero que pertenecen a la demandada.
- Se opone igualmente a la **Sexta Pretensión** porque, según la convocada. **Orbitel S.A. E.S.P.**, no incumplió el contrato celebrado con la sociedad **Unitel S.A. E.S.P.** La demandada cumplió en forma rigurosa el objeto del contrato y obviamente las obligaciones que, con ocasión del mismo, resultaron de su cargo, por lo tanto, **Orbitel S.A. E.S.P.** no incumplió las referidas cláusulas décima (10^a) y vigésima tercera (23^a) del contrato.
- Por último se opone a la **Séptima Pretensión** porque según su sentir **Orbitel S.A. E.S.P.** no ha incumplido sus obligaciones contractuales; la demandada ha cumplido de forma íntegra el contrato de acceso, uso e interconexión suscrito con la convocante, y, por tal razón, no está obligada a resarcir los perjuicios alegados por **Unitel S.A. E.S.P.**, en cuanto que éstos no se causaron, ni pudieron haber sido causados; es

así como, de contera, se opone al reconocimiento y condena al pago de unos perjuicios inexistentes y además, no probados.

17. Excepciones de Fondo a la Demanda Arbitral.

Para enervar las pretensiones antes indicadas la demandada propuso los siguientes medios exceptivos que en síntesis los soporta de la siguiente manera:

- a) **Innominada o Genérica**, que se deriva de lo señalado en el artículo 306 del C. de P.C. y que consiste en la obligación que tienen los árbitros de reconocer cualquier hecho que constituya una excepción, salvo la de prescripción, compensación y nulidad relativa.
- b) **Falta De Jurisdicción y Competencia.** Excepción que hace constar en el hecho de que supuestamente el Tribunal de Arbitramento no es competente para conocer de la demanda instaurada por **Unitel S.A. E.S.P.** en contra de **Orbitel S.A. E.S.P.**, por cuanto las partes en la cláusula compromisoria se facultaron mutuamente de manera temporal para solicitar que el conflicto fuese resuelto por un Tribunal de Arbitramento. Indica el memorialista que la facultad de las partes de poder acudir ante la Cámara de Comercio de Cali con el objeto de solicitar la instalación de un Tribunal de Arbitramento que resolviera los conflictos presentados, fue otorgada confiriéndose mutuamente el plazo máximo de diez (10) días hábiles. Dicho término cuenta con independencia de que se acuda o no a la instancia de mediación de la CRT y en consecuencia inicia a partir del vencimiento del plazo acordado en el contrato para el arreglo directo en que las partes buscaran una solución concertada al conflicto.
- c) **Cumplimiento perfecto por parte de Orbitel S.A. E.S.P. del objeto del contrato suscrito con Unitel S.A. E.S.P.** La hace

constar en el hecho de que la convocante aspira a que se le reconozca una indemnización de perjuicios a cargo de **Orbitel S.A. E.S.P.**, sin demostrar en ningún momento los daños alegados y el nexo causal entre los supuestos daños *–no probados–* y la pretendida responsabilidad de la demandada en ella.

- d) **Imposibilidad para que prosperen las pretendidas indemnizaciones por ausencia de pruebas e inexistencia de responsabilidad civil contractual en cabeza de Orbitel S.A. E.S.P.** Señala que la carga de la prueba recae enteramente en la convocante, y determina que el convocante debe probar la ocurrencia del daño y la culpa, por lo que mal se puede hablar de perjuicios de tipo alguno.
- e) **Enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido.** Plantea el apoderado de la pasiva que, desde la contestación de los hechos de la demanda y en lo expuesto en las excepciones, se deja ver muy a las claras que **Unitel S.A. E.S.P.** pretende que se declare que **Orbitel S.A. E.S.P.** le debe pagar unas cifras a las que no tiene ningún derecho, pues el contrato no fue incumplido por **Orbitel S.A. E.S.P.** Señala el memorialista que la prosperidad de las pretensiones de **Unitel S.A. E.S.P.** conllevaría para esta empresa un enriquecimiento sin causa, pues no existe lugar para que la convocada pague un solo peso adicional a **Unitel S.A. E.S.P.** Por demás, como hemos dejado visto, tampoco proceden los pretendidos perjuicios, que no fueron probados además por la actora.

18. Trámite del Proceso.

18.1 Las Audiencias del Tribunal.

El proceso se desarrolló en diez (10) audiencias, incluida la sesión del día de hoy, en las cuales se practicaron las pruebas solicitadas por las partes.

El Tribunal recepcionó seis (6) testimonios y el interrogatorio de parte a los representantes legales del convocante, Dr. **Gerardo Porras Gutiérrez**, y del convocado, Dr. **Jaime Andrés Plaza Fernández**.

El Tribunal de Arbitramento cumplió con el debido proceso en relación con los testimonios y los interrogatorios de parte recepcionados.

Las demás sesiones correspondieron al impulso normal del proceso.

18.2 Alegatos de Conclusión.

En el proceso arbitral, una vez concluye la instrucción del proceso, por disposición del artículo 33 del Decreto 2279 de 1989, recopilado en el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, el Tribunal oye a las partes en alegaciones. En la audiencia de diciembre 4 de 2006 los apoderados de las partes presentaron oralmente los alegatos de fondo y entregaron al Tribunal un resumen escrito de sus argumentos, los cuales fueron glosados al expediente como consta en el Acta N° 9.

II. Consideraciones del Tribunal

1. Presupuestos Procesales.

Tanto la doctrina como la Jurisprudencia han considerado los "*presupuestos procesales*" como aquellos requisitos necesarios para la integración de la relación jurídico procesal; el profesor **Giuseppe Chiovenda** definió los presupuestos procesales como "*Las condiciones para que se consiga un pronunciamiento cualquiera favorable o desfavorable sobre la demanda*" (Giuseppe Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen I, pag. 77, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1.954).

Para que los árbitros puedan resolver de fondo sobre las pretensiones consignadas en el escrito de la demanda arbitral y en el de contestación respecto de las excepciones si las hubiere, deben cumplirse con los

denominados “*presupuestos materiales*” que hacen referencia a lo que es materia del proceso, es decir la relación jurídica-material o sustancial; tales presupuestos son:

- a) La legitimación en la causa;
- b) El interés para obrar;
- c) La adecuada acumulación de pretensiones;
- d) La petición clara, que haga posible la decisión de fondo del Juez;
- e) La ausencia de cosa juzgada, transacción, caducidad o desistimiento,
y
- f) La no existencia de pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

Tal como fue analizado por el Tribunal en la oportunidad procesal para declarar su competencia, Auto N° 13 de octubre 3 de 2006, acta N° 5, se encuentran probados los presupuestos procesales de la capacidad para hacer parte, de la capacidad procesal para comparecer al presente proceso arbitral a través de apoderados debidamente acreditados de conformidad con lo establecido en los Artículos 63 a 66 del Código de Procedimiento Civil. La legitimidad en la causa, tanto activa como por pasiva, no está afectada, pues surge de la relación contractual que establecieron **Orbitel S.A. E.S.P** y Unitel **S.A. E.S.P.** al suscribir el contrato de Interconexión, firmado el 31 de marzo de 2000, al que se hace referencia en esta providencia **y el cual se encuentra en ejecución.**

Como se consignó en al auto N° 7 del 4 de agosto de 2.000 (acta N° 2) la demanda cumplió con todos los presupuestos o exigencias del artículo 75 del C. de P. C., que debe contener la demanda con que se promueve el proceso arbitral, como lo son, el numeral 6 del acápite Pretensiones, las cuales el Tribunal consideró **precisas y claras**, como lo exige el numeral 5° del citado artículo, al igual que se dio una adecuada acumulación de pretensiones conforme las voces del artículo 82 del C.P.C., sin que exista prueba alguna que determine que frente al debate contractual que se

acometa, haya existido fallo anterior que configure el fenómeno de la “*Cosa Juzgada*”; que entre las partes haya existido “*transacción*” sobre el asunto que se debate ni se encuentran elementos que configuren el fenómeno de la caducidad o desistimiento. Para este Tribunal, no existe pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

En cuanto a la competencia de este Tribunal, los delineamientos de dicha facultad, se dejaron sentados en el auto N° 13 del 3 de octubre de 2.000 (acta N° 5), ratificado en el auto 14 del mismo 3 de octubre de 2.000 (acta N° 5), en el cual se resolvió la reposición al auto por el cual este Tribunal avocaba conocimiento sobre la litis planteada.

Es así como este Tribunal, una vez estudiados los presupuestos procesales, considera que estos se han dado *ab initio*, siendo estos la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la competencia del juez, demanda en forma y trámite adecuado, presupuestos que fueron tenidos en cuenta por el Tribunal para asumir competencia en la primera audiencia de trámite.

Así las cosas y al haberse verificado tanto la presencia de los presupuestos procesales como de los presupuestos materiales, el Tribunal encuentra que no hay lugar a laudo inhibitorio. Por consiguiente es procedente el estudio de las pretensiones para proferir sentencia de fondo. El presente asunto se sometió al trámite del proceso arbitral que señala el Decreto 1818 de 1998, cumpliendo así con la garantía constitucional del debido proceso.

2. Análisis probatorio.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 174 del Código de Procedimiento Civil, “*toda decisión debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*”, normatividad que consagra la denominada necesidad de la prueba, propia no sólo de los procesos civiles, sino de los procesos arbitrales como el que nos ocupa.

En este campo, por regla general, cada parte tiene la carga de probar sus afirmaciones, con las excepciones establecidas en la ley. Así se aplica desde el Derecho Romano, conforme a los aforismos “*onus probandi incumbit actori*”, o sea que al convocante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción, y “*reus in excipiendo fit actor*”, es decir que al convocado cuando excepciona o se defiende se convierte en demandante para el efecto de tener que probar los hechos en que funda su defensa.

En el ordenamiento colombiano esta regla está consagrada en el campo del Derecho Privado en los artículos 1.757 del Código Civil, en virtud del cual “*incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta*”, y 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

En relación con la función de la prueba, Francisco Carnelutti, uno de los grandes inspiradores del Derecho Procesal Civil, en su obra “*Sistema de Derecho Procesal Civil*”¹⁵, expresó:

“Probar indica una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio. Lo que se prueba es una afirmación; cuando se habla de probar un hecho, ocurre así por el acostumbrado cambio entre la afirmación y el hecho afirmado. Como los medios para la verificación son las razones, esta actividad se resuelve en la aportación de razones.

“Prueba, como sustantivo de probar, es, pues, el procedimiento dirigido a tal verificación. Pero las razones no pueden estar montadas en el aire; en efecto, el raciocinio no actúa sino partiendo de un dato sensible, que constituye el fundamento de la razón. En lenguaje figurado, también estos fundamentos se llaman pruebas; en este segundo significado, prueba no es un procedimiento, sino un quid sensible en cuanto sirve para fundamentar una razón”.

¹⁵ Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Editorial Uteha Argentina, 1944, Tomo II, Ps. 398-399

De acuerdo con la doctrina jurídica procesal, en materia de apreciación de las pruebas, es decir, de la actividad intelectual del juzgador para determinar su valor de convicción sobre la certeza, o ausencia de ésta, de las afirmaciones de las partes en el proceso, existen tres (3) sistemas, que son: i) El sistema *de íntima convicción o de conciencia o de libre convicción*¹⁶; ii) El sistema de la *tarifa legal o prueba tasada*¹⁷ y; iii) El sistema de la *sana crítica o persuasión racional*¹⁸.

El último de los sistemas mencionados (*sana crítica o persuasión racional*) es el consagrado en los códigos modernos de procedimiento, en las varias ramas del Derecho, entre ellos el Código de Procedimiento Civil colombiano vigente, en su artículo 187¹⁹ donde se nos determina que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, debiendo el juez exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada una de ellas. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez o, en su defecto, del árbitro. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el juzgador pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

¹⁶ En el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho en los procesos penales en algunos ordenamientos jurídicos

¹⁷ En el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él. Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador.

¹⁸ En el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Este sistema requiere igualmente una motivación, consistente en la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas.

¹⁹“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

Bajo la anterior premisa, procede entonces este Tribunal a valorar las pruebas aportadas por el convocante y rituadas en este proceso arbitral y que se circunscribió principalmente en la prueba documental (36 documentos) arrimados con el escrito introductorio, medio de convencimiento (documento) definido por el tratadista **Hernando Devis Echandía**, en su obra *Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales*²⁰ como:

"(...) toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera; puede ser declarativo representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados y de los discos y cintas de grabaciones magnetofónicas; puede ser únicamente representativo (no declarativo), cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre en los planos, cuadros, radiografías, dibujos y fotografías. Pero siempre es representativo y esto lo distingue de las cosas u objetos que sin ser documentos pueden servir de prueba indiciaria, como una huella, un arma, una herida, etc."

2.1. Las pruebas de la accionante.

En cuanto a las pruebas documentales acompañadas con la demanda primigenia, el apoderado de la convocada manifestó que conforme lo dispuesto en los artículos 254 y 268 del Código de Procedimiento Civil, tales medios probatorios no cumplen las formalidades de ley habida cuenta que fueron aportadas en **copia simple** y que, según su parecer, carece de absoluto valor probatorio, toda vez que no cumple el mínimo de los requisitos establecidos en las norma procesales antes citadas para demostrar los fundamentos fácticos que se sustentan la presente demanda.

Bajo ese orden de ideas, encontramos que la convocante, aportó a la plenaria, copia simple del contrato de Acceso, Uso e Interconexión firmado por **Unitel S.A. E.S.P.** el 31 de marzo de 2000, con una vigencia de cinco (5) años contados a partir del 30 de abril de 1999 hasta el 30 de

²⁰ Tomo II, Ed. ABC, Bogotá, 1988, página 408

abril de 2004, pacto contractual que se soportó en lo previsto en el artículo 39.4 de la Ley 142 de 1994, documento que, a despecho de la advertencia que hiciera el convocado referente a la inobservancia de los artículos 254 y 268 del C.P.C., fue admitido por la pasiva, cuando su apoderado dio respuesta a los hechos de la demanda y la rúbrica en ella plasmada por parte del representante legal de **Orbitel S.A. E.S.P.** A título de ejemplo señalaremos que, al dar respuesta al hecho 2.2. de la demanda introductoria, que hacía referencia a que:

“El Contrato de Interconexión se prorrogó automáticamente hasta el 30 de abril de 2009, toda vez que ninguna de las partes manifestó su interés en darlo por terminado de conformidad con lo previsto en la cláusula novena del mismo”.

El apoderado de la convocada al respecto señala:

“El contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre las partes no “se prorrogó automáticamente en iguales condiciones” que el contrato original. Nuestra mandante, la sociedad ORBITEL, solicitó desde el 09 de enero de 2002 que se diera aplicación al cobro de cargos de acceso por capacidad, tal y como así lo dispuso la resolución 463 de 2001 de la CRT, solicitud que ha sido reiterada en múltiples ocasiones, tanto en la celebración de los comités mixtos de interconexión, como ante la autoridad administrativa que finalmente solucionó este conflicto, la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones”.

En el alegato de conclusión, la pasiva de este asunto, al hacer referencia al documento continente del Contrato de Interconexión celebrado entre las partes señala:

“(…) advertimos como la sociedad ORBITEL celebró un denominado acuerdo de acceso, uso e interconexión con la sociedad Unitel el día 31 de marzo de 2000, con el objeto de determinar entre las partes los derechos y obligaciones correspondientes a cada una de ellas, además de las condiciones de carácter legal, comercial, técnico, operativo y económico que permitieran proporcionar la capacidad completa de comunicación telefónica entre los usuarios dentro del país y en conexión con el exterior”.

Y mas adelante, en su alegato de conclusión, el apoderado de la convocada señala:

“En dicho acuerdo las partes declararon expresamente²¹ que la interconexión directa entre las redes se regiría específicamente por las disposiciones establecidas en la ley 142 de 1994, por las normas emanadas de la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones o demás autoridades competentes y de forma supletiva por las normas del derecho privado en lo no regulado específicamente.”

Complementando lo anterior, tenemos que, al atender el interrogatorio de parte que la parte convocante le hiciera de manera oral en noviembre 9 de 2006²² (Acta N° 8), el **Dr. Jaime Andrés Plaza Fernández** representante legal de **Orbitel S.A. E.S.P.**, ante la pregunta *¿Diga cómo es cierto sí o no que la sociedad Orbitel S.A. E.S.P. y la sociedad Unitel S.A. E.S.P., suscribieron un Contrato de Interconexión en el año de 1999?*, indicó:

“La respuesta a su pregunta es sí, Orbitel y Unitel suscribieron un contrato de interconexión”.

Por lo anterior, mal se podría afirmar que la copia del contrato de Acceso, Uso e Interconexión firmado por **Unitel S.A. E.S.P.** el 31 de marzo de 2000, con una vigencia de cinco (5) años contados a partir del 30 de abril de 1999 hasta el 30 de abril de 2004 y aportado por la convocante con la demanda no es suficiente para demostrar los fundamentos fácticos que sustentan la demanda arbitral que nos ocupa, más aún cuando el artículo 11 de la ley 446 de julio 7 de 1998²³ en concordancia con el artículo 26 de la ley 794 de 2003²⁴, que modificó el

²¹ CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA. RÉGIMEN LEGAL. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo del art. 39 de la Ley 142 de 1994, el presente contrato de acceso, uso e interconexión se regirá por las normas del derecho privado, en lo no regulado específicamente por las disposiciones establecidas en la citada ley, y por las demás normas emanadas de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones o demás autoridades competentes.

²² Casete N° 11

²³ Ley 446 del 7 de julio de 1998 .- artículo 11. Autenticidad de documentos. En todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros.

²⁴ Ley 794 de 2003 Artículo 26. El artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, quedará así: "Artículo 252. Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad.

El documento privado es auténtico en los siguientes casos:

1. Si ha sido reconocido ante el juez o notario, o si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido.
2. Si fue inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó.

artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, le da plena validez a esta clase de documentos, habida cuenta de que en ningún momento tal documento aportado como prueba en el escrito primigenio, fue tachado por **Orbitel S.A. E.S.P.**

En virtud de lo expuesto anteriormente y ajustándose a lo establecido en las normas citadas, es suficiente para que el Tribunal le dé plena validez probatoria al referido contrato y bajo esa premisa efectuará su análisis.

Igual ocurre con las copias simples aportadas por el actor, donde el Tribunal puntualiza que no obstante la observación que la parte convocada hace referente a su falta de idoneidad probatoria, en la gran mayoría de los casos, aporta una copia del mismo documento arrimado por el convocante a la plenaria. A título de ejemplo simplemente señalaremos que tratándose de la copia de la comunicación de fecha 11 de enero de 2002 en virtud de la cual **Orbitel S.A. E.S.P.** comunicó a **Unitel S.A. E.S.P.** acerca de su decisión de acogerse a la modalidad de cargos de acceso por capacidad, la demandada aporta igualmente copia de esta comunicación N° 31346 anexada en el folio 101 con el escrito de contestación de la demanda.

Este hecho es igualmente ratificado por el **Dr. Gerardo Porras Gutiérrez**, representante legal de **Unitel S.A. E.S.P.**, cuando en la audiencia de noviembre 9 de 2006 (Acta N° 8)²⁵, al darle respuesta a la tercera pregunta hecha por el apoderado de la parte convocada consistente en: “(...)diga cómo es cierto si o no doctor Gerardo, que la sociedad Orbitel haciendo uso de su derecho de opción, escogió la modalidad de cargos de acceso por capacidad para el pago de los cargos de acceso derivados de la interconexión con la empresa que usted representa?”, indicó:

3. Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289.

²⁵ Casete N° 11

“Es cierto que Orbitel ha manifestado el interés de que los cargos de acceso sean liquidados por capacidad”.

Lo mismo ocurre con la comunicación de fecha 11 de marzo de 2002, en virtud de la cual **Unitel S.A. E.S.P.** dio respuesta a la anterior comunicación; Copia de esta comunicación fue aportada por la parte convocada, anexada en el folio 102 con el escrito de contestación de la demanda.

Por las mismas razones de derecho antes señaladas, este Tribunal le da plena validez probatoria a los demás documentos aportados por el convocante, tales como las actas del Comité Mixto de Interconexión celebradas entre **Orbitel S.A. E.S.P.** y **Unitel S.A. E.S.P.**, tanto aportadas por el actor como por el convocado, como por ejemplo la N° 0035 del 12 de junio de 2002²⁶, la N° 0036 del 26 de julio de 2002, la celebrada el 14 de noviembre de 2002 y de la reunión N° 2 del 31 de mayo de 2002, lo mismo que la solicitud de solución del conflicto contractual relativo a la modalidad de remuneración de cargos de acceso, radicada ante la CRT por **Orbitel S.A. E.S.P.** el 12 de septiembre de 2002, los requerimientos a la CRT y sus respuestas.

Adicionalmente, prueba testimonial como la rendida por la **Dra. Andrea Beatriz Eugenia Muñoz Gómez**, directora de apoyo regulatorio y competencia de **Orbitel S.A. E.S.P.**²⁷ en su declaración del noviembre 2 de 2006 (Acta N° 6),²⁸ ratifica que, las partes se reunieron en los denominados Comités Mixtos de Interconexión, para resolver el conflicto surgido en virtud de la expedición de la resolución N° 463 de 2001 y señala incluso que existieron determinaciones al respecto²⁹.

²⁶ En esta acta, se dejó constancia que: *“Según lo acordado en el último CMI celebrado el día 22 de marzo de 2002, a partir del mes de mayo se cancelan los cargos de acceso por capacidad siguiendo la metodología según lo estipulado en la Resolución 489 de la CRT”*

²⁷ *“Entonces aquí hago la salvedad, eso sucedió hace mucho tiempo, eso hubo un comité mixto de interconexión que se dió en mayo de 2002, ahí es importante hacer la precisiones porque después de que todas estas cosas ocurrieron, después volvieron a llamarnos a un comité mixto de interconexión, uno pues ahí se pregunta chistosos si este tema ya se había hablado, se había acordado y vuelven y citaron. No sé con qué razón, pero bueno. Eso fue lo que sucedió en su momento”.*

²⁸ Casete N° 5

²⁹ *“En su momento las partes se reunieron y hubo comité mixto de interconexión en la cual consta que se empezaron a liquidar todas las interconexiones por capacidad y que, obviamente, había unas cosas*

En cuanto al medio probatorio denominado facturas de cobro de apoderado por concepto de la defensa del cumplimiento del Contrato de Interconexión, si bien es cierto se valorarán como prueba, sus efectos frente al asunto del litigio serán señalados en el acápite correspondiente.

En cuanto a las copias de las resoluciones N° 463 de 2001, N° 469 y 489 de 2002, N° 830 del 25 de septiembre y N° 912 del 3 de diciembre, ambas de 2003, todas expedidas por la CRT, por ser copias de actos administrativos de carácter general, rige respecto de su valor probatorio lo establecido en la ley 962 de 2005, artículo 7°³⁰, y por encontrarse todas ellas incluidas en la página web de la CRT, gozan de presunción de autenticidad, y así se valorarán.

Las demás copias simples de documentos como el auto de fecha 27 de febrero de 2003, Radicación N° 11001-03-24-000-2003-0047-01 (8664), proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Magistrado Ponente **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo**; de la sentencia del 24 de julio de 2003, Radicación

específicas que la regulación decía que tenían que mirarse si había, si el dimensionamiento era adecuado o no era adecuado, que si por ejemplo se daba, se habían hecho unas inversiones para poder adecuar la interconexión pues con este nuevo sistema de capacidad, que se habían hecho algunas inversiones sobre ese tema se podían de pronto establecer penas, penalizaciones por si por ejemplo yo quitaba los E1 antes, Orbitel quitaba los E1 antes; esas partes y esas cosas no se acordaron. No estaban acordando sino que obviamente en su momento ellos dijeron esto, entonces nos toca por capacidad, pero miremos cómo vamos a hacer esas cosas. Se cruzaron cartas entre ellos, se reunieron, específicamente yo no estaba en esos momentos, les estoy diciendo lo que he conocido ya estando acá en Orbitel y la situación fue la siguiente, nosotros siempre hemos sido pues conocedores de que el cambio, de que hubiera un cambio en la regulación de cargo de acceso en las dos partes habíamos aceptado que iba tener injerencia en el contrato, pues podía tener algún tipo de implicación económica, entonces por eso no tuvimos ningún problema sentarnos con ellos para mirar pues cómo íbamos a hacer para incorporar estas normas. Pero nos encontramos con unas pretensiones bastante altas de Unitel que en últimas como consta en varias de las pruebas que están allegadas en el expediente, llevaban a que Orbitel le tuviera que pagar más con éste esquema de capacidad por el valor que estaba establecido antes de las resolución 463, porque ellos ponían unas normas de dimensionamiento que ellos mismos e inventaron, que no eran normas de dimensionamiento que fueran aprobadas por la UIT y cuando uno hacía el cálculo de lo que ellos querían prácticamente íbamos a terminar pagando más de lo que se pagaba en el esquema de minuto, del valor del minuto anterior”.

³⁰ “Publicidad electrónica de normas y actos generales emitidos por la administración pública. La Administración Pública deberá poner a disposición del público, a través de medios electrónicos, las leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o documentos de interés público relativos a cada uno de ellos, dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación, sin perjuicio de la obligación legal de publicarlos en el Diario Oficial.

Las reproducciones efectuadas se reputarán auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto o documento.

A partir de la vigencia de la presente ley y para efectos de adelantar cualquier trámite administrativo, no será obligatorio acreditar la existencia de normas de carácter general de orden nacional, ante ningún organismo de la Administración Pública.”

Nº 25000-23-25-000-2003-0821-01 (AC), proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Magistrada Ponente **María Noemí Hernández Pinzón**; de la sentencia del 31 de julio de 2003, Radicación Nº 50001-23-31-2003-0144-01 (AC), proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Magistrado Ponente **Reinaldo Chavarro Buriticá**; del laudo arbitral del 22 de diciembre de 2003 expedido por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Villavicencio en relación con la controversia entre **ETELL S.A. E.S.P.** y **Telecom**; de la sentencia T-088 del 5 de febrero de 2004 proferida por la Corte Constitucional y de la sentencia T-178 de 2004 del 3 de marzo de 2004 proferida por la Corte Constitucional, si bien es cierto que no pueden ser considerados como medios probatorios en este asunto, este Tribunal ha tomado nota de las consideraciones de tipo legal que en ellas se insertan.

De otro lado, el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de la convocada, Dr. **Jaime Andrés Plaza Fernández**, cumplió con los presupuestos de Ley, se acreditó la calidad en que actuaba el citado deponente, por lo cual, este Tribunal analizará las afirmaciones y posibles confesiones que se hayan consignado en la transcripción que se hiciera oportunamente, la cual estuvo a disposición de las partes sin que se presentara objeción alguna. Por haberse rituado cabalmente el interrogatorio de parte solicitado por la parte convocante, con la presencia y participación de los árbitros, tendrá plena validez este acto procesal.

La parte convocante no desplegó más medios probatorios, pero, como consta en autos, participó activamente en la recepción de los testimonios rendidos a instancia de la parte demandada, con plena garantía de su derecho de contradecir las pruebas de la contraparte.

2.2. Las pruebas de la accionada.

Igual suerte que la valoración de las pruebas del convocante corren las pruebas documentales aportadas por **Orbitel S.A. E.S.P.**, las cuales en ningún momento fueron tachadas por la parte demandante, lo que deriva a que, conforme a los ya citados artículo 11 de la ley 446 de julio 7 de 1998, en concordancia con el artículo 26 de la ley 794 de 2003, que modificó el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a la decisión que nos ocupa, deben ser tomados en consideración por el Tribunal como elementos probatorios.

Por lo tanto este Tribunal les dará plena validez a todos los documentos aportados por el convocado, tales como la copia de la comunicación de 11 de marzo de 2002 proveniente de **Unitel**, el acta de reunión N° 1 del Comité Mixto de Interconexión de 22 de marzo de 2002, la comunicación N° 033093 de **Orbitel S.A. E.S.P.**, de 2 de abril de 2002 dirigida a la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, informando acerca del estado de las solicitudes a los operadores respecto al pago de los cargos de acceso por capacidad, la comunicación N° 33192 de **Orbitel S.A. E.S.P.**, de 08 de abril de 2002 dirigida a la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, informando acerca de la renuencia de algunos de los operadores telefónicos a acogerse al cobro de los cargos de acceso por capacidad, entre ellos las empresas filiales de **Transtel** y demás documentos arrimados por la pasiva al expediente en la oportunidad procesal correspondiente.

A solicitud del apoderado de **Orbitel S.A. E.S.P.** se recibió el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de la convocante, Dr. **Gerardo Porras Gutiérrez**, el cual cumplió con los presupuestos de Ley, se acreditó la calidad en que actuaba el citado deponente, por lo cual este Tribunal analizará las afirmaciones y posibles confesiones que se hayan consignado en la transcripción que se hiciera oportunamente, la cual estuvo a disposición de las partes sin que se presentara objeción alguna.

Para este Tribunal los testimonios rendidos por los Doctores **Gabriel Adolfo Jurado, Carlos Herrera Barros, Hernán Lozano, Dennis López Camacho y Pedro Nel Rueda** y por la Doctora **Andrea Beatriz Eugenia Muñoz Gómez**, tienen plena validez, ya que para su recepción se cumplió con los formalismos de ley, y los deponentes efectuaron de manera espontánea su relato de los hechos objeto de la declaración. Todas las formalidades, de tan señalada importancia para la correcta valoración de la prueba de testigos, fueron cumplidos en los testimonios que se señalan, efectuándose de igual manera la transcripción de manera completa y oportuna, la cual estuvo a disposición de las partes sin que se presentara objeción alguna.

Tal como consta en el auto 17 consignado en el acta N° 6 del 2 de noviembre de 2006, el apoderado de la convocada renunció a los testimonios de las Doctoras **Lina María Correa y Adriana Chávez**, solicitud que fue admitida por el Tribunal. Igualmente, al resolver recurso de reposición interpuesto por la convocada, se reemplazó el testimonio del Dr. **Lorenzo Villegas Carrasquilla** con el testimonio del Dr. **Carlos Herrera Barros** (auto N° 18).

Por haberse rituado cabalmente las pruebas testimoniales y el interrogatorio de parte solicitados por la parte convocada, con la presencia y participación de los árbitros, tendrán plena validez estos actos procesales.

La parte convocada no desplegó más medios probatorios.

Planteamiento del problema jurídico.

Sin duda, y como lo plantea el apoderado de la parte actora en su alegato de conclusión, el asunto que nos ocupa se enmarca en una discusión eminentemente jurídica, radicada en determinar la naturaleza jurídica del contrato de Acceso, Uso e Interconexión firmado por **Unitel S.A. E.S.P.**

y **Orbitel S.A. E.P.S** el 31 de marzo de 2000, con una vigencia de cinco (5) años contados a partir del 30 de abril de 1999 hasta el 30 de abril de 2004; la injerencia que pudo haber tenido o no en dicho acuerdo contractual la Resolución 463 de 2001³¹ expedida por la CRT; el desarrollo contractual derivado de la aplicación o no de dicha resolución; y la conducta asumida por los contratantes.

Basado en lo anterior, entra el Tribunal a analizar el problema jurídico planteado en la demanda, para lo cual se considera:

III. Pronunciamientos sobre las pretensiones.

1. Primera.

1.1. El texto de la pretensión.

“Declarar que el Contrato de Interconexión se rige por el derecho privado según lo previsto en la ley 142 de 1994 y en la cláusula vigésima sexta (26^a) del Contrato de Interconexión.”

1.2. Consideraciones del Tribunal.

La cláusula vigésima sexta del Contrato de Interconexión que las partes firmaron el 31 de marzo de 2000 dice:

*“CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA. RÉGIMEN LEGAL. De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del art. 39 de la Ley 142 de 1.994, el presente contrato de acceso, uso e **interconexión se regirá por las normas del derecho privado**, en lo no regulado específicamente por las disposiciones establecidas en la citada ley, y por las demás normas emanadas de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones o demás autoridades competentes”* (subrayado fuera del texto).

El artículo 32 de la Ley 142 de 1994, relevante para la presente discusión, establece:

“Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas

³¹ La Resolución 463 de 2001 fue subrogada por la Resolución 489 de 2002 de la CRT.

que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado” (subrayado fuera del texto).

De la norma citada se desprende la siguiente regla: en principio, los actos de todas las empresas de servicios públicos se rigen exclusivamente por las reglas del derecho privado. Sin embargo, esta remisión no se aplica si la Constitución o la Ley 142 así lo disponen. En el caso *sub examine*, los efectos del artículo 32 se aplican en su integridad, pues no ha sido establecido lo contrario por disposición constitucional o de la misma ley de servicios públicos.

De hecho, el artículo 39 de la Ley 142 refuerza el régimen legal pactado en el contrato, y es a esta disposición a la que se remite la cláusula contractual transcrita. En general, la norma “*autoriza la celebración, entre otros*” de contratos especiales descritos en cinco numerales. El numeral 4° de este artículo se refiere a “*Contratos en virtud de los cuales dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o éstas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable.*” Esta es, en efecto, una descripción adecuada del Contrato de Interconexión que celebraron las partes del proceso arbitral en curso.

Adicionalmente, el párrafo del artículo 39, modificado por el artículo 4° de la Ley 689 de 2001, dice: “*Salvo los contratos de que tratan el párrafo del artículo 39 y el numeral 39.1 de la presente ley, todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado [...]*” (subrayado fuera del texto).

Esta disposición señala, efectivamente, que los contratos indicados en los numerales 2° a 5° del artículo 39 se regirán por el derecho privado. Eso significa que el contrato de interconexión, descrito por el numeral 4°, se rige por el derecho privado. La norma establece dos excepciones a la disposición sobre el régimen legal: aquellas contenidas en ese mismo

parágrafo, y el contrato definido por el numeral 1°. El parágrafo en cuestión impone ciertas particularidades a algunos tipos contractuales, pero esto no atañe al pacto que celebraron las partes en el caso bajo estudio. Esa excepción, por lo tanto, no es aplicable en este caso. La segunda excepción se remite al numeral 1°, sobre los contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente. Esta especie contractual es distinta a la interconexión, por lo cual la segunda salvedad prevista en la norma tampoco se aplica al contrato bajo estudio.

De esto se colige con toda claridad que el Contrato de Interconexión que celebraron **Unitel S.A. E.S.P.** y **Orbitel S.A. E.S.P.** es uno de aquellos contemplados por el artículo 39 de la Ley 142 de 1994 como un “*contrato especial*,” y sobre él la ley afirma con toda claridad que **se somete al derecho privado**.

Afirmar que los contratos de interconexión se rigen por el derecho privado no significa que se los equipara en todos los aspectos con los contratos que, en el giro ordinario de los negocios privados, celebran los particulares. En efecto, la regulación administrativa que orienta la celebración, ejecución, terminación, y propósito de estos contratos es de tal intensidad que, **no obstante ser contratos de derecho privado, la incidencia del derecho público es determinante**. En este contexto, el Tribunal destaca la categoría doctrinaria que invoca la parte convocada en sus alegatos de conclusión, cuando califica los contratos de interconexión como “*contratos intervenidos*” (p. 19). Sin embargo, es acertado el énfasis que ha hecho la parte convocante durante el arbitramento en el carácter iusprivatista del contrato, dado que, por expresa disposición legal (Ley 142 de 1994, artículo 39), y por acuerdo vinculante de las partes (cláusula vigésima sexta del contrato), **el contrato es esencialmente de derecho privado**.

Es oportuno precisar que la parte convocada se equivoca al indicar, en los alegatos de conclusión, que “*Unitel ha argumentado, y esta es una de sus pretensiones, que el acuerdo suscrito entre las partes debe regirse*

exclusivamente por el derecho privado y por la absoluta libertad de la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en las cláusulas del contrato [...]” (subrayado fuera del texto) (p. 19). El artículo 32 de la Ley 142 de 1994 ciertamente utiliza el adverbio que el apoderado de la convocada resalta, pero la primera pretensión nunca solicita que el Tribunal declare que el contrato se rige *exclusivamente* por el derecho privado. Como ya lo señaló el Tribunal, el interés público hace que el Estado deba intervenir en la vida de este tipo contractual. En este sentido, entonces, el Tribunal acogerá la primera pretensión de la demanda arbitral.

Por las razones anteriores, el Tribunal declarará que **prospera** la primera pretensión del petitorio de la demanda.

2. Segunda.

2.1. El texto de la pretensión.

“Declarar que el Contrato de Interconexión, en lo relacionado con los cargos de acceso a la interconexión, no ha sido modificado de común acuerdo por las partes, de acuerdo con el procedimiento establecido en la cláusula décima (10ª) del mismo.”

2.2. Consideraciones del Tribunal.

La segunda pretensión solicita declarar que el contrato no ha sido *“modificado de común acuerdo entre las partes.”* Acudiendo al significado de estos términos en el lenguaje natural, vemos que la accionante solicita que se declare que la voluntad compartida de las partes no transformó o cambió algo del contrato, mudando alguno de sus accidentes. Es esta la primera acepción de “modificar” en el Diccionario de la Real Academia Española.

El demandante precisa su pretensión remitiéndose a la cláusula décima del contrato, como le corresponde hacerlo, dado que ella consagra el

procedimiento pactado para modificaciones contractuales. El texto de la cláusula invocada es el siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMA. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

Las estipulaciones contractuales sólo podrán ser modificadas por los representantes legales de las partes de común acuerdo, mediante actas de modificación bilateral del contrato.

PARÁGRAFO PRIMERO: En el evento de que cualquiera de las partes solicite alguna modificación al contrato, se dispondrá de un plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir del requerimiento de modificación, para negociar y suscribir el acta de modificación bilateral que incorpore la modificación solicitada. De no llegarse al acuerdo necesario dentro de dicho término, se dará aplicación al procedimiento estipulado en este contrato para la solución de diferencias.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Cuando las modificaciones se originen en disposiciones de las autoridades regulatorias, que sean de obligatorio cumplimiento en las relaciones que regula este contrato, las mismas entrarán a regir de inmediato y deberán ser incorporadas al contrato mediante un acta de modificación bilateral que se suscribirá dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la vigencia de la disposición, o en el término que para el efecto determine el organismo regulador.

PÁRAGRAFO TERCERO: Las obligaciones y derechos que este contrato confiere a cada una de las partes no se entenderá que han sido modificadas o derogadas en virtud de prácticas en contrario durante el curso de su ejecución. Así mismo, la tolerancia de una de las partes al incumplimiento de cualquier obligación a cargo de la otra, no se considerará como aceptación del hecho tolerado ni como precedente para su repetición.”

La cláusula establece, pues, el mecanismo acordado por las partes para la modificación del contrato. La única vía que ellas pactaron consiste en que los representantes legales lleguen a un acuerdo sobre el cambio a incorporar, y que lo consagren en un acta de modificación bilateral. A pesar de ser la única vía aceptada (en efecto, la cláusula dice “sólo”), el contrato también prevé una excepción: que el cambio al convenio provenga de disposiciones de autoridades regulatorias, en cuyo caso la reforma surte efectos de inmediato pero debe ser adoptada mediante un acta de modificación bilateral.

Retomando la pretensión segunda a la luz de lo dispuesto en esta cláusula, vemos que, para entender completado el proceso de modificación del contrato, los representantes legales de las partes debieron haber convenido la reforma, y este acuerdo mutuo debió haber sido plasmado en un acta de modificación bilateral. Las pruebas del proceso demuestran que las partes nunca consignaron en el acta prevista en la cláusula décima algún acuerdo para alterar el contenido del contrato que firmaron en marzo del año 2000.

Sin embargo, y por ser el contrato una ley para las partes, dada su naturaleza esencial de convenio de derecho privado, es necesario entender la cláusula décima en conjunto con la cláusula vigésima tercera, lo que lleva a la siguiente sucesión de argumentos. Los eventos que dieron lugar a este arbitramento comenzaron con la promulgación de la Resolución 463 de la CRT, en diciembre 27 de 2001. El artículo 1° de esa Resolución añadió a la Resolución 087 de 1997 un artículo 4.2.2.19, del siguiente tenor:

*“ARTÍCULO 4.2.2.19. CARGO DE ACCESO A LAS REDES DE TELEFONÍA: a partir del primero de enero de 2002, los operadores telefónicos deberán ofrecer por lo menos las siguientes dos opciones de cargos de acceso a los operadores que les demanden interconexión:
[OPCIÓN 1: POR MINUTO]
[OPCIÓN 2: POR CAPACIDAD] [...]”* (subrayado fuera del texto).

En comunicación de fecha enero 11 de 2002, el Segundo Suplente del Representante Legal de **Orbitel S.A. E.S.P.** le informó al Gerente de **Unitel S.A. E.S.P.** lo siguiente: *“De conformidad con lo establecido por la Resolución CRT-463 del 2001, Orbitel se permite informar que a partir del primero de enero del presente año se acoge a la opción de cargos de acceso por capacidad para remunerar el uso de la red de Unitel [...]”* (Prueba N° 4 de la Demanda).

Unitel S.A. E.S.P. respondió mediante una carta de fecha 11 de marzo de 2002, en la que dijo:

“En atención a la comunicación de la referencia, me permito invitarlo a una reunión con el fin de adelantar un proceso de negociación sobre la materia de disponibilidad de capacidad en cargos de acceso, que consulte los principios legales de orden contractual en un acuerdo de voluntades que beneficie a las partes, dentro del marco del contrato vigente, suscrito entre las partes y, de la Resolución 463 de 2001 de la CRT.

Como reconocemos las implicaciones de orden constitucional y legal que presenta la mencionada resolución, así como las implicaciones económicas que su aplicación representa tanto para UNITEL S.A. E.S.P., como para el sector de las Telecomunicaciones en general, hemos considerado que la negociación es el instrumento eficaz para materializar la eficiencia del uso de infraestructura de las telecomunicaciones en cuanto a la interconexión se refiere, teniendo en cuenta además que ya existe una relación de interconexión, la cual puede modificarse entre la[s] partes y sólo bajo un acuerdo de voluntades” (Prueba N° 5 de la Demanda).

Esta invitación a negociar llevó a una serie de reuniones del Comité Mixto de Interconexión (CMI), órgano pactado en el contrato como primera instancia para ventilar discrepancias y resolver conflictos entre las partes. En una reunión del CMI **S.A. E.S.P.** entre **Orbitel S.A. E.S.P.** y las empresas filiales de **Transtel S.A.** (que incluye a **Unitel S.A. E.S.P.**), de fecha 22 de marzo de 2002, **Orbitel S.A. E.S.P.** dijo estar de acuerdo con la propuesta de **Transtel** de *“fijar un plazo de negociación de 40 días para acordar las condiciones a las que se refiere el párrafo 3° del Artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT-87, y para que las partes examinen la posibilidad de adoptar por mutuo acuerdo un esquema alternativo al de minutos o al de capacidad para liquidar cargos de acceso”* (Prueba N° 7 de la Demanda).

En una reunión del mismo CMI, el 31 de mayo de 2002, el acta registra el siguiente acuerdo: *“Se acuerda que las compañías Bugatel y Teléfonos de Cartago, se deben conciliar por capacidad. Las compañías Unitel y Telepalmira ya se concilian por capacidad, Telejamundí, Caucatel y ETG se concilian por minuto redondeado de acuerdo a lo definido en la resolución 463”* (subrayado fuera del texto) (Prueba N° 9 de la Demanda).

En una reunión de Conciliación posterior, entre **Unitel S.A. E.S.P.** y **Orbitel S.A. E.S.P.**, de fecha 12 de junio de 2002 (Prueba N° 10 de la Demanda, y Anexo N° 1 de los Alegatos de Conclusión de la parte convocada), el **acuerdo** sobre los cargos de acceso por capacidad se hizo evidente. El acta se inicia con la siguiente afirmación: “Según **lo acordado** en el último CMI celebrado el día 22 de marzo de 2002, a partir del mes de mayo se cancelan los cargos por capacidad siguiendo la metodología según lo estipulado en la resolución 489 de la CRT.” En caso de que exista diferencia entre los valores que las partes proponen para los cargos de acceso por capacidad, el acta dice: “Se acuerda trabajar con el valor presentado por Unitel.”

En ese momento, el 12 de junio de 2002, ya era innegable que, en el seno del CMI, el órgano que las mismas partes invistieron de autoridad para resolver controversias derivadas del contrato, existía un acuerdo sobre el tipo de cargo de acceso operante entre ellas. Sin embargo, una semana después, en una nueva Conciliación, **Unitel S.A. E.S.P.** pretendió reabrir la negociación, diciendo: “Unitel Manifiesta que la resolución 489 de la CRT no impide un acuerdo entre las partes para llegar a una negociación que redunde en beneficio de las mismas y un esquema alternativo al de minutos o al de capacidad para liquidar cargos de Acceso, según lo acordado en CMI del 22 de marzo de 2002” (Prueba N° 11 de la demanda).

Esta retractación del **acuerdo** que las partes ya habían alcanzado es inadmisibles.

Ante esta situación el Tribunal se orienta por la llamada en la doctrina **teoría de los actos propios**, consistente en que en los pactos bilaterales una de las partes no puede válidamente pretender enmendar las conductas ya asumidas, a las cuales la otra parte ya se acogió de **buena fe**. El artículo 4.2.1.3 de la Resolución 087 de 1997 de la CRT, dice:

“ARTICULO 4.2.1.3 BUENA FE CONTRACTUAL

Los operadores tienen el derecho y la correspondiente obligación de adelantar de buena fe un proceso de negociación directa para la celebración de contratos de acceso, uso e interconexión con otros operadores que así lo soliciten. Sólo en el evento de que no se llegue a un acuerdo en la negociación directa, se puede solicitar la intervención de la CRT, sin perjuicio de la actuación que esta entidad pueda realizar, en su calidad de facilitadora, durante la etapa de negociación.

Se tendrá como indicio en contra de la buena fe, la demora injustificada y la obstrucción de las negociaciones tendientes a lograr contratos de interconexión, así como el entorpecimiento deliberado de su celebración o ejecución, o de la aplicación de servidumbres de interconexión, por acción o por omisión.”

El de la **buena fe** es un principio, desde 1991, de orden constitucional en Colombia (artículo 83, C. N.). Abundantes expresiones en latín, provenientes tanto del derecho romano como de los comentaristas medievales, están asociadas con este principio.

Una de las vertientes de la **buena fe** dispone que las personas no pueden obrar contra sus actos válidos pasados, especialmente en la medida en que al hacerlo vulneren las expectativas legítimas que otros ya hubieren depositado en esa conducta. Esta doctrina fue desarrollada tanto por algunos juristas romanos como por el *common law*. **Papiniano**, por ejemplo, formuló el principio según el cual “*Nadie puede cambiar de opinión en perjuicio de otro*” (*Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam*) (Digesto 50.17.75). Por su parte, el *common law* ha identificado esta figura como el *estoppel*, y reconoce muchas variaciones de ella. En una de sus formulaciones, **MacCormick** la ha expresado así:

“Si alguien actúa en una manera que le puede causar perjuicios, y lo hace porque confió en el comportamiento futuro de una persona, y si mediante una acción suya esa persona indujo al primero, de manera intencional o consciente, a confiar en él, entonces el segundo tiene la obligación de no actuar en una manera que vaya a decepcionar la confianza que el otro depositó en él.”³²

³² Citado en: Robert S. Summers y Robert A. Hillman, *Contract and Related Obligation: Theory, Doctrine, and Practice* (4 Ed.). St. Paul, Minn.: West Group (2001), p. 81.

Actualmente esta doctrina se conoce como la **teoría de los actos propios**, y ha sido acogida por las altas cortes colombianas en repetidas ocasiones.³³ El tratadista argentino **Alejandro Borda** define este concepto así:

*“la teoría de los actos propios constituye una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe [...], que sanciona como inadmisibile toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto.”*³⁴

Borda amplía su definición señalando la base sobre el cual reposa la teoría:

“El fundamento de la teoría de los actos propios es la protección de la confianza depositada –conforme a la buena fe- en un comportamiento coherente.

*Esto es importante destacar: el valor de guardar un comportamiento coherente obliga a declarar inadmisibile la pretensión de colocarse en contradicción con la propia conducta anterior deliberada y jurídicamente relevante, más allá de que dicha pretensión tomada individualmente sea legítima y pueda ejercitarse.”*³⁵

El mismo jurista establece los presupuestos de la teoría de los actos propios³⁶, que son:

- (1.) Una conducta anterior relevante y eficaz.
- (2.) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción existente entre la anterior conducta y la nueva pretensión.

³³ Un ejemplo tomado de la Corte Constitucional es la sentencia T-141 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), que cita una de las primeras apariciones de la teoría en la jurisprudencia constitucional, en la sentencia T-475 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes). Un ejemplo proveniente del Consejo de Estado es la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 11 de septiembre de 1997, Exp. 9207. La Superintendencia de Sociedades constantemente acoge esta teoría en sus decisiones y pronunciamientos.

³⁴ Alejandro Borda, *La teoría de los actos propios* (3 Ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot (2000), p. 53.

³⁵ Alejandro Borda, “La teoría de los actos propios y el silencio como expresión de la voluntad.” En: AA.VV., *Contratación contemporánea (V.1): Teoría general y principios*. Lima y Bogotá: Palestra y Temis (2000), p. 72.

³⁶ Alejandro Borda, “La teoría de los actos propios y el silencio como expresión de la voluntad.” En: AA.VV., *Contratación contemporánea (V.1): Teoría general y principios*. Lima y Bogotá: Palestra y Temis (2000), p. 73.

- (3.) La identidad de los sujetos que se vinculan entre ambas conductas.

Sobre el carácter de relevante de la conducta, **Alejandro Borda** precisa que debe ser “*jurídicamente relevante,*” y explica así el concepto: “*la conducta debe tener trascendencia en el mundo del derecho, debiendo deslindársela de las conductas sin valor jurídico y de aquellas otras que requieran imperativamente una forma determinada que no fuese cumplida. Además parece necesario que susciten la confianza de un tercero.*”³⁷

En vista de lo anterior, la aceptación de **Unitel S.A. E.S.P.** del cargo de acceso por capacidad, tanto en las reuniones del CMI como en el Acta de Conciliación del 12 de junio de 2002, **constituye una conducta jurídicamente relevante** a la luz de las disposiciones contractuales. Por lo tanto, el rechazo posterior al acuerdo previo es una violación a la **buena fe contractual**, un acto que este Tribunal estima inaceptable, pues el otro contratante (**Orbitel S.A. E.S.P.**) ya había asumido de **buena fe** que el cumplimiento a la orden administrativa contenida en la Resolución 463, consistía en la aceptación por ambas partes de la modalidad de cargos de acceso por capacidad.

Retomando las consideraciones iniciales sobre la pretensión segunda, el proceso pactado para las modificaciones contractuales en la cláusula décima continúa, en caso de que no se llegue a un acuerdo por arreglo directo, con las etapas dispuestas en la cláusula vigésima tercera. En este caso, las partes cumplieron con reunir el CMI, y manifestaron haber alcanzado un acuerdo sobre el cargo de acceso. Tanto **Orbitel S.A. E.S.P.** como **Unitel S.A. E.S.P.** están pendientes de cumplir con el deber contractual de hacer constar en un acta bilateral el acuerdo de voluntades a que se llegó en los diversos comités reunidos en el primer semestre de

³⁷ Alejandro Borda, “La teoría de los actos propios y el silencio como expresión de la voluntad.” En: AA.VV., *Contratación contemporánea (V.1): Teoría general y principios*. Lima y Bogotá: Palestra y Temis (2000), p. 73.

2002 (cláusula décima). Esta es una omisión formal imputable a ambas partes, y no debe tornar nugatorio el **acuerdo** sobre la materia contractual que ellas ya habían alcanzado.

En conclusión, el Tribunal **declarará que no prospera** la segunda pretensión.

3. Tercera.

3.1. El texto de la pretensión.

“Declarar que el Contrato de Interconexión, hasta la fecha de convocatoria del presente tribunal de arbitramento, no ha sido modificado por las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002 de la CRT.”

3.2. Consideraciones del Tribunal.

La Resolución 463 de 2001 de la CRT, modificó la Resolución 087 de 1997, e incluyó la opción que ha sido tantas veces citada en este proceso arbitral: desde la entrada en vigencia de la modificación, los operadores telefónicos podían escoger entre cargos de acceso por minuto o por capacidad. Esa opción quedó consagrada en el artículo 4.2.2.19 que fue añadido a la Resolución 087, un artículo que vimos en la sección previa.

El artículo 5° de la Resolución 463 de 2001 de la CRT facultó a los operadores para tomar esta decisión aun en los contratos de interconexión en curso. El artículo dice:

*“Los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores vigentes en las Interconexiones actualmente existentes a la fecha de la expedición de la presente resolución **o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en la presente resolución para todas sus Interconexiones**”*
(subrayado fuera del texto).

Esta disposición forma parte de un acto administrativo válido y vigente. Otra norma que establece la capacidad de la CRT para modificar contratos en ejecución es el artículo 4.4.12 de la Resolución 087 de 1997 (modificado por el artículo 1° de la Resolución 489 de 2002), que dice:

“ARTICULO 4.4.12. MODIFICACION FORZADA DE LOS CONTRATOS. La CRT puede obligar a las partes firmantes de un Contrato de Interconexión a la modificación del mismo, cuando contenga acuerdos o prácticas contrarios a la libre competencia, implique discriminación o cuando la modificación sea precisa para garantizar el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de los servicios.”

Si bien el artículo 4.4.12 condiciona la facultad de la CRT para modificar los contratos a la existencia de situaciones específicas (prácticas contrarias a la competencia, discriminación, etc.), el artículo 4.2.2.19 establece, de manera precisa e irrestricta, la posibilidad de que los operadores decidan si se acogen o no a la opción creada por la Resolución 463 de 2002.

Por lo tanto, cuando **Orbitel S.A. E.S.P.** se comunicó con **Unitel S.A. E.S.P.** con el fin de hacer efectiva la opción sobre los cargos de acceso dentro del Contrato de Interconexión que ellas habían celebrado, estaba ejerciendo el derecho concedido por la Resolución 463. Su comunicación de 11 de enero de 2002 inició de manera irreversible un proceso de modificación del contrato, que culminó, a juicio del Tribunal, cuando en las sesiones del CMI (en especial las del 22 de Marzo y 31 de Mayo de 2002) se produjo un acuerdo de voluntades en relación con la adopción para el caso de **Orbitel-Unitel** de la modalidad de cargos de acceso por capacidad.

La capacidad de la CRT para introducir o inducir modificaciones contractuales la subraya, nuevamente, el artículo 4.4.13 de la Resolución 087 de 1997 (modificado por el artículo 1° de la Resolución 489 de 2002), del siguiente tenor:

“ARTICULO 4.4.13. INTERVENCION DE LA CRT EN LA EJECUCION Y MODIFICACION DE LA INTERCONEXION. Durante el período de ejecución de los contratos de acceso, uso e interconexión o la vigencia del acto administrativo que impuso la servidumbre, previa petición de parte interesada, la CRT puede revisar o modificar las condiciones existentes e imponer nuevas

obligaciones a las partes, previo cumplimiento del trámite previsto para la negociación directa.”

Dentro de este contexto de regulaciones administrativas vinculantes, no les era dado a las partes sustraerse del nuevo estado de cosas creado por las Resoluciones 463 y 489. Se han avanzado argumentos en contra de estos actos administrativos, pero no le corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre su validez.

En consecuencia, el Tribunal declarará que **no prospera** la pretensión tercera.

4. Cuarta.

4.1. El texto de la pretensión.

“Declarar, con base en las anteriores declaraciones, que la modalidad de cargos de acceso por minuto pactada inicialmente en el Contrato de Interconexión sigue vigente y es la que debe aplicarse hasta que el Contrato de Interconexión sea válidamente modificado por las partes.”

4.2. Consideraciones del Tribunal.

El Tribunal ya señaló, al analizar la pretensión segunda de la demanda, el procedimiento que las partes habían instituido para modificar el contrato. Una modificación de mutuo acuerdo, conforme a la cláusula décima del contrato, requiere un acta bilateral que consagre el cambio. El párrafo primero de la misma cláusula añade que una parte puede solicitar la modificación, y que si luego de treinta días de negociaciones las partes no llegan a un acuerdo, deberá seguirse el procedimiento para solución de conflictos desarrollado en la cláusula vigésima tercera. Esta cláusula de solución de diferencias comprende cuatro etapas, a desarrollarse sucesivamente en caso de que fracase la anterior: (1) Comité Mixto de Interconexión, (2) encuentro entre los representantes legales de las partes, (3) opcionalmente, la solicitud de mediación de la CRT, y (4) constitución de un Tribunal de arbitramento.

Ahora, dentro del análisis de la pretensión segunda, el Tribunal también indicó que, al expedirse la Resolución 463, **Orbitel S.A. E.S.P.** le indicó

a **Unitel S.A. E.S.P.** que optaba por acogerse a la modalidad de cargos de acceso por capacidad. Esta comunicación condujo a una invitación de **Unitel S.A. E.S.P.** a negociar, y unas semanas después las partes integraron Comités Mixtos de Interconexión en los que trataron el tema. En una reunión de conciliación del 12 de junio de 2002, **Unitel S.A. E.S.P.** manifestó que se había llegado a un acuerdo sobre los cargos de acceso en las sesiones anteriores del CMI, y que a partir de mayo de 2002 se cobraría el cargo por capacidad. Por lo tanto, debe entenderse que desde el mes de mayo de 2002 rige entre las partes una nueva modalidad de cargos de acceso, distinta a la de cargos por minutos que pactaron en el contrato.

No puede afirmarse, en consecuencia, que la modalidad de cargos de acceso por minuto continúa vigente. Por el contrario, es palmaria la evidencia procesal de que en el seno del CMI se llegó a un acuerdo entre las partes sobre la adopción de la modalidad de cargos de acceso por capacidad y, se reitera, ambas partes están en mora de cumplir con su deber contractual de elevar a Acta bilateral el acuerdo alcanzado.

Por estas razones el Tribunal declarará **no probada** esta pretensión.

5. Quinta.

5.1. El texto de la pretensión.

“Declarar con base en las anteriores declaraciones, que a la luz del Contrato de Interconexión, no es procedente el pago de mil dieciocho millones ciento once mil seiscientos noventa y ocho pesos (\$1.018.111.698) pretendido por Orbitel, por concepto de cargos de acceso, del 17 de septiembre de 2002 a junio 30 de 2004, tal como consta en la cuenta de cobro que obra como prueba número 30.” (Señalado en el escrito por el cual se subsanó la demanda el el 2 de agosto de 2006).

5.2. Consideraciones del Tribunal.

Esta pretensión está ligada a la pretensión anterior, que el Tribunal denegó por las razones expresadas en el análisis correspondiente. Para declarar improcedente el pago señalado en esta pretensión, tal como lo solicita **Unitel S.A. E.S.P.**, sería necesario establecer que el cargo de acceso vigente entre las partes continúa siendo el originalmente pactado. Sin embargo, el Tribunal estableció que las partes mismas, años antes de iniciado el presente trámite arbitral, **ya habían acordado acoger la modalidad de cargos de acceso por capacidad**, a pesar de que después surgieron nuevamente discrepancias. De otro lado, carece el Tribunal de certeza sobre cualquier cuantificación de las pretensiones económicas de una parte frente a la otra, por no haber sido llamado a decidir sobre este punto específico.

En consecuencia, el Tribunal declarará que la pretensión quinta **no prospera**.

6. Sexta.

6.1. El texto de la pretensión.

“Declarar el incumplimiento por parte de Orbitel de lo dispuesto en las cláusulas décima (10ª) y vigésima tercera (23ª) del Contrato de Interconexión, al haber solicitado, de forma unilateral, la intervención de la CRT para dirimir el conflicto presentado entre Orbitel y Unitel con ocasión del Contrato de Interconexión”. (Señalado en el escrito por el cual se subsana la demanda el el 2 de agosto de 2006)

6.2. Consideraciones del Tribunal.

La cláusula de solución de conflictos, pactada como la cláusula vigésima tercera del contrato de acceso, uso e interconexión del 31 de marzo de 2000, establece una secuencia de pasos que puede culminar en la convocatoria de un Tribunal de arbitramento.

Textualmente, la cláusula dice lo siguiente:

“CLÁUSULA VIGESIMA TERCERA. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

En todos los asuntos que involucren la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. En los asuntos que no sean competencia del ente regulador y, cuando sea necesario, se acudirá a los medios de solución de controversias contractuales siguientes:

1. Comité Mixto de Interconexión. Este comité queda facultado para que en un término de hasta treinta (30) días calendario procure solucionar directa y amigablemente los conflictos derivados del contrato, contados desde la fecha en que una de las partes ponga a consideración del Comité la diferencia.

2. Representantes Legales de las partes. Si al nivel de Comité Mixto de Interconexión no se logra llegar a un acuerdo, se acudirá a una segunda instancia conformada por los Representantes Legales de cada una de las partes, quienes buscarán una solución aceptable al conflicto planteado, dentro de los siguientes treinta (30) días calendario, contados desde el vencimiento del término de treinta (30) días estipulados en el numeral anterior.

3. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Vencido el plazo del numeral anterior, las partes deberán decidir conjuntamente, dentro del término de tres (3) días hábiles siguientes, si solicitan a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones de conformidad con los artículos 74.3 de la ley 142 de 1994, y 8.5.8 de la resolución CRT-087, mediar el conflicto, siempre que dicho conflicto no corresponda definirlo a otra autoridad administrativa.

4. Tribunal de Arbitramento. Agotadas las etapas anteriores o decidida de común acuerdo en cualquier momento la imposibilidad de llegar a una solución amigable de las diferencias, estas serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento o de un Comité Técnico, según el caso, de acuerdo con las siguientes reglas:

Las diferencias que sean calificadas por el CMI como eminentemente técnicas, serán sometidas a la consideración de un Comité Técnico compuesto, según la cuantía de las pretensiones, por uno (1) o tres (3) expertos en temas técnicos de telecomunicaciones. Los expertos serán escogidos de común acuerdo entre las partes, en caso de falta de acuerdo sobre la designación de los expertos la misma será hecha por ACIEM

seccional Cali. En todo caso el Comité Técnico deberá constituirse dentro de los diez (10) días hábiles, siguientes al vencimiento del plazo fijado anteriormente para el arreglo directo. El Comité Técnico podrá practicar las pruebas que estime necesarias y dispondrá de toda la información que solicite a las partes y que tenga relación con los asuntos objeto de la diferencia. El Comité Técnico deberá pronunciar su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, en los términos establecidos en el artículo 111 de la Ley 446 de 1.998. Tal pronunciamiento deberá hacerse en un plazo máximo de tres (3) meses contados a partir de la fecha en que haya iniciado su actividad, prorrogable por un lapso igual, y las decisiones que adopte serán de obligatorio cumplimiento para las partes.

Las diferencias que no tengan un carácter eminentemente técnico y que surjan entre las partes en virtud del presente contrato, relacionadas con su celebración, interpretación, ejecución, cumplimiento, liquidación o terminación, serán sometidas a la consideración de un Tribunal de Arbitramento integrado, según la cuantía de las pretensiones, por uno (1) o tres (3) Abogados con especialidad o experiencia comprobada en Telecomunicaciones. Los miembros del Tribunal serán escogidos de común acuerdo entre las partes a falta de acuerdo, el Tribunal será designado por la sala de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, a solicitud de una cualquiera de las partes. En todo caso el Tribunal deberá constituirse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo fijado anteriormente para el arreglo directo. El Tribunal de Arbitramento se sujetará a la legislación Colombiana, funcionará en la ciudad de Cali y decidirá en derecho dentro de un plazo máximo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de su instalación.

Los costos de funcionamiento del Tribunal de Arbitramento, o los costos derivados de los honorarios y demás actividades que desarrolle el Comité Técnico, lo asumirán las partes por mitades. La parte cuyas pretensiones hubiesen sido desestimadas por el Tribunal de Arbitramento o por el Comité Técnico, devolverá a la otra parte lo aportado para el funcionamiento del Tribunal o para cubrir los honorarios y la actividad desarrollada por el Comité, en un término no superior a quince (15) días después de emitido el fallo.

PARAGRAFO PRIMERO: Mientras se resuelve definitivamente la diferencia planteada, se mantendrá en ejecución el contrato y la prestación del servicio, en los mismos términos en que se venía ejecutando antes de plantearse la diferencia.

PARAGRAFO SEGUNDO: La solución de controversias relacionadas con las mediciones de tráfico, las mediciones del sistema de toll ticketing, la calidad o la disponibilidad del servicio, y en general las controversias sobre asuntos eminentemente técnicos, se efectuará de acuerdo con el procedimiento establecido en el Anexo Técnico.”

Sintetizando los términos de esta cláusula, junto con sus etapas correspondientes, tenemos que el trámite instituido es el siguiente:

Etapa dentro del proceso de solución de conflictos		Término asignado
1	Comité Mixto de Interconexión	Hasta treinta (30) días calendario, contados desde la fecha en que una de las partes ponga a consideración del Comité la diferencia.
2	Representantes legales de las partes	Treinta (30) días calendario, contados desde el vencimiento del término de treinta (30) días estipulados en el numeral anterior.
3	Comisión de Regulación de Telecomunicaciones	Vencido el plazo anterior, las partes deberán decidir conjuntamente, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, si solicitan a la CRT que medie el conflicto.
4	Constitución del Tribunal de arbitramento	Vencidos los plazos anteriores, habrá diez (10) días hábiles para que se constituya el Tribunal.

Esta cláusula forma parte de un contrato válido y vinculante, que las partes celebraron de manera libre y voluntaria. Es, pues, una cláusula que obliga a ambos contratantes, dentro que un acuerdo que constituye una ley para las partes (Código Civil, artículo 1602).

En 2006, **Unitel S.A. E.S.P.** dio inicio al trámite predispuesto para la resolución de conflictos. En efecto, mediante comunicación de fecha 21 de febrero de 2006, **Unitel S.A. E.S.P.** dijo: *“Con el fin de dar cumplimiento al procedimiento de resolución de conflictos contractuales consagrado en la cláusula vigésima tercera (23) del contrato de acceso, uso e interconexión celebrado entre UNITEL S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P., cordialmente me permito convocar a una reunión del comité*

mixto de interconexión (CMI) para el 2 de marzo de 2006 [...]” (prueba N° 31 de la Demanda).

Orbitel S.A. E.S.P. respondió en carta del 27 de febrero de 2006, rechazando la solicitud de **Unitel S.A. E.S.P.** de integrar el CMI. En su comunicación afirmó: *“Habiendo expresado nuestra posición reiteradamente, queremos manifestar la inutilidad de continuar con la secuencia de comunicaciones sobre el particular lo que sólo dilata el cumplimiento de obligaciones dinerarias incuestionables. [...] Por tal razón, no consideramos necesaria la realización de un CMI sobre el particular”* (prueba N° 32 de la Demanda).

Posteriormente, en carta fechada 31 de marzo de 2006, **Unitel S.A. E.S.P.** invitó a **Orbitel S.A. E.S.P.** a cumplir la segunda fase dentro del trámite contractual para solución de conflictos, es decir, la búsqueda de un arreglo directo entre los representantes legales. En la carta, **Unitel S.A. E.S.P.** dijo: *“en mi calidad de representante legal de Unitel S.A. E.S.P. manifiesto a Usted, que independientemente de las interpretaciones legales de ambas compañías respecto a la naturaleza jurídica del presente conflicto, consideramos importante tratar de solucionar amigable y directamente este último, en aras de proteger los intereses económicos de ambas compañías, por lo cual atentamente lo invitamos en su calidad de representante legal suplente de Orbitel S.A. E.S.P. para que sostengamos una reunión el próximo 7 de abril de 2006 [...]”* (prueba N° 33 de la Demanda).

En la respuesta de **Orbitel S.A. E.S.P.**, de fecha 4 de abril de 2006, la solicitud fue rechazada. En efecto, la carta concluye diciendo: *“Por las razones expuestas, descartamos la celebración de cualquier reunión sobre el particular, en tanto el Grupo Transtel se allane a cumplir los actos administrativos que resolvieron el conflicto entre las partes y a devolver las sumas cobradas en exceso a Orbitel por concepto de cargos de acceso”* (prueba N° 34 de la Demanda).

Posteriormente, **Unitel S.A. E.S.P.** pasó a la tercera etapa prevista en la cláusula vigésima tercera, invitando a **Orbitel S.A. E.S.P.** a afirmar si tenía interés en solicitar la mediación de la CRT. En comunicación del 28 de abril de 2006, **Unitel S.A. E.S.P.** pidió que se le informara “*la posición de Orbitel S.A. E.S.P., en relación con la posibilidad de acudir a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para que dicha entidad administrativa actúe en calidad de mediadora, dentro del conflicto contractual de la referencia*” (prueba N° 35 de la Demanda).

Unitel S.A. E.S.P. terminó de surtir el procedimiento de la cláusula de solución de conflictos presentando la demanda arbitral que dio lugar al presente Tribunal, el 17 de mayo de 2006. Cumpliéndose de la manera correcta el trámite, sin alcanzar una solución en los pasos preliminares, las etapas concluyen en el juez natural del conflicto, el Tribunal de arbitramento que hoy dicta el laudo para el cual fue investido de jurisdicción.

Es evidente, entonces, que **Unitel S.A. E.S.P.** cumplió el ritual previsto en la cláusula 23. Sin embargo, no puede decirse lo mismo de **Orbitel S.A. E.S.P.**. En documento de fecha 12 de septiembre de 2002, **Orbitel S.A. E.S.P.** presentó ante la CRT una “*Solicitud de Solución de Conflicto,*” en la que pretendía que la CRT, “*en aras de resolver el conflicto, ordene a UNITEL S.A. E.S.P., proceder a liquidar los cargos de acceso, de acuerdo a la modalidad de cargos por capacidad, desde la fecha en la cual se había llegado a un acuerdo entre las partes.*”

Esta solicitud le siguió a las reuniones de CMI que el Tribunal ya ha descrito en el laudo. Independientemente de la actitud de **Unitel S.A. E.S.P.** frente a los acuerdos llegados dentro de esas reuniones, es innegable que las partes mismas habían instituido y acordado un procedimiento para resolver sus conflictos que **no** preveía una solicitud directa ante la CRT para resolverlos. De hecho, **Orbitel S.A. E.S.P.**

admite haber infringido el procedimiento previamente acordado al decir, en su contestación, que: “*ORBITEL acudió ante la CRT no en observancia del procedimiento contractual, sino en observancia directa de la regulación propia del sector*” (subrayado fuera del texto) (p. 32). En la misma pieza procesal, **Orbitel S.A. E.S.P.** señala lo siguiente: “*En efecto, una cosa hubiera sido que ORBITEL hubiera solicitado la mediación de la CRT –lo que nunca hizo- y otra cosa es lo que en verdad sucedió que fue que ORBITEL acudió a la CRT para que esta le solucionara un conflicto suscitado con Unitel*” (subrayado fuera del texto) (p. 24).

Es claro, en consecuencia, que **Orbitel S.A. E.S.P.** incumplió la obligación de ceñirse a la cláusula de solución de conflictos que formaba parte de un contrato válido y de obligatorio cumplimiento, que debía disciplinar la manera de resolver las controversias suscitadas entre **Unitel S.A. E.S.P.** y **Orbitel S.A. E.S.P.** Determinar este incumplimiento en ningún sentido implica debatir las facultades de la CRT para decidir los conflictos entre las compañías que forman parte de la industria. Si bien **Orbitel S.A. E.S.P.** puede invocar la normatividad que lo facultaba para acudir a la CRT, es innegable que ella misma había escogido un procedimiento que tenía un juez natural propio y unas etapas que debían surtirse. **Orbitel S.A. E.S.P.** habilitó en el contrato al Tribunal de arbitramento, como juez natural e instancia final de un mecanismo de solución de conflictos, y luego omitió cumplir con el procedimiento acordado.

No es de recibo para este Tribunal la argumentación que soporta la excepción denominada por la pasiva como “*Cumplimiento perfecto por parte de Orbitel S.A. E.S.P. del objeto del contrato suscrito con Unitel S.A. E.S.P.*” y que pretende enervar este pedimento. En contraposición a lo señalado por el convocado al proponer este medio de defensa, **Unitel S.A. E.S.P.** sí cumplió la obligación contractual de ceñirse a la cláusula de solución de conflictos que formaba parte de un contrato válido y de

obligatorio cumplimiento, que debía disciplinar la manera de resolver las controversias tanto de **Unitel S.A. E.S.P.** como de **Orbitel S.A. E.S.P.**, por lo cual la excepción alegada no debe prosperar.

Por lo tanto, el Tribunal declarará que **prospera** la pretensión sexta.

7. Séptima.

7.1. El texto de la pretensión.

“Que como consecuencia de la anterior declaración, condene a Orbitel a indemnizar los perjuicios que le ha ocasionado Unitel por haber tenido que invertir esta última, cuantiosos recursos en la defensa de sus derechos bajo el contrato de interconexión, los cuales ascienden a la suma de ciento ochenta millones de pesos (\$ 180.000.000)”. (Señalado en el escrito por el cual se subsana la demanda el el 2 de agosto de 2006)

7.2. Consideraciones del Tribunal.

Si bien el Tribunal declaró que **Orbitel S.A. E.S.P.** incumplió el contrato al irrespetar el procedimiento de solución de conflictos voluntariamente acordado, el Tribunal no encuentra que los perjuicios que invoca **Unitel S.A. E.S.P.** fueron demostrados de manera adecuada.

Unitel S.A. E.S.P. aportó un total de siete facturas, comprendidas entre el 1° de julio de 2003 y el 1° de febrero de 2005 (Prueba N° 36 de la Demanda). Las facturas identifican que sus valores corresponden a *“Honorarios profesionales por concepto de Asesoría Legal.”* Esta identificación es claramente insuficiente, dado que al Tribunal le es imposible individualizar los costos como aquellos estrictamente relacionados con la asesoría jurídica propia de este conflicto y de sus diversos mecanismos de solución.

Con el fin de enervar esta pretensión, la parte convocada planteó las excepciones denominadas *“Imposibilidad para que prosperen las pretendidas indemnizaciones por ausencia de pruebas de inexistencia*

de responsabilidad civil contractual en cabeza de ORBITEL S.A. ESP” y la de ***“Enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido”*** que las hace consistir en que ***“la demanda no probó la ocurrencia del daño ni la culpa, por lo que mal se puede hablar de perjuicios de tipo alguno”*** y en la afirmación de que ***“Unitel S.A. E.S.P. pretende se declare que ORBITEL le debe pagar unas cifras a las que no tiene ningún derecho, pues el contrato no fue incumplido por ORBITEL”***.

Este Tribunal no se ocupará de analizar los argumentos esgrimidos por el convocado en este punto, ya que, le es suficiente el hecho de que no existe ninguna prueba que le haga considerar que **Unitel S.A. E.S.P** tuvo que invertir la suma de ciento ochenta millones de pesos (\$ 180.000.000.00) para la defensa de sus derechos bajo el Contrato de Interconexión que nos ocupa.

En consecuencia, el Tribunal declara que **no prospera** la presente pretensión, dado que los perjuicios no fueron demostrados.

8. Octava.

8.1. El texto de la pretensión.

“Condenar en costas y agencias a Orbitel.”

8.2. Decisión del Tribunal.

Analizando el comportamiento de las partes durante la ejecución del contrato, debidamente pormenorizada a lo largo del laudo, el Tribunal condenará a **Unitel S.A. E.S.P.**, en costas y agencias.

Para esta tasación, se tendrá en cuenta lo indicado por el Dr. **Jorge Hernán Gil Echeverry** en su libro ***“Nuevo régimen de Arbitramento”*** II edición Cámara de Comercio de Bogota (Pag 287) que indica que ***“respecto a las agencias en derecho, ha sido costumbre inveterada que los honorarios del abogado sean por lo menos equivalentes a los honorarios de un árbitro”***.

En cuanto a las costas procesales este Tribunal se atempera a lo convenido por las partes en la cláusula compromisoria del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión, limitándolo a un 70% de los costos asumidos por Orbitel S.A. E.S.P.

IV.- Pronunciamientos sobre las demás excepciones de fondo.

No obstante que las pretensiones 2, 3, 4, 6 y 7 de la demanda primigenia no prosperaron, este Tribunal analizará las excepciones de fondo propuestas por la convocada de la siguiente manera:

A la excepción **Innominada o Genérica** este Tribunal manifiesta que no encontró, en el desarrollo de proceso que ahora concluye, algún hecho que constituya una excepción, conforme lo impone el artículo 306 del C. de P. Civil

A la excepción denominada por la pasiva como “**Falta de jurisdicción y competencia**”, en la que se plantea que este Tribunal no es competente para conocer de la demanda que nos ocupa, por cuanto las partes en la cláusula compromisoria se facultaron mutuamente de **manera temporal** para solicitar que el conflicto fuese resuelto por un Tribunal de Arbitramento y que el término acordado para el efecto fue máximo de **diez (10) días hábiles**, contados a partir del agotamiento de la instancia de arreglo directo y la demanda fue instaurada con posterioridad, el Tribunal considera:

Por jurisdicción debemos entender la potestad que tiene el Estado para aplicar el Derecho y decidir de manera definitiva los conflictos de intereses. Es una potestad general ya que el Estado está investido de soberanía en cuanto a la aplicación de la ley pero, para una mayor eficiencia en el desarrollo de su función jurisdiccional, ha dividido esta potestad en sectores que conocemos de manera genérica como

jurisdicción; es así como hablamos de la jurisdicción civil y agraria, la jurisdicción penal, la jurisdicción laboral, jurisdicción de familia, la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción arbitral. Debemos, entonces, entender cada una de estas llamadas jurisdicciones como simples divisiones operativas de la potestad jurisdiccional del Estado.

Ahora bien, por competencia entendemos la capacidad tanto funcional como territorial que el estado confiere a determinados funcionarios para que ejerzan la jurisdicción; tenemos entonces funcionarios que pueden realizar determinadas actuaciones en un determinado territorio, pues están investidos por el estado para ejercer exclusivamente dichos actos dentro de los límites específicos que el mismo estado les demarca. Si ejercen actos diferentes o por fuera del territorio asignado estarían entonces obrando por fuera de su competencia y sus actuaciones carecerían de valor.

Inicialmente, debemos señalar que, en cuanto a la competencia de este Tribunal, la oposición del convocado ya fue resuelta, tal como consta en el auto N° 13 del 3 de octubre de 2.000 (acta N° 5), ratificado en el auto 14 del mismo 3 de octubre de 2.000 (acta N° 5), en el cual se resolvió la reposición al auto por el cual, este Tribunal avocaba conocimiento sobre la litis planteada.

Se señaló en su oportunidad que la cláusula de solución de conflictos, pactada como la cláusula vigésima tercera del contrato de acceso, uso e interconexión del 31 de marzo de 2000, establece una secuencia de pasos que puede culminar en la convocatoria de un Tribunal de arbitramento³⁸.

³⁸ Sintetizando los términos de esta cláusula, junto con sus etapas correspondientes, tenemos que el trámite instituido es el siguiente: Como **primera etapa** del proceso para solucionar los conflictos que surgieron en dicho contrato se convino un trámite a cargo del comité Mixto de Interconexión que debería resolver el asunto hasta treinta (30) días calendario, **contados desde la fecha en que una de las partes al cual se le dio un término de ponga a consideración del Comité la diferencia**. La **segunda etapa** a cargo de los Representantes legales de las partes, quienes vencido el plazo anterior tenían Treinta (30) días calendario, contados desde el vencimiento del término de treinta (30) días estipulados en el numeral anterior para solucionar los conflictos, Concluida la anterior fase, surgía la **tercera etapa** en la cual las partes debían decidir conjuntamente, dentro de los tres (3) días hábiles

Para el Tribunal, la parte convocante presentó la demanda arbitral de manera oportuna, y no viola ninguno de los términos establecidos por el contrato que habilitan al Tribunal para solucionar el conflicto.

En cuanto a la Jurisdicción arbitral para resolver el asunto en litigio, es necesario resaltar que esta justicia tiene como piedra angular, no sólo la voluntad de las partes, quienes al pactar la cláusula arbitral así lo determinan³⁹, sino que adicionalmente tiene soporte constitucional; la Carta establece que en el país los particulares pueden ser investidos de manera temporal de funciones judiciales y administrar justicia como justicia arbitral, de manera que cuando lo hacen, actúan como jueces y responden como los jueces, con las mismas obligaciones y derechos.

Los tratadistas del tema sostienen que la justicia arbitral tiene grandes ventajas. Algunas de ellas: profesionalidad, porque siempre nombran abogados expertos; disponibilidad, porque el árbitro tiene que tenerla mucho más que el juez; rapidez, pues mientras un proceso arbitral puede durar seis meses, prorrogables por otros seis, un caso ante la jurisdicción ordinaria puede durar muchos años. Así que es una institución jurídica en Colombia que implica una “*derogatoria de jurisdicción*” a la justicia ordinaria, para darle cabida a la justicia arbitral.

Por eso hay que tener en cuenta que en el contrato de Acceso, Uso e Interconexión firmado por **Unitel S.A. E.S.P.** y **Orbitel S.A. E.S.P.** el 31 de marzo de 2000, se pactó la cláusula arbitral (numeral 4 de la cláusula vigésima tercera [23^a] del Contrato de Interconexión), y que con el escrito de demanda arbitral presentado por el convocante el 17 de mayo de 2006 en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, implicó el apartamiento de la jurisdicción ordinaria por parte de los contratantes, lo que deriva sin ninguna duda en que en

siguientes, si solicitan a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que medie el conflicto. Vencidos los plazos anteriores, habrá diez (10) días hábiles para que se constituya el Tribunal.

³⁹ Expertos en el tema lo consideran algo universal, que además es un remedio contra la congestión judicial, y casi se ha vuelto cláusula de estilo que en todo contrato importante se incluya lo que se llama el pacto arbitral, la cláusula compromisoria.

cabeza de este Tribunal de Arbitramento se configuran la competencia y la Jurisdicción para resolver el asunto que se plantea.

No procede entonces la declaratoria de falta de jurisdicción y de competencia del Tribunal de Arbitramento propuesta por la pasiva, ya que, como quedó debidamente determinado anteriormente, este Tribunal puede ejercer la facultad de administrar justicia de manera plena.

En cuanto a las excepciones denominadas “*Imposibilidad para que prosperen las pretendidas indemnizaciones por ausencia de pruebas e inexistencia de responsabilidad civil contractual en cabeza de Orbitel S.A. ESP*” y la excepción denominada “*Enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido*” que el apoderado de la parte demandada hace constar en el hecho de que “*la demanda no probó la ocurrencia del daño ni la culpa, por lo que mal se puede hablar de perjuicios de tipo alguno*” y en la afirmación de que “*Unitel S.A. E.S.P. pretende se declare que ORBITEL le debe pagar unas cifras a las que no tiene ningún derecho, pues el contrato no fue incumplido por ORBITEL*” ya fueron analizadas al resolver las pretensiones 5 y 6 de la demanda.

Con base en lo anteriormente expuesto, este Tribunal de Arbitramento, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. Decisión.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento habilitado por las partes para dirimir en derecho este conflicto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

Resuelve

Primero: Declarar que el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión firmado por **Unitel S.A. E.S.P.** y **Orbitel S.A. E.P.S** el 31 de marzo de 2000 **se rige por el derecho privado** según lo previsto en la ley 142 de 1994 y en la cláusula vigésima sexta (26ª) del Contrato de Interconexión.

Segundo: Declarar que el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión, en lo relacionado con los cargos de acceso a la interconexión, **fue modificado de común acuerdo por las partes**, de acuerdo con el procedimiento establecido en la cláusula décima (10^a) en concordancia con lo previsto en la cláusula vigésima tercera (23^a) del mismo.

Tercero: Declarar que el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión a la fecha de convocatoria del Tribunal de arbitramento que nos ocupa, **había sido modificado** por las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002 de la CRT.

Cuarto: Declarar que la modalidad de cargos de acceso por minuto pactada inicialmente en el Contrato de Interconexión fue modificada y que **desde mayo de 2002 rige entre las partes una nueva modalidad de cargos de acceso por capacidad**, distinta a la de cargos por minutos que pactaron en el contrato.

Quinto: Declarar que **no prospera la pretensión quinta**, por las razones anotadas en la parte motiva del presente laudo.

Sexto: Declarar el incumplimiento por parte de **Orbitel S.A. E.S.P** de lo dispuesto en las cláusulas décima (10^a) y vigésima tercera (23^a) del Contrato de Interconexión, al haber solicitado, de forma unilateral, la intervención de la CRT para dirimir el conflicto presentado entre **Orbitel S.A. E.S.P.** y **Unitel S.A. E.S.P.** con ocasión del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión de 31 de marzo de 2000.

Séptimo: Declarar que no se probaron los perjuicios que invoca **Unitel S.A. E.S.P.** en la pretensión séptima.

Octavo: Condenar a **Unitel S.A. E.S.P.** en agencia en derecho a favor de **Orbitel S.A. E.S.P.** Se tasan dichos valores en la suma de \$11.567.000.00.

Noveno: Condenar en costas a **Unitel S.A. E.S.P.** en un setenta por ciento (70 %) de las sumas que por honorarios y gastos canceló Orbitel S.A. E.S.P., o sea, en la suma de \$16.737.665.00.

Décimo: Declarar no probado ninguno de los medios exceptivos planteados por la parte convocada.

Décimo Primero: Por el Presidente protocolizar el expediente, una vez ejecutoriada esta providencia, en una Notaría del Círculo de Cali, lugar de funcionamiento de este Tribunal. Presentar el presidente del Tribunal las cuentas a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización, y

Décimo segundo: Entregar a los Arbitros y a la Secretaria el saldo en poder del Presidente, correspondiente a sus honorarios.

Esta providencia queda notificada en estrados.

El Presidente,

CARLOS ARTURO COBO GARCÍA

Los Árbitros,

MARÍA DEL CONSUELO RIVAS PUENTE

—Con salvamento de voto—

JOSÉ FÉLIX ESCOBAR ESCOBAR

La Secretaria,

PATRICIA RIASCOS LEMOS

SALVAMENTO DE VOTO

Por no compartirlas, me aparto de las motivaciones y decisiones del laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento integrado para dirimir las diferencias sometidas a su consideración por UNITEL en contra de ORBITEL. Son razones de mi disentimiento, las que surgen del análisis que a continuación expongo:

En mi opinión, los términos de la Resolución No. 463 del 27 de diciembre de 2.001 tienen una connotación particular para efectos de establecer su aplicación en el Contrato de Interconexión ORBITEL UNITEL, el que a la fecha de la vigencia del citado acto administrativo ya estaba suscrito y en ejecución.

Expresa el artículo 5° de la citada Resolución:

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

Con las adaptaciones necesarias, por ser expedida posteriormente, es idéntico el artículo 9° de la Resolución No. 489 del 12 de abril de 2.002, que sustituyó el artículo 5° de la Resolución No. 463.

Dice el artículo 9° de la Resolución 489:

“Los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores vigentes existentes antes de la fecha de publicación de la resolución CRT 463 de 2001 o, acogerse en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la

Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la resolución CRT 463 del 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones.”

Independiente de los juicios que se han planteado con respecto a esos actos en este proceso, los que discuten las facultades de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para otorgar a los operadores de TMC y TPBCLD con relación de interconexión ya establecida, el derecho de sujetar ésta a sistemas de determinación de cargos de acceso no considerados en las normas regulatorias vigentes para la época del inicio de dicha relación de interconexión, pues estos juicios son objeto de las acciones contenciosas respectivas, tales resoluciones están vigentes; no han sido suspendidas en sus efectos y, por ende, gozan de la presunción de legalidad que imponen a este Tribunal su acatamiento.

Se aprecia del texto del artículo transcrito, que allí se concede a los operadores de TMC y TPBCLD que tengan contratos o, en general, relaciones de interconexión vigentes para esa fecha, el derecho de optar por sujetar unas u otros a las prescripciones de ese acto. Esto significa que surgió para ellos el beneficio de optar por:

- 1) Continuar con la interconexión como estaba pactada, o
- 2) Acogerse al mandato de la mencionada resolución para obtener que la interconexión, en cuanto a cargos de acceso, se liquidará en una de las modalidades establecidas en el artículo 1° de la misma.

El derecho que consta en el artículo en cita fue consagrado de manera escueta, sin regular condiciones ni procedimiento para su ejercicio. La vigencia de la resolución hace nacer el derecho para que los operadores de TMC y TPBCLD y su efectividad, que no coincide con esa fecha,

entren a depender de lo que se defina con quien brinda la interconexión y en últimas, de la aplicación de los instrumentos contractuales o legales a través de los cuales se obtenga su implementación.

En el caso de la relación contractual de interconexión que vincula a UNITEL y ORBITEL, la situación debe ante todo analizar qué posibilidades brinda el contrato suscrito entre las partes para implementar el citado derecho.

La Cláusula Décima del Contrato se refiere a las modificaciones de ese documento, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA DÉCIMA. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

Las estipulaciones contractuales solo podrán ser modificadas por los representantes legales de las partes de común acuerdo, mediante actas de modificación bilateral del contrato.

PARÁGRAFO PRIMERO: En el evento de que cualquiera de las partes solicite alguna modificación al contrato, se dispondrá de un plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir del requerimiento de modificación, para negociar y suscribir el acta de modificación bilateral que incorpore la modificación solicitada. De no llegarse al acuerdo necesario dentro de dicho término, se dará aplicación al procedimiento estipulado en este contrato para la solución de diferencias.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Cuando las modificaciones se originen en disposiciones de las autoridades regulatorias, que sean de obligatorio cumplimiento en las relaciones que regulan este contrato, las mismas entrarán a regir de inmediato y deberán ser incorporadas al contrato mediante un acta de modificación bilateral que se suscribirá dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la vigencia de la disposición,

o en el término que para el efecto determine el organismo regulador. ...”

El enunciado básico de esa cláusula corresponde a la regla general aplicable en el derecho colombiano en cuanto a la modificación de todo acuerdo de voluntades.

El Parágrafo Primero regula las modificaciones contractuales que surjan de la iniciativa de alguna de las partes y en esos casos puede haber acuerdo o no, pues ellas entran a actuar con base en su capacidad comercial y en igualdad de condiciones.

Esto es, el mencionado Parágrafo Segundo regula aquellas modificaciones que automáticamente dispone el ente regulador del sector y que rigen según él lo disponga. Se trata de modificaciones que están concebidas de manera completa para hacer operativo el cambio o adición a la relación de interconexión, sin que quede lugar a que los contratantes deban discutir implementaciones que hagan posible la aplicación de los efectos del respectivo acto administrativo.

Por eso, cuando el mencionado Parágrafo Segundo pacta la necesidad de incorporar las modificaciones al contrato mediante actas, se trata tan solo de una regla contractual para garantizar la organización en la ejecución del contrato, en el sentido que quisieron las partes que del texto del contrato hagan parte la totalidad de las disposiciones que determinan la manera de ejecutarlo, en el entendido que la efectividad de la modificación la determina la vigencia del acto mediante el cual el regulador la define.

Como se ve, la voluntad de las partes no se extendió por pacto bilateral a regular el caso consistente en que medie, sí, un acto administrativo del ente regulador, pero que no esté llamado a obrar a manera de modificación automática de la relación comercial, sino que consista en la

posibilidad que le da al operador TMC y TPBCLD de optar por un derecho que dependiendo de su efectivo ejercicio abre la puerta a la modificación contractual de los términos y condiciones en que habrá de regir la modificación.

No existen reglas contractuales para la regulación de una modificación en tan particular situación.

Por ello es válido afirmar que, desde el punto vista del Contrato de Interconexión ORBITEL UNITEL, una modificación que se apoye en el derecho conferido en la Resolución No. 463 de diciembre de 2.001, compilada en la Resolución No. 489 de 2.002 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, no encuentra previsión contractual pactada con respaldo en la cual haya de configurarse la reforma correspondiente, debido a la modificación de la manera en que fue “autorizada” , si así puede decirse, para ser ejercida por los operadores TMC y TPBCLD.

La situación derivada de la Resolución No. 463 de diciembre de 2.001, compilada en la Resolución No. 489 de 2.002 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, tiene las siguientes características:

- No proviene exclusivamente de la iniciativa de una las partes y, por ende, no puede analizarse en el marco del Parágrafo Primero de la Cláusula Décima, ya que ese pacto gobierna solo aquellos eventos de cambio donde los contratantes son omnímodos para variar aspectos del acuerdo vigente, tanto que, en el caso de que por razón de la iniciativa que una de ellas expresa en cuanto a variación del contrato no se llegue a un acuerdo, se presentaría un conflicto ante evidente diferencia, situación en la cual cualquiera de las instancias convencionales de resolución de conflictos es igualmente autónoma para decidir sobre ellas, y puede llegar a desechar la modificación solicitada, aún por razones jurídicas o

técnicas.

- No es un cambio contractual determinado por vía de autoridad del ente regulador, pues lo que dispone ese acto administrativo no desarrolla la modificación misma, sino que se limita a legitimar a los operadores TMC y TPBCLD para que obtengan frente al contrato la modificación correspondiente, esto es, la aplicación en la interconexión de una de las modalidades de cargos de acceso que allí se dispuso, de lo cual surge la necesidad de concretar el escenario técnico y quizás jurídico correspondiente. En este último aspecto, por ejemplo, los contratantes podrán pactar desde cuándo se aplica la nueva modalidad de cargos de acceso.

En el evento de que la modificación provenga del debido ejercicio del derecho que a los operadores TMC y TPBCLD da el artículo 5° de la Resolución No. 463 de diciembre de 2.001, compilada en la Resolución No. 489 de 2.002 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, si no existe acuerdo para determinar el “cómo se implementa “ en el contrato o relación de interconexión la aplicación de un nuevo sistema de determinación de cargos de acceso, quien solucione el conflicto que entre las partes surja podrá desestimar el cambio en cuanto a las condiciones técnicas o jurídicas en que se pretende instaurar, pero no podrá desconocer que el operador TMC y TPBCLD tiene el derecho de obtener, en otras condiciones técnicas o jurídicas, la aplicación de la modificación en materia de cargos de acceso bajo el esquema de tales actos.

La imposibilidad de ajustar la modificación que permitió al operador de TMC y TPBCLD del convenio UNITEL ORBITEL optar por el ejercicio del derecho en la modalidad de cargos por acceso, dio evidentemente lugar a que las mismas partes aceptaran la especialidad de la situación y que desde un comienzo iniciaran un trámite de intento de acuerdo directo

que no tiene apoyo en disposición contractual alguna.

Obsérvese que UNITEL, a través de su Gerente General, le manifiesta a ORBITEL mediante comunicación del 11 de marzo de 2.002, que dadas las implicaciones de un cambio en el sistema de determinación de los cargos de acceso, se hace necesario negociar dicha modificación, para lo cual invita a esta última compañía a iniciar ese proceso de acuerdo y designa unas personas como sus representantes para ese efecto, a quienes incluso faculta para acordar procedimiento de negociación.

No alude UNITEL a estipulación contractual alguna, sino que plantea la necesidad de fijar un procedimiento para lograr un acuerdo y ese planteamiento fue aceptado por ORBITEL, pues es evidente que concurrió al trámite que para la modificación autorizada en la Resolución No. 463 de diciembre de 2.001, compilada en la Resolución No. 489 de 2.002 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, implementaron las partes.

De la documentación aportada al expediente de este trámite arbitral y que ilustra sobre lo que ocurrió entre las partes desde que se expidieron tales Resoluciones, se ve que su actuación no culminó en un acuerdo.

Si bien tales documentos fueron incorporados en copias simples, las mismas pueden ser objeto de valoración probatoria por expresa disposición del artículo 11 de la Ley 446 de 1.998, por la cual se adoptaron como legislación permanente algunas normas del Decreto 2.651 de 1.991, ya que expresa:

“Artículo 11.- Autenticidad de documentos. En todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Todo ello sin

perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros.”

Me permito transcribir lo que en esos documentos considero relevante, como sigue:

- 1) El segundo suplente del representante legal de ORBITEL le envió la comunicación 31436 del 11 de enero de 2.002 a UNITEL para manifestarle que se acogía a la opción de determinación de cargos de acceso por capacidad con sujeción a la Resolución No 463 de diciembre de 2.001 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

A esa comunicación ORBITEL adjunta unos requerimientos técnicos para dar aplicación a la opción de liquidación de cargos de acceso escogida.

- 2) Dos meses después, el 11 de marzo de 2002, el Gerente General de UNITEL plantea al segundo suplente de ORBITEL la realización de una reunión para *“adelantar el proceso de negociación sobre la materia de disponibilidad de capacidad en cargos de acceso...”*

Esa carta, se reitera, es expresa sobre a que el asunto requiere sujetarse a un procedimiento que diseñen las partes, lo que constituye una interpretación en cuanto a que el contrato no contiene reglas que aplicar para ese efecto.

Sobre el particular, es este el planteamiento de UNITEL:

*“Con el fin de agilizar el **proceso propuesto** le informamos que en representación de UNITEL actuarán en el proceso los doctores: Claudia María Jiménez Isaza, Fernando Camacho y Amparo Lucy*

Lombana, personas que han estado presentes a través de los Comités Mixto (sic) de Interconexión y, quienes se pondrán en contacto con ustedes para concretar el procedimiento que seguiremos en la negociación.” (Resaltado fuera del texto)

- 3) En el Acta de Conciliación 0032 del 11 de marzo de 2.002, que aparece suscrita por una de los representantes designados para la negociación de los cargos de acceso por parte de UNITEL y por un representante de ORBITEL, se consigna el siguiente texto, bajo el título INFORMACIÓN RELEVANTE EN LA CONCILIACIÓN:

“Orbitel solicitó conciliar los cargos de acceso por capacidad según resolución No. 463 de la CRT y Unitel considera que éstos se deben conciliar por minuto, mientras se defina al interior del CMI o por decisión de las autoridades del Sector. Por consiguiente las partes acuerdan liquidar por minuto y por lo tanto la presente conciliación queda como provisional.....” (Resaltado y subrayas fuera del texto)

De este documento debe resaltarse que el representante de UNITEL manifiesta, sin que sus declaraciones sean controvertidas por el de ORBITEL, que deberá continuarse la liquidación de cargos de acceso por minuto hasta que en el CMI o autoridades del sector **DECIDAN** lo contrario, por lo que se ratifica así que la definición del nascente conflicto estaba tramitándose con las reglas convenidas para el efecto por las partes, bajo el entendido que no existía referencia contractual para aplicar.

En ese entendido, el asunto tendría la instancia del CMI o, en caso de fracaso de acuerdo en ese nivel, la decisión (**no mediación**) de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

- 4) En Acta de Reunión No. 1 del 22 de marzo de 2002, CMI, entre ORBITEL y las Empresas Filiales de TRANSTEL S.A., en la que

también participan los representantes que UNITEL designó para el asunto, se trata el mismo de la siguiente manera:

“APLICACIÓN RESOLUCION CRT-463

Luego de estudiar el alcance de la Resolución CRT-463 y la Circular CRT-40, surgen las siguientes dos propuestas:

*Transtel propone que en un plazo de 40 días a partir de hoy, las partes negocien el esquema con el que se liquidarán los cargos de acceso, que podía ser alguno de los planteados en la Resolución CRT-463 u otro que adopten las partes por mutuo acuerdo. Para dar espacio a este proceso, Transtel propone que si no ha concluido esta negociación a la fecha en que deban conciliarse los cargos de acceso por el tráfico cursado en febrero, las conciliaciones de todas las empresas donde tiene inversiones Transtel se realicen por minuto, al valor por minuto previsto en la Resolución CRT-463. Si el proceso de negociación no ha concluido en los 40 días arriba indicados, en Telepalmira y Unitel **se liquidarán** los cargos por capacidad por el tráfico cursado a partir de marzo; en Bugatel y Teléfonos de Cartago **se liquidarían** cargos por minuto.*

Orbitel está de acuerdo en cuanto a fijar un plazo de negociación de 40 días para acordar las condiciones a las que se refiere el parágrafo 3 del artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT-87 y para que las partes examinen la posibilidad de adoptar por mutuo acuerdo un esquema alternativo al de minutos a al de capacidad para liquidar cargos de acceso. Sin embargo Orbitel no está de acuerdo con que se continúen liquidando por minuto los cargos de acceso donde optó por la alternativa de cargos por capacidad, ya que la Circular CRT-40 aclaró la vigencia y alcance de la Resolución CRT-463 y por tanto los cargos de acceso por el tráfico cursado en febrero deben liquidarse

por capacidad para Unitel, Telepalmira, Bugatel y Teléfonos de Cartago; lo anterior sin perjuicio de que se modifique esta situación para las telefónicas locales donde se llega a un mutuo acuerdo.

*No obstante lo que se acaba de plantear, los representantes a este CMI harán consultas internas y se comprometen a promover una **respuesta** formal de sus Representantes Legales sobre las propuestas formuladas en esta reunión.....” (Se resalta y subraya)*

De lo que consta en esta Acta puede extractarse:

- 4 Que los representantes autorizados para esta negociación directa, tanto de TRANSTEL (UNITEL) como de ORBITEL, están de acuerdo en un nuevo plazo para la etapa de arreglo directo, que sin duda confirma que están actuando sin sujeción a estipulación contractual alguna.
 - 5 Que hay modificación en cuanto a lo acordado en el Comité anterior, pues ya se abre la posibilidad de aplicar para UNITEL y TELEPALMIRA, al menos temporalmente, el sistema de cargos por capacidad.
 - 6 Que surge una nueva etapa en el procedimiento de arreglo directo y es la consulta a los representantes de las partes para obtener conformidad en los acuerdos a que han llegado. Esto equivale a que el Comité decide no actuar como instancia de arreglo.
- 5) En Acta de Reunión No. 2 del 31 de mayo de 2.002, CMI, entre ORBITEL y las Empresas Filiales de TRANSTEL S.A. se modifica nuevamente lo establecido hasta la fecha en materia de sistema de liquidación de cargo de acceso y se establece que:

“Las compañías Bugatel y Teléfonos de Cartago, se deben conciliar por capacidad. Las compañías Unitel y Telepalmira ya se concilian por capacidad.....” (Se resalta).

No es claro si esta declaración de los negociadores se refiere a la aplicación temporal de la liquidación de cargos por capacidad, mientras se intenta el acuerdo, o si es una definición del asunto, máxime cuando el Comité del 22 de marzo de 2.002 fue ad referendum de los representantes legales de las partes y de este trámite no se conoce nada en el expediente.

- 6) En el Acta de Conciliación 0035 de junio 12 de 2.002 (no se trata del Comité de los negociadores), referente al examen de cuentas del Contrato de Interconexión UNITEL ORBITEL, se lee:

“Según lo acordado en el último CMI celebrado el día 2 de marzo de 2002, a partir del mes de mayo se cancelan los cargos de acceso por capacidad siguiendo la metodología según lo estipulado en la resolución 489 de la CRT.....”

La referencia al CMI del 2 de marzo implica sujetar esta declaración a lo mismo que se estableció en el punto 4 anterior, esto es, se trata de un acuerdo temporal, sujeto a la ratificación de los representantes legales.

- 7) El expediente contiene un Acta de Conciliación del 26 de julio de 2.002 (que no es Comité de Negociación del Acuerdo) en la que está contenido lo siguiente:

“Unitel manifiesta que la Resolución 489 de la CRT no impide un acuerdo entre las partes para llegar a una negociación que redunde en beneficio de las mismas y un esquema alternativo al de minutos o al de capacidad para liquidar cargos de acceso, según lo acordado

en CMI del 22 de marzo de 2002...”

Esa misma acta da cuenta de que dentro de los asuntos pendientes para la próxima conciliación se encuentra definir la fecha de una reunión de CMI para trabajar nuevamente el tema de cargos de acceso por capacidad.

Se entiende de esta transcripción y referencia, que el 26 de julio de 2.002 aún no existía acuerdo entre las partes para la efectividad de la Resolución.

- 8) Hay prueba de la realización el 26 de noviembre de 2.002 de una reunión de la cual se aporta Acta No. 3 de 2.002, CMI, entre ORBITEL y las empresas filiales de Transtel, según la cual en esa fecha la última hizo el planteamiento de los requerimientos técnicos con los que se aplicaría, en caso de llegarse a un acuerdo directo, la liquidación de cargos de acceso por capacidad. Se lee en el texto de dicho documento la convergencia de los negociadores sobre los siguientes compromisos:

“1. Las filiales de Transtel enviarán a ORBITEL una comunicación suscrita por los representantes legales a más tardar el lunes 2 de diciembre, en la que expondrán más a fondo los principios indicados en el punto I de esta carta.

1. Orbitel dará respuesta a esta carta a más tardar el 6 de diciembre, en donde fijará su posición sobre lo propuesto específicamente por las filiales de Transtel. Los representantes de Orbitel a este CMI no consideran adecuado plantear posición con base en los conceptos planteados en esta reunión, sin antes conocer una propuesta específica de Transtel que permita conocer la incidencia

cuantitativa de estos conceptos en el caso de la Interconexión con Orbitel.

2. Se organizará una nueva reunión del CMI el 6 de diciembre, en la cual se buscará definir un acuerdo sobre el dimensionamiento y esquema de la Interconexión y sobre los demás temas planteados por Transtel en el punto I; de haber un ambiente favorable en estos temas, esta reunión se celebrará con participación de las áreas comerciales”.

9) UNITEL cumplió su compromiso y el 2 de diciembre suscribió su Gerente General una carta cuya parte introductoria se explica por sí sola y es del siguiente tenor:

“Según compromiso establecido en el acta de la reunión del día 26 de noviembre de 2.002, y de acuerdo con lo planteado por los miembros del CMI de las compañías filiales de Transtel en la reunión del día 31 de mayo de 2.002, me permito remitirle, para consideración y estudio por parte de Orbitel, los parámetros que, como mínimo deben ser considerados en el caso de llegar a pactarse cargos de acceso por capacidad”. (Subrayas fuera del texto)

10) El 12 de diciembre de 2.002 el Director de Relación de Operadores Nacionales comunica al Gerente General de UNITEL, después de analizar la propuesta técnica que consta en la carta citada anteriormente, que:

“Dado que este escenario de negociación planteado por su Empresa no permite vislumbrar opción alguna de acuerdo directo, el pasado lunes solicitamos de manera atenta a los Representantes de Transtel la cancelación de la reunión de CMI que estaba programada para ese mismo día.

Después de llevar a cabo las consultas de rigor, nos permitimos informar que Orbitel no puede aceptar la propuesta formulada por su Empresa, razón por la cual nos sometemos a la decisión que tome la CRT para resolver el conflicto, de acuerdo con el procedimiento definido en la regulación”.

La anterior cronología debe analizarse de manera congruente, pues si se toman aisladamente algunas de las declaraciones, se desvirtúa la realidad del devenir contractual y no se puede apreciar la significación de esa etapa.

De las actas y comunicaciones analizadas y transcritas puede deducirse:

- * Las partes asumieron la negociación tendiente al cambio del sistema de liquidación de los cargos de acceso como un trámite autónomo e independiente de lo que en cuanto a modificaciones del Contrato de Interconexión se había pactado, puesto que para ese efecto las prescripciones de la Cláusula Décima no contienen reglas aplicables.
- * Las partes, a través de sus negociadores, claramente aceptaron la posibilidad de que la situación fuera resuelta por los organismos reguladores del sector de telecomunicaciones y si bien se abrió la posibilidad de un proceso en busca de entendimiento, esa finalidad no se eliminó.
- * No se produjo en esa etapa una identidad entre los negociadores en virtud de la cual se pueda considerar que existió un acuerdo en cuanto a la modificación del Contrato de Interconexión UNITEL ORBITEL en lo que hace a los cargos de acceso.

- * El acuerdo pretendido no está constituido únicamente por una aceptación de determinado sistema de liquidación de cargos de acceso, sino de la determinación de las especificaciones técnicas y jurídicas para lograr que ese sistema de liquidación tenga efectividad.

- * Las referencias a una práctica de aplicación de la liquidación de cargos de acceso por capacidad en la relación UNITEL ORBITEL no están definidas como acuerdo definitivo y todas las actas son firmadas por representantes de ambas partes, incluso la de la última reunión que se conoce, en la cual se declara que habrá un nuevo CMI para analizar y quizás definir el asunto de los cargos de interconexión por capacidad.

Y ese descuerdo fue interpretado como tal por las partes, tanto que una de ellas, ORBITEL, mediante su solicitud del 12 de septiembre de 2.002 acudió ante la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en aras de resolver el conflicto.

Si bien en dicha solicitud ORBITEL adujo la supuesta existencia de un acuerdo sobre la modificación misma, mas no con relación a la liquidación de los cargos de acceso por capacidad, se constituye esa manifestación no solo en una declaración huérfana de demostración a la luz de las pruebas obrantes dentro del proceso, sino contraria a otros elementos de juicio que hablan en sentido contrario, como es el caso de la comunicación fechada al 12 de diciembre de 2.002 del Director de Relación de Operadores Nacionales de ORBITEL a través de la cual informó a UNITEL la ruptura de la etapa de arreglo directo por falta de acuerdo y no por desconocimiento de algún entendimiento ya logrado.

Obsérvese que la mencionada comunicación es posterior a la solicitud de ORBITEL que puso a consideración de la Comisión de Regulación de

Telecomunicaciones las diferencias con UNITEL, y en vigencia del proceso que de allí se derivó. Siendo así, cómo pretender, al menos probatoriamente, que existe clara evidencia sobre un acuerdo cierto entre las partes que delinea la estructura de la modificación del Contrato de Interconexión como consecuencia del ejercicio del derecho que la Resolución No. 463 de diciembre de 2.001, compilada en la Resolución No. 489 de 2.002 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, le concedió a ORBITEL.

En ese estado las cosas, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones resolvió el conflicto que por la aplicación de la Resolución No. 463 de diciembre de 2.001, compilada en la Resolución No. 489 de 2.002, se suscitó entre UNITEL Y ORBITEL, con fundamento en las facultades de dicho ente, decisión que fue controvertida en sede administrativa por UNITEL, no logrando su revocatoria sino su confirmación.

Se trata de las Resoluciones números 830 del 25 de septiembre de 2.003 y 912 del 3 de diciembre de 2.003, ambas de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Esos actos contienen las declaraciones que ante la falta de acuerdo entre las partes, introducen en el Contrato de Interconexión suscrito entre UNITEL y ORBITEL la variación del sistema de liquidación de los cargos de acceso a la interconexión como estructura de la modificación del contrato.

La primera de estas Resoluciones, confirmada por la segunda, determina la manera como debe ORBITEL remunerar a UNITEL los cargos de acceso por capacidad y la fecha que establece como punto de partida para ese cambio es el día 17 de septiembre de 2.002, ya que toma como inicio de la modificación del sistema de remuneración de cargos de acceso la

fecha en que fue radicada la solicitud del conflicto por parte de ORBITEL.

Resuelto así el conflicto, mediante actos administrativos que por disposición del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo están produciendo efectos, independiente de las referencias que trae el expediente sobre el curso de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en vía jurisdiccional que formuló UNITEL contra las dos Resoluciones, se descarta la posibilidad de que en estos momentos se hagan declaraciones en otro sentido y a las mismas se le confieran efectos a partir de momentos distintos.

Se impone, entonces un criterio de análisis que conduce a conclusiones distintas a las señaladas en la decisión mayoritaria, ya que el laudo llega al entendido de que el Contrato de Interconexión fue modificado por acuerdo directo de las partes. Si dicha decisión reconoce que el material probatorio debía ser analizado de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se imponía el estudio de la totalidad de la prueba documental, con estricto apego a las disposiciones de los artículos 187 y 258 del Código de Procedimiento Civil.

Se echa de menos que a cada documento, de todos los obrantes en el proceso y considerados en este salvamento de voto, el Tribunal de Arbitramento le hubiese asignado su valor demostrativo, aplicando para ello el principio de la indivisibilidad documental como fundamento, para luego darse a la ponderación de todas las pruebas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, esto es, imprimiéndole la importancia necesaria a la conducta de las partes a lo largo del proceso de discusión de la modificación del Contrato de Interconexión, la cual está muy distante de la posibilidad de concluir como lo hace la decisión mayoritaria, como que ORBITEL acudió a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y UNITEL convocó el trámite del presente proceso

arbitral, la primera porque consideraba que no se habían producido definiciones y la segunda porque estimaba que no mediaba modificación alguna respecto de la relación contractual.

El esquema de trabajo de este salvamento de voto ha buscado profundizar individualmente y en conjunto sobre el haz probatorio, cuyas conclusiones no son desvirtuadas con los dichos de los representantes legales de las partes en diligencias de interrogatorio de parte, las cuales no contienen expresiones que impliquen la afirmación de hechos perjudiciales a los declarantes o favorables a la contraparte, ya que no obran respuestas en el sentido según el cual ORBITEL acepte la posición del convocante en cuanto a que el Contrato de Interconexión no se hubiese modificado o de UNITEL en referencia a la supuesta modificación del mismo acto por la decisión de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Por ello, y considerando que los documentos incorporados al expediente lo fueron en ocasiones por una y otra parte, y en otras utilizados para su estudio en los escritos de demanda, contestación y de alegaciones, se tiene que:

- a) Por virtud de la Resolución No. 463 de diciembre de 2.001, compilada en la Resolución No. 489 de 2.002 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, le surgió el derecho a ORBITEL de optar por el sistema de cargos de acceso por capacidad, en lugar de que fuera por minuto como lo disponía el respectivo contrato de Interconexión.
- b) El ejercicio de tal derecho por parte de ORBITEL, aparejaba una obligación para UNITEL, ya que: *“Otra clase de límites a la autonomía negocial y una nueva causa de duda sobre la ocurrencia o no ocurrencia del contrato, se encuentra en todos aquellos casos en los cuales por fuerza de una disposición legal (o en virtud de otro*

contrato), un sujeto resulta obligado a estipular (Cfr. p. art. 2597 Cod. Civil) en cuanto mira a la hipótesis de obligación de origen legal, a la que ha de dedicarse alguna atención ahora, debe admitirse que se trata de una ulterior manifestación, bastante confusa por cierto, de la ya anotada tendencia del legislador a invadir la esfera de la autonomía de los particulares para la satisfacción de exigencias económico sociales de singular urgencia. ...”.

- c) Las reglas de modificación del Contrato de Interconexión contenidas en su cláusula décima, no previeron situación igual a la expresada en los literales anteriores. Por tanto, en tal entendido las partes desde un comienzo iniciaron un trámite de intento de acuerdo directo.
- d) Sin embargo, el Contrato de Interconexión no se modificó por acuerdo de las partes.
- e) Fue la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la que, al desatar el conflicto, introdujo la modificación a ese contrato, la cual consta en Resoluciones números 830 del 25 de septiembre de 2.003 y 912 del 3 de diciembre de 2.003.
- f) Dado que el procedimiento para hacer efectivo el derecho que a favor de ORBITEL estableció la Resolución No. 463 del 27 de diciembre de 2.001 no es contractual, esto es, no estaba preestablecido en el Contrato de Interconexión UNITEL ORBITEL, esta última no incumplió el Contrato de Interconexión cuando acudió a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en busca de una solución del conflicto.

En mi criterio, por las razones expuestas se imponía la denegación de las súplicas de la demanda, que debían ser tomadas de manera integral y sin lugar a las escisiones de la decisión mayoritaria, cuya metodología

consistió en abordar cada una de esas pretensiones para pronunciarse de manera individual sobre su prosperidad o fracaso, no obstante que ellas constituyen un todo de la posición esgrimida por el convocante, tanto que la declaración del régimen jurídico aplicable al Contrato de Interconexión luce como una aceptación de una parte de la demanda, pero vacía de contenido a la luz de los planteamientos generales de la misma.

En los anteriores términos dejo expresadas las razones que muy respetuosamente me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria expresada en el laudo dictado en este proceso arbitral.

Santiago de Cali, 13 de diciembre de 2006 .

MARÍA DEL CONSUELO RIVAS PUENTE

Árbitro