

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P.

Vs.

ORBITEL S.A. E.S.P.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, Enero 25 de 2.007

Agotadas las etapas procesales previstas en la legislación vigente, mediante el presente LAUDO se desata el conflicto jurídico planteado en la demanda arbitral instaurada por TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P. contra ORBITEL S.A. E.S.P., previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. DEL CONTRATO

Mediante documento suscrito por la CONVOCANTE el día 31 de marzo de 2.000 y por la CONVOCADA el 15 de marzo del mismo año, las partes celebraron el denominado, "**CONTRATO DE INTERCONEXION, ACCESO Y USO ENTRE TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P.**", que según la cláusula primera señala: "OBJETO: El presente contrato tiene por objeto determinar los derechos y obligaciones entre ORBITEL¹ y TELEFONOS DE CARTAGO², con respecto al acceso, uso e interconexión directa de sus redes de telecomunicaciones y las condiciones de carácter legal, comercial, técnico, operativo y

¹ Operador de TPBCLD

² Operador de TPBCL y LE

económico derivadas de la misma” (Prueba No. 1 obra copia del citado contrato).

2. DEL PACTO ARBITRAL

Que en la cláusula VIGESIMA TERCERA. “SOLUCION DE CONFLICTOS”, se establece los procedimientos para la solución de conflictos derivados de: “...la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación...” del contrato, acordando recurrir a los medios de solución de controversia contractuales siguientes: 1. Comité Mixto de Interconexión, 2. Representantes legales de las partes, 3. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, y 4. Tribunal de Arbitramento, en el cual las partes textualmente señalaron:

*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 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. ACTUACIONES PREVIAS DEL CENTRO DE CONCILIACION Y ARBITRAJE DE LA CAMARA DE COMERCIO DE CALI

El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali recibió la demanda arbitral incoada por TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P. contra ORBITEL S.A. E.S.P., el día 20 de abril de 2006, con el fin de decidir en derecho las diferencias surgidas entre las dos empresas con ocasión del Contrato de Interconexión.

4. DESIGNACION DE LOS ARBITROS

Por 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 HERNANDO ALFONSO DIAZ QUINTERO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 14.575.255, con Tarjeta Profesional N° 59.267 del Consejo Superior de la Judicatura, JAIME VALENZUELA COBO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 14.941.722, con Tarjeta Profesional N°

9.092 del Consejo Superior de la Judicatura y ALBA LUCIA GUTIERREZ ORTIZ, identificada con la cédula de ciudadanía N° 31.971.067, con Tarjeta Profesional N° 81.921 del Consejo Superior de la Judicatura.

La designación de los árbitros HERNANDO ALFONSO DIAZ QUINTERO y JAIME VALENZUELA COBO fue objetada por la CONVOCADA por considerar que no cumplían con los requisitos de especialización o de experiencia comprobada en telecomunicaciones, objeción que fue desestimada por el CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE.

Luego, la CONVOCADA interpuso acción de tutela por indebida integración del Tribunal y por violación al debido proceso, acción que fue desestimada por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de la Ciudad de Cali en providencia confirmada en segunda instancia.

5. INSTALACION

El Tribunal se instaló el día 17 del mes de Julio de 2006 se fijo como sede del Tribunal las instalaciones del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, ubicado en la Calle 8ª N° 3 – 14, piso 4º, de Cali, teléfonos 8861369, fax 8861332. Fue designado como Presidente a HERNANDO ALFONSO DIAZ QUINTERO y secretario a LUIS MIGUEL MONTALVO PONTON, quien acepto el cargo y tomo posesión ante el Presidente.

En el mismo acto se recibió el expediente, y se reconoció la personería a los apoderados de las partes.

Se corrió traslado de la recusación presentada por la parte CONVOCANTE contra el árbitro ALBA LUCIA GUTIERREZ ORTIZ por presunto interés en el proceso, debido a su condición de abogada de planta del TELECOM; recusación que fue desestimada por los árbitros restantes en decisión tomada mediante Auto No. 2 de fecha Julio 26 de 2006.

6. ADMISION DE LA DEMANDA Y TRAMITES POSTERIORES

En audiencia del 26 de julio de 2006 y mediante el Auto No. 3, el Tribunal admitió la solicitud de convocatoria y demanda arbitral presentada el 20 de abril de 2006 y ordenó la notificación personalmente a las partes, corriendo el traslado a la parte convocada por el término de 10 días.

La sociedad convocada contestó oportunamente la demanda, el día 22 de agosto de 2006, propuso excepciones de mérito y solicitó la práctica de pruebas. No se presentó demanda de reconvencción.

De las excepciones de merito se le corrió traslado a la parte convocante mediante fijación en lista el 22 de agosto por tres días.

El 28 de agosto de 2006, se recibió escrito suscrito por el apoderado de la parte convocante, describiendo el traslado de las excepciones de fondo.

Mediante Auto N° 7 del 31 de agosto de 2006 (Acta N° 4), se citó a las partes y a sus apoderados para que asistieran el día 5 de septiembre de 2006 a las 9:30 a.m., a la audiencia de conciliación.

7. AUDIENCIA DE CONCILIACION

El 5 de septiembre de 2006 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, a la que asistieron el representante legal de TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P., junto con sus apoderados; dando cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto Nº 1818 de 1998, artículo 141, numeral 2 y 121 de la Ley 446 de 1998; declarándose fracasada por cuanto a las partes no le asistía animo conciliatorio. (Auto No. 8 del 5 de septiembre de 2006)

8. FIJACION DE HONORARIOS Y GASTOS DEL TRIBUNAL

Mediante Auto No. 9 del 5 de septiembre de 2006, se fijaron los honorarios de los árbitros y de la secretaria, así como los gastos de administración, protocolización y otros gastos.

Dentro de la oportunidad consagrada en el decreto 2279 de 1989, las partes consignaron las sumas correspondientes a los honorarios y gastos del Tribunal.

II. TRAMITE ARBITRAL

9. PRIMERA AUDIENCIA DE TRAMITE

Se inicio el día 28 de septiembre de 2006 (Acta No 6); en ella, previa la lectura de la cláusula compromisoria, de las cuestiones sometidas a la decisión arbitral, de las pretensiones de la demanda, el Tribunal declaró mediante Auto Nº 10 su competencia para conocer y decidir en derecho de las controversias o diferencias

planteadas en la demanda arbitral por TELEFONOS DE CARTAGO 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° 12 de octubre 9 de 2006, negando la reposición del auto impugnado y ordenando continuar adelante con el trámite arbitral.

Mediante Auto N° 13 del 9 de octubre de 2006, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

10. LAS PARTES

Convocante:

TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P., es una sociedad comercial, constituida legalmente por escritura pública número 0004, otorgada el 3 de Enero de 1997, ante en la Notaría 2 del Circulo Notarial de Cartago, la cual es subsidiaria del grupo empresarial TRANSTEL S.A., conforme en los términos del artículo 22 de la Ley 222 de 1995, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cartago, su domicilio principal es la ciudad de Cartago y su representante legal es el Gerente, la doctora MARIA EUGENIA DIAZ CHICA.

La citada sociedad está representada judicialmente en el presente proceso arbitral, por apoderado judicial.

Convocada:

ORBITEL S.A. ESP, es una sociedad comercial, constituida legalmente por escritura pública número 340, otorgada el 16 de Febrero de 1998, ante la Notaría 8 del Circulo Notarial de Medellín, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, su domicilio principal es la ciudad de Medellín y su representante legal es el Presidente, el doctor ALEJANDRO CEBALLOS.

La citada sociedad está representada judicialmente en el presente proceso arbitral, por apoderado judicial.

11. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P., solicita en el escrito de la demanda, que se declare lo siguiente,

" 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.

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.

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.

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 se termine el Contrato o hasta que éste sea válidamente modificado por las partes.

5. 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 Teléfonos de Cartago con ocasión del Contrato de Interconexión.

6. Que como consecuencia de la anterior declaración, condene a Orbitel a indemnizar los perjuicios que le ha ocasionado a Teléfonos de Cartago.

7. Condenar en costas y agencias en derecho a Orbitel.”

12. HECHOS DE LA DEMANDA

El demandante expone como fundamento de las pretensiones los hechos que se transcriben en lo fundamental:

1. Explicación general del sector de las telecomunicaciones en Colombia;

2. Contrato de Interconexión;

3. Surgimiento del conflicto contractual entre Orbitel y Teléfonos de Cartago;

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 el acápite denominado “**Explicación general del sector de las Telecomunicaciones en Colombia**”, el convocante realiza un glosario sobre los términos técnicos, referentes al sector de las telecomunicaciones, que tienen relación con el Contrato de Interconexión celebrado entre Teléfonos de Cartago 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.

En el acápite denominado "**Regulación de los servicios públicos en Colombia**", el convocante hace un recuento del marco constitucional sobre la prestación de los servicios públicos domiciliarios, señalando que el legislador expidió la Ley 142 de 1994 la cual se estableció el régimen jurídico de los contratos de las empresas de servicios públicos, atendiendo a las reglas del derecho privado.

De igual manera señaló el actor que 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, y 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 calidad.

El convocante señala que la Ley 142 de 1994 creó las Comisiones 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.

Que dentro de las funciones que desempeña la CRT se encuentran las relaciones con la solución de los conflictos contractuales que han sido limitados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a aquellos de carácter técnico y administrativo que se presenten entre los operadores de TPBC.³

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.

³ 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.

Al hacer referencia al acápite del "**Contrato de Interconexión**", el actor señaló:

1.- Que el día 31 de marzo de 2000, ORBITEL S.A. E.S.P y TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P. suscribieron contrato de Interconexión, acceso y uso, con una vigencia de cinco años contados a partir del 30 de abril de 1999, hasta el 30 de abril de 2004, prorrogables automáticamente por un término igual al inicialmente pactado.

2.- Que en consecuencia, dicho contrato se prorrogó automáticamente hasta el 30 de abril de 2009, en iguales condiciones que el contrato original, dado que ninguna de las partes manifestó su voluntad para terminarlo.

3.- Que en dicho contrato las partes acordaron que la modalidad de remuneración de cargos de acceso y uso de la red de Teléfonos de Cartago S.A. E.S.P., se determinarían por minuto o fracción de minuto cursado, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 39.4 y 74.3, literal c) de la ley 142 de 1994 y en el Título IV de la Resolución 087 de 1997.

4.- Que las partes acordaron igualmente 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, y que en el evento en que no fuera posible el mutuo acuerdo, la partes acudirían al procedimiento de resolución de conflictos contractuales, previsto en la cláusula Vigésima Tercera (23ª) del Contrato de Interconexión.

5.- Que las partes de dicho contrato, acordaron un procedimiento tendiente a solucionar los conflictos contractuales que se pudieren presentar durante la ejecución del contrato, conformado por las siguientes cuatro etapas:

- i) Comité Mixto de Interconexión.
- ii) Acuerdo entre los Representantes legales de las partes.
- iii) Mediación de la CRT a petición de ambas partes.
- iv) Tribunal de Arbitramento.

6.- Que dicho procedimiento buscaba el agotamiento de todas y cada una de las etapas convenidas en el contrato en aras de encontrar una amigable, directa y ágil fórmula de arreglo a las posibles controversias suscitadas, a instancias del CMI o entre sus representantes legales. En el evento de que agotadas estas dos instancias las partes no hubieren llegado a un acuerdo directo y amigable, de común acuerdo podrían solicitar la mediación de la CRT, entidad que se limitaría a buscar formas de arreglo entre las partes y, como última instancia, acudirían al Tribunal de Arbitramento, que en definitiva sería el único órgano competente para resolver de plano las controversias contractuales suscitadas entre las partes, en virtud de su naturaleza jurisdiccional.

Sobre el "***Surgimiento del conflicto contractual entre Orbitel y Teléfonos de Cartago***", el actor manifestó:

7.- Que así las cosas, el 27 de diciembre de 2001, la CRT expidió la Resolución 463 de 2001, la cual modificó la Resolución 087 de 1997, en el sentido de establecer que a partir del primero 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 opciones de remuneración de cargos de acceso: Por minuto o por capacidad.

8.- Que en virtud de la mencionada Resolución, mediante comunicación de fecha enero 9 de 2002, Orbitel informó a Teléfonos de Cartago, que partir del primero (1) de enero de ese año, se acogería al nuevo esquema de cargos de acceso, es decir cargos de acceso por capacidad.

9.- Que en consecuencia, Teléfonos de Cartago se opuso al pago de los cargos de acceso por capacidad dado que la interconexión ya había sido acordada y se encontraba plasmada en un contrato válidamente celebrado por las partes, el cual solamente podía ser modificado por mutuo acuerdo entre las partes de conformidad con lo previsto en la cláusula décima (10ª) de dicho contrato de Interconexión.

10.- Que fue así como surgió el conflicto entre las partes, pues Orbitel sostiene que tiene el derecho a pagar los cargos de acceso por capacidad de conformidad con las Resoluciones expedidas por la CRT, mientras Teléfonos de Cartago sostiene que los cargos de acceso se deben calcular por minuto tal como fue establecido en el contrato de interconexión.

11.- Que igualmente las partes discreparon sobre la aplicación e interpretación del contenido de la cláusula décima (10ª) del Contrato de Interconexión, mediante la cual se reguló la forma en que el mismo podría modificarse.

12.- Que Orbitel ha sostenido que el artículo 4.2.2.19 de la Resolución 087 de 1997, modificado por el artículo 2 de la

Resolución 489 de 2002, modifica de manera automática el contrato de Interconexión, según lo previsto en el mismo contrato, mientras Teléfonos de Cartago, por el contrario, ha venido sosteniendo que dicho artículo no tiene la virtud de modificar automáticamente lo dispuesto por la cláusula 2.2 literal a) del Anexo No. 2 del contrato de Interconexión, argumentando que dicha disposición no puede aplicarse a situaciones jurídicas consolidadas sobre el argumento de que el contrato es ley para las partes y no puede ser modificado de manera unilateral.

En cuanto al **"Incumplimiento contractual por parte de Orbitel"** señala el convocante:

13. Que tal como lo establecía el contrato, el conflicto presentando entre las partes se ventiló ante el Comité Mixto de Interconexión sin que se hubiese llegado a ningún acuerdo.

14.- Que Orbitel, pasando por alto el procedimiento establecido por las partes para la solución de conflictos, sometió de manera unilateral, el conflicto contractual ante la CRT, entidad que según el contrato de Interconexión estaba facultada por las partes para intervenir en calidad de mediadora en el procedimiento de Resolución de Conflictos.

15.- Por lo anterior, Orbitel incumplió lo previsto en la cláusula vigésima tercera (23) del Contrato de Interconexión, toda vez que acudió de manera unilateral a la CRT para que resolviera el conflicto, con base en las facultades otorgadas a esta comisión por la Ley 142 de 1993

En el acápite denominado ***"Intervención de la CRT en un conflicto de naturaleza exclusivamente contractual"*** señala el convocante:

16.- Que en consecuencia y teniendo en cuenta dicha solicitud, la CRT mediante Resolución No. 662 de 2003 se pronunció sobre el conflicto, resolviendo que Orbitel debía pagar a Teléfonos de Cartago los cargos de acceso por capacidad y no por minuto, como se había establecido inicialmente en el contrato de Interconexión.

17.- Que el 19 de mayo de 2003, Teléfonos de Cartago interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 662 de 2003.

18.- Que mediante Resolución 778 de 2003, la CRT decidió confirmar en todas sus partes la Resolución recurrida, expresando que el conflicto no era contractual sino de regulación y que en el presente caso la libertad contractual de las partes estaba limitada por la regulación.

19.- Que en consecuencia, el dos (2) de abril de 2003, Teléfonos de Cartago acudió ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, interponiendo la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra las Resoluciones No. 662 de 2003 y 778 de 2003, argumentando entre otros aspectos, que el conflicto presentado era de naturaleza eminentemente contractual y no regulatoria.

20. Como consecuencia de la expedición de las Resoluciones CRT, a Teléfonos de Cartago se le violaron sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, puesto que la controversia contractual que se había presentado entre los operadores no fue resuelta por el juez del Contrato de

Interconexión, el cual, como se había indicado debía ser un tribunal de arbitramento, sino por autoridad administrativa sin funciones sin funciones jurisdiccionales.

Sobre la **"Observancia del procedimiento de resolución de conflictos contractuales previsto en la cláusula vigésima tercera (23ª) del Contrato de Interconexión"** señala el demandante:

21.- Que en virtud del incumplimiento por parte de Orbitel, Teléfonos de Cartago decidió adelantar el procedimiento previsto en la cláusula vigésima tercera (23ª) del contrato de interconexión, por lo que mediante comunicación de fecha 13 de diciembre de 2005, invitó a Orbitel a celebrar un CMI con el fin de adelantar dicho procedimiento para solucionar el conflicto.

22.- Que transcurrido el término contractualmente previsto sin haber podido reunirse con Orbitel, Teléfonos de Cartago mediante comunicación de fecha 29 de marzo de 2006 invitó al Representante Legal de Orbitel a celebrar una reunión con el propósito de dar cumplimiento a la segunda etapa del procedimiento de solución de conflictos previsto en el contrato, invitación de la que nunca se tuvo respuesta alguna.

23.- Que vencido el término contractual para que los Representantes Legales de las partes pudieran llegar a un acuerdo acerca del conflicto, el representante legal de Teléfonos de Cartago, dando alcance a la comunicación del 29 de marzo de 2006, comunicó al representante legal de Orbitel su disposición de someter el conflicto a la mediación de la CRT, previamente a la

convocatoria del tribunal de arbitramento para la solución del conflicto presentado entre los operadores.

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 Teléfonos de Cartago S.A. E.S.P. y Orbitel S.A. E.S.P. a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

13. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Corrido el traslado de la demanda, la CONVOCADA contesto oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y manifestando lo siguiente:

Manifiesta respecto a la primera pretensión, que el contrato suscrito se rige por el derecho público y considera desatinado señalar que se rige totalmente por el principio de la autonomía de la voluntad privada y por el contrato acordado por las partes; en referencia a la segunda pretensión, manifiesta que los cargos de acceso fueron modificados en virtud de una norma de orden público; respecto de la tercera pretensión, afirma que las normas de orden público se aplican desde el mismo momento de su publicación en el diario oficial; frente a la cuarta pretensión, manifiesta que fue el Gobierno Nacional quien le confirió a la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, facultades regulatorias en materia de telecomunicaciones y específicamente en el tema de interconexión entre operadores de servicios; frente a la quinta pretensión afirma

que no ha incumplido ninguna obligación; sobre la sexta pretensión dice que no ha incumplido ninguna obligación contractual y que no está obligada al pago de ninguna indemnización; sobre la séptima pretensión solicita la condena en costas a la CONVOCANTE.

La CONVOCADA pasa luego a pronunciarse sobre los hechos de la demanda.

Se pronuncia frente al tema de la regulación de los servicios públicos en Colombia aceptando el ordinal a), pero aclara que la información es incompleta; frente al ordinal b), manifiesta que es cierto, frente al ordinal c) señala que es cierto, respecto del ordinal d) dice que no es cierto que la norma citada tenga el carácter de general y que lo general es que tales normas son de orden público, sobre el ordinal e) dice que es parcialmente cierto que la libre voluntad negocial es parcial, respecto del ordinal f) contestó que es parcialmente cierto.

Frente a las funciones de la CRT manifiesta su desacuerdo sobre la fundamentación jurídica de las funciones de la Comisión tal como aparecen citadas en la demanda.

Respecto al Contrato de Interconexión se aparta totalmente de la caracterización que hace la convocante en la redacción de los hechos. Niega que el contrato se haya prorrogado automáticamente en igualdad de condiciones y aduce que la convocada mediante comunicaciones dirigidas a Teléfonos de Cartago desde el 9 de enero de 2002, solicitó la aplicación del cobro de cargos de acceso por capacidad de conformidad con lo dispuesto por la resolución

463 de 2001 emanada de la CRT, sosteniendo que esta entidad es competente para modificar dichos contratos. Igualmente, trae a colación lo pactado en el párrafo segundo de la cláusula décima, que dice: *"...cuando las modificaciones se originan 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..."*; agregando que no es cierto que las partes hayan pactado que en los eventos de modificación de algún término o condición contractual se haya acordado recurrir a los medios de solución de controversias contractuales y afirma que no existe conflicto sino la renuencia de Teléfonos de Cartago a cumplir con el mandato de la autoridad regulatoria del sector de las telecomunicaciones.

Sobre el surgimiento del conflicto contractual entre Orbitel y Teléfonos de Cartago, manifiesta que tal como las partes acordaron en la cláusula vigésima sexta del contrato, las normas expedidas por la CRT se entienden incorporadas al contrato desde su publicación y no como lo afirma Teléfonos de Cartago que no pueden incorporarse a contratos ya firmados e insiste que no hay conflicto sino la renuencia de la Convocante a cumplir las disposiciones de la CRT; señala que Teléfonos de Cartago "poseía la obligación legal de ofrecer a Orbitel la opción de acogerse al pago de cargos de acceso por minuto o por capacidad y que al haber Orbitel optado por acogerse a la modalidad de capacidad, a Teléfonos de Cartago se le creó la obligación de aceptar tal decisión y cobrar desde ese momento los cargos de acceso por capacidad. Señala que la Resolución No 463 de 2.001 modificó la Resolución No 087 de 1997, compilada la primera por la Resolución 489 de 2.002, y modificó, por ser una disposición de carácter general, todos los contratos de

acceso, uso e interconexión existentes al momento de su publicación.

En referencia a la intervención de la CRT en la ejecución y modificación de la interconexión, se opone a las afirmaciones de la demanda respecto a la imposibilidad de la CRT de intervenir en la modificación de los contratos de interconexión.

Acerca de la aseveración de incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de Orbitel, las niega.

Respecto de la intervención de la CRT en un conflicto de naturaleza contractual, manifiesta que la Comisión es la autoridad idónea para conocer y solucionar el conflicto presentado entre las partes y que ante la CRT se adelantó el trámite administrativo para la solución del conflicto presentado entre las partes.

Frente a la observancia del procedimiento de resolución de conflictos contractuales previstos en la cláusula vigésima tercera (23) del Contrato de Interconexión, niega que Orbitel haya incumplido el contrato y afirma que quien sí lo ha incumplido ha sido Teléfonos de Cartago al hacer caso omiso de las decisiones del CRT, niega también el conflicto sea contractual afirma; que no se dieron los pasos pactados en la cláusula compromisoria y que la Convocante acudió al Tribunal de Arbitramento fuera de los términos acordados.

1.- Se pronuncia frente al tema de la regulación de los servicios públicos en Colombia aceptando el ordinal a), pero aclara que la

información es incompleta; frente al ordinal b), manifiesta que es cierto, frente al ordinal c) señala que es cierto, respecto del ordinal d) dice que no es cierto que la norma citada tenga el carácter de general y que lo general es que tales normas son de orden público, sobre el ordinal e) dice que es parcialmente cierto, que la libre voluntad negocial es parcial, respecto del ordinal f) contestó que es parcialmente cierto.

Frente a las funciones de la CRT manifiesta su desacuerdo sobre la fundamentación jurídica de las funciones de la Comisión tal como aparecen citadas en la demanda.

2.- Respecto al Contrato de Interconexión se aparta totalmente de la caracterización que hace la convocante en la redacción de los hechos. Niega que el contrato se haya prorrogado automáticamente en igualdad de condiciones y aduce que la convocada mediante comunicaciones dirigidas a Teléfonos de Cartago desde el nueve de enero de 2002, solicitó se diera aplicación al cobro de cargos de acceso por capacidad de conformidad con lo dispuesto por la Resolución 463 de 2001 emanada de la CRT, sosteniendo que esta entidad es competente para modificar dichos contratos. Igualmente, trae a colación lo pactado en el párrafo segundo de la cláusula décima, que dice: *"cuando las modificaciones se originan 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"*; agregando que no es cierto que las partes hayan pactado que en los eventos de modificación de algún término o condición contractual había que recurrir a los medios de solución de controversias contractuales y afirma que no existe conflicto sino la renuencia de Teléfonos de

Cartago a cumplir con el mandato de la autoridad regulatoria del sector de las telecomunicaciones.

3.- Sobre el surgimiento del conflicto contractual entre Orbitel y Teléfonos de Cartago, manifiesta que tal como las partes acordaron en la cláusula vigésima sexta del contrato, las normas expedidas por la CRT se entienden incorporadas al contrato desde su publicación y no como lo afirma Teléfonos de Cartago, que no pueden incorporarse a contratos ya firmados e insiste que no hay conflicto sino la renuencia de la Convocante a cumplir las disposiciones de la CRT; señala que Teléfonos de Cartago "poseía la obligación legal de ofrecer a Orbitel la opción de acogerse al pago de cargos de acceso por minuto o por capacidad y que al haber Orbitel optado por acogerse a la modalidad de capacidad, a Teléfonos de Cartago se le creó la obligación de aceptar tal decisión y cobrar desde ese momento los cargos de acceso por capacidad. Señala que la Resolución No 463 de 2.001 modificó la Resolución No 087 de 1997, compilada la primera por la Resolución 489 de 2.002, y modificó, por ser una disposición de carácter general, todos los contratos de acceso, uso e interconexión existentes al momento de su publicación.

4.- Con relación al incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de Orbitel, las niega.

5.- En referencia a la intervención de la CRT en la ejecución y modificación de la interconexión, se opone a las afirmaciones de la demanda encaminadas a desconocer que la CRT tiene la potestad de intervenir en la modificación de los contratos de interconexión.

Manifiesta que la Comisión es la autoridad idónea para conocer y solucionar el conflicto surgido entre las partes y que ante la CRT se adelantó el trámite administrativo en busca de esa solución.

6.- Frente a la observancia del procedimiento de resolución de conflictos contractuales previstos en la cláusula vigésima tercera (23) del Contrato de Interconexión, niega que Orbitel haya incumplido el contrato y afirma que quien si lo ha incumplido ha sido Teléfonos de Cartago al hacer caso omiso de las decisiones de la CRT. Niega también, que el conflicto sea contractual; afirma que la reunión del CMI se realizó el veinte de diciembre de 2.005 y manifiesta que no se dieron los pasos pactados en la cláusula compromisoria y que la CONVOCANTE acudió al tribunal de arbitramento fuera de los términos acordados.

14. EXCEPCIONES DE FONDO

Como **EXCEPCIONES DE FONDO** propuso la CONVOCADA, la innominada o genérica, la falta de jurisdicción y de competencia, la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones, cumplimiento perfecto por parte de Orbitel del objeto del contrato suscrito con Teléfonos de Cartago, 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. y enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido.

Corrido el traslado de las excepciones a la CONVOCANTE, ésta manifestó que Orbitel ha interpretado de manera antijurídica el contrato y la naturaleza del conflicto.

Desestima todas y cada una de las excepciones propuestas por la CONVOCADA, aduciendo entre otras cosas que Teléfonos de Cartago, cumplió a cabalidad los términos y etapas del procedimiento previsto en el contrato para la solución de los conflictos, procedimiento que no pudo ser agotado única y exclusivamente por la renuencia que se evidenció por parte de Orbitel.

Igualmente, reitera su posición manifestando que hubo incumplimiento por parte de Orbitel cuando de manera unilateral acude a instancias de la CRT para la solución del conflicto; que la conducta culposa de Orbitel se encuentra debidamente comprobada así como también el daño material a la CONVOCANTE y el nexo de causalidad entre la conducta y el daño; y finalmente se pronuncia sobre la excepción de enriquecimiento sin causa propuesta por la CONVOCADA aduciendo que efectivamente el incumplimiento contractual por parte de Orbitel ha traído consigo perjuicios sufridos por Teléfonos de Cartago, los cuales deben ser indemnizados.

15. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

Por Auto No. 13 proferido en la primera audiencia de trámite (Acta No. 7 del 9 de Octubre de 2006) el Tribunal decretó y practicó todas las pruebas solicitadas por las partes, las cuales se relacionan a continuación:

a) Documentales

Se agregaron al expediente los documentos aportados por TELEFONOS DE CARTAGO S.A. ESP en la demanda. Igualmente se agregaron al expediente los documentos aportados por la entidad

convocada ORBITEL S.A. ESP relacionados en la contestación de la demanda.

b) Interrogatorios de parte

El día 9 de Noviembre de 2006, rindieron declaración de parte, la señora MARIA EUGENIA DIAZ CHICA, representante legal de TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P., y el señor JAIME ANDRES PLAZA FERNANDEZ, representante legal de ORBITEL S.A. E.S.P. De la transcripción correspondiente se corrió traslado a las partes y se agregó al expediente.

c) Declaración de terceros

A solicitud de las partes se decretó y practicó prueba testimonial de las siguientes personas: Gabriel Adolfo Jurado, Carlos Herrera, Pedro Nel Rueda Garcés, Denis Lopez, Andrea Muñoz y Hernan Lozano.

De la transcripción correspondiente se corrió traslado a las partes y se agregó al cuaderno de pruebas del expediente.

De esta manera el Tribunal de Arbitramento cumplió con el debido proceso al decretar y practicar todas las pruebas solicitadas.

16. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte CONVOCANTE en su escrito de alegatos, detalla los aspectos de hecho y de derecho sobre los cuales se basan todas las pretensiones. Manifiesta que todas las cláusulas del contrato son de obligatorio cumplimiento durante la vigencia del mismo, en los

términos inicialmente pactados, a menos de que sean modificadas de acuerdo con el procedimiento establecido en el contrato.

Hace referencia a la Resolución 463 de 2001 y arguye que dicha resolución no le otorga al operador de larga distancia la posibilidad de modificar de manera unilateral los contratos de interconexión validamente celebrados, y que la opción de cargos de acceso que deben ofrecer los operadores locales aplica solamente para quienes les demanden interconexión en el futuro, mas no para las interconexiones que se encuentren reguladas por un contrato de interconexión vigente, es decir, que las partes podrían optar por modificar la modalidad de remuneración de cargos de acceso, siempre y cuando dicha modificación sea el producto de un acuerdo de voluntades. Igualmente manifiesta que en el proceso se logró probar que las partes no incorporaron modificación alguna mediante el procedimiento establecido en el contrato, esto es, mediante la suscripción de acta de modificación bilateral y que contrariamente a lo que aduce la CONVOCADA, la Resolución 463 de 2001 no modificó de manera automática los contratos de interconexión vigentes al momento de su expedición, puesto que la misma no contiene un mandato claro y expreso en el sentido de obligar a las partes a la modificación de su relación contractual.

Por otra parte, la CONVOCADA argumenta su posición, manifestando que por mandato de la Ley 142 de 1994, los operadores de telecomunicaciones no tienen la posibilidad de determinar libremente los cargos de acceso, sino que deben someterse a las reglas, precios y parámetros que establezca el ente regulador. Es así como afirma que "las situaciones legales o reglamentarias- como es el caso de la interconexión- son modificables en todo momento por la autoridad pública que la crea".

Que además de lo anterior, la fijación de los cargos de acceso nunca ha estado al arbitrio de las partes, sino que por mandato legal estos deben ser fijados por la CRT.

Manifiesta que el contrato de interconexión no es realmente un contrato, sino que la interconexión es una obligación legal, por lo que las partes dentro del texto del contrato suscrito establecieron que este se regía por las resoluciones proferidas por la CRT en los referente al Régimen Unificado de Interconexión – RUDI-.

Desarrolla las funciones generales y especiales de la CRT y se centran en la interpretación del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión entre Orbitel S.A. ESP y TELEFONOS DE CARTAGO S.A. ESP, indicando expresamente que las partes convinieron en que la relación directa entre las redes se regiría específicamente por las disposiciones establecidas en la Ley 142 de 1994, por lo tanto con la expedición de las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002 que modificaron la Resolución 087 de 1997, estas disposiciones se entienden incorporadas al contrato por el expreso querer de las partes.

Reitera que la CRT no viola en ningún momento el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, pues dicho ente tiene la facultad de fijar topes máximos sobre el valor de los cargos de acceso e imponerlos a los operadores de TPBC. El soporte de dicha facultad proviene expresamente del legislador y por tanto dichas normas al ser de orden público deben prevalecer sobre la autonomía de la voluntad privada, en consecuencia, los cargos de acceso no son una relación jurídica consolidada siendo claro que en materia de interconexión, esta situación es tan cambiante como el servicio público mismo, dado que la naturaleza jurídica de dichos contratos

de interconexión es mixta, lo cual significa que las disposiciones expedidas por la autoridad competente se entienden aplicables a la relación jurídica.

17. TÉRMINO DE DURACIÓN 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.

La audiencia de instalación se inició el 17 de Julio de 2006 y finalizó el 9 de octubre de 2006; siendo el término convenido por las partes, no contenido en el pacto arbitral de 3 meses contados a partir de la audiencia de instalación, en donde para este Tribunal, dicho término inicio a correr a partir del 9 de octubre de 2006, sin que los apoderados de las partes se pronunciaran al respecto. Sin embargo y durante el desarrollo de la audiencia de instalación los apoderados de las partes convinieron en suspender el proceso arbitral de conformidad con la facultad a ellos otorgada en el numeral 3º del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, así, del 27 de Julio de 2006 hasta el 3 de agosto del mismo año inclusive (Auto No. 4), 1º de septiembre al 4 de septiembre de 2006 inclusive (Auto No.8), del 29 de septiembre de 2006 hasta el 8 de octubre de 2006 inclusive (Auto No.11), Del 10 de octubre de 2006, hasta el 6 de Noviembre de 2006 inclusive (Auto No. 14), del 10 de noviembre de 2006 hasta el 3 de diciembre de 2006 inclusive (Auto No. 17), del 5 de diciembre de 2006, hasta el 15 de enero de 2007 inclusive (Auto No. 18), total días de suspensión del proceso 115 días, término corrido dos meses y 17 días, de acuerdo a lo anterior, el

término de este proceso iría inicialmente hasta el 7 de febrero de 2007 inclusive, fecha en la que se cumplirían los tres meses contados a partir del inicio de la audiencia de instalación. Así, el Tribunal se halla dentro de la oportunidad legal para proferir el laudo.

18. PRESUPUESTOS PROCESALES

La Corte Suprema de Justicia acogiendo la posición de diversos tratadistas ha considerado los presupuestos procesales como *"Los requisitos indispensables para la formación y desarrollo normal del proceso y para que éste pueda ser decidido en el fondo mediante una sentencia estimatoria"* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 21 de Febrero de 1966 G.J.T. CXV Pág. 129. El profesor Hernando Morales Molina, en su obra "Curso de derecho procesal Civil" (Quinta Edición) Ediciones Lerner, citando a Calamandrei define los presupuestos procesales así: *"Los presupuestos procesales son las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito: así mientras los requisitos de la acción hacen referencia a la relación sustancial que preexiste al proceso, los presupuestos procesales son requisitos atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independiente del fundamento sustancial de la demanda"*.

Lo anterior conduce a concluir que los presupuestos procesales lo constituyen, entre otros, aquellos requisitos necesarios para que el proceso tenga nacimiento a la vida jurídica de manera válida.

Para 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, en donde los tres primeros fueron tenidos en cuenta por el Tribunal para asumir competencia en la primera audiencia de trámite.

Respecto al trámite adecuado, el proceso se desarrollo de conformidad con lo dispuesto por las partes en el pacto arbitral y acorde con las disposiciones legales de carácter procesal aplicables, sin que durante su desarrollo se hubiere vulnerado el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción que le asiste a cada uno de los sujetos procesales.

Así las cosas y teniendo en cuenta que estos presupuestos resultan necesarios para proferir sentencia de fondo, y al considerar que estos se encuentran presentes habiendo verificado cada uno de ellos, el Tribunal encuentra que no hay lugar a laudo inhibitorio, por consiguiente es procedente el estudio de las pretensiones para proferir sentencia estimatoria.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

19 Régimen Constitucional y Marco Normativo

Los artículos 334, 336 y 365 hasta el 370 de la Constitución Nacional establecen el régimen económico y la finalidad social de los servicios públicos, señalando que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, que es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio

nacional y que el régimen jurídico será fijado por la ley, indicando que podrán ser prestados por el Estado o por los particulares, advirtiendo que el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

En consonancia con lo anterior, el artículo 367 idem prescribe: "*La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario*". Termina señalando que la ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas y establece en su artículo 370 que corresponderá al Presidente de la República señalar las políticas generales de administración y control y eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

El cambio de modelo económico y político con la Constitución de 1.991, que se ha surtido en relación con los servicios públicos domiciliarios, ha implicado un paso de un sistema de monopolio estatal (*publicatio*) a uno de competencia, haciendo necesario que el Estado adopte la tutela, control y dirección de los mismos, ya no como titular de la actividad sino como garante. Para estos efectos, la técnica normativa que permite el logro de estos objetivos es el de la regulación.

En desarrollo del mandato de la Constitución del 1991, el Legislador expidió la Ley 142 de 1994, por la cual se estableció el régimen de servicios públicos domiciliarios, que en su artículo 2º señala los fines de la intervención estatal en la prestación de los servicios públicos domiciliarios; en el artículo 3º trata los instrumentos de intervención

estatal, entre ellos, la regulación de la prestación de los servicios públicos, la fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad y definición del régimen tarifario. El artículo 39 nos habla de los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos y en el numeral 39.4, hace referencia a los contratos que regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos mediante el pago de remuneración o peaje razonable como regulados por el derecho privado, aspecto importante para establecer las implicaciones legales del carácter especial que le da la ley a dichos contratos, sobre los cuales mas adelante nos pronunciaremos.

La regulación, así entendida, es concebida como una manifestación de la intervención del Estado en la economía, que tiene fundamento en la presencia del interés público inherentemente asociado a ciertas actividades, como lo es la prestación de los servicios públicos domiciliarios. La actividad de regulación, como expresión técnica y sofisticada del estado social de derecho, ha evolucionado con el tiempo y al ritmo de las nuevas necesidades económicas y sociales, perfilándose hoy como una actividad eminentemente técnica y especializada. Sobre la función de regulación la Corte Constitucional ha señalado⁴:

*"...Es claro que el Constituyente de 1991 concibió la regulación en general y la regulación de los servicios públicos en particular, **como un tipo de intervención estatal en la economía** al cual le dedicó un capítulo especial de la Constitución V del Título XII "Del Régimen Económico y de la Hacienda Pública". Ello se aprecia al interpretar armónicamente los artículos de la Carta al*

⁴ Sentencia C-150 de 2003

respecto, principalmente los artículos 1, 2, 150 núms. 22 y 23, 189 num. 22, 333, 334 y 365 a 370.

[...]

En forma gradual y progresiva la función estatal de regulación socio-económica ha venido adquiriendo un contenido que la diferencia de las demás funciones de intervención estatal en la economía. Así la función estatal de regulación está segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo.

Además, el ejercicio de la función de regulación obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia, lo cual no significa que las decisiones sobre qué sector regular, para qué fines específicos ha de ser regulado y con qué instrumentos se llevará a cabo dicha regulación, carezcan de una dimensión política cuya definición corresponde generalmente al Congreso de la República.

Adicionalmente, la regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo [...].

Dadas las especificidades de la función de regulación y las

particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. **En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador.** En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; **la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente;** la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones

administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia...”

Esta actividad de regulación implica la imposición de una serie de reglas y de limitaciones a la autonomía negocial y a la libertad económica. A través de diferentes mecanismos, la regulación persigue objetivos como lo son el control de los monopolios, la promoción de la competencia, el control de externalidades, la simetría de la información, la continuidad, la calidad y la eficiencia en la prestación del servicio, la prevención de conductas anticompetitivas, la protección de los usuarios y, en general, la salvaguarda de los fines superiores del estado y del interés general.

La función estatal de regulación del Estado de los servicios públicos domiciliarios tiene expresa consagración constitucional en el artículo 365, que señala que “El Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”. A su turno, el artículo 370 *ejusdem* dispone que “es función del Presidente señalar, con sujeción a la Ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.”

Ahora bien, para el logro de sus objetivos, la función de regulación cuenta con los más amplios y diversos instrumentos. Así lo ha

reconocido la Corte Constitucional en la sentencia que se acaba de citar:

*"...El marco constitucional analizado evidencia que el alcance de la intervención del Estado, que es muy amplio, se extiende a todos los sectores de la economía y abarca fines que van desde la distribución equitativa de las oportunidades y la búsqueda de que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, hasta la promoción de la productividad y de la competitividad. La amplitud del ámbito sobre el que se extiende la intervención del Estado en la economía y la variedad de fines que persigue, hace necesario que éste disponga de **múltiples instrumentos, aplicables de diferentes maneras en los diversos sectores de la actividad económica...**" (Negrilla y Subrayado fuera del texto).*

En materia de regulación, uno de esos instrumentos es, precisamente, la intervención pública en las relaciones privadas, incluso en las contractuales. Eso es lo que, como se señaló arriba, hizo manifiesto la Corte cuando señaló que la facultad de regulación, permite a las autoridades "efectuar el seguimiento del comportamiento de **un agente** regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o **para dirigirle órdenes de hacer o no hacer** después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente".

Y es que no puede ser de otra manera, si se tiene en cuenta que la regulación lo que hace es permitir la convivencia de dos intereses contrapuestos, el del particular que se desenvuelve en el mercado

conforme a las leyes del mismo, y el del Estado que no sigue la mecánica lógica de la oferta y la demanda, sino que persigue la realización del interés general y de los fines superiores. Sobre el tema, la Corte señaló⁵:

"...La función de regulación está fundada en la necesidad de encontrar y mantener un equilibrio entre intereses legítimos contrapuestos en contextos socio-económicos de gran dinamismo de tal forma que, a pesar de los cambios frecuentes y acelerados que se presenten, el Estado disponga de instrumentos para orientar sostenidamente las actividades socio-económicas.

[...]

[L]a Corte resalta que la regulación de la economía es un instrumento del que dispone el Estado para orientar el interés privado –como lo es la realización de una actividad empresarial– al desarrollo de funciones socialmente apreciadas. En efecto, esta Corporación ha subrayado que "la libertad económica permite también canalizar recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas. Por ello, el constituyente expresamente dispuso la posibilidad de la libre competencia en los servicios públicos, los cuales pueden prestarse por el Estado o por los particulares, cada uno en

⁵ Ibidem.

*el ámbito que le es propio, el cual, tratándose de estos últimos, no es otro que el de la libertad de empresa y la libre competencia. Sin embargo la Constitución ha previsto, para la preservación de valores superiores, la posibilidad y la necesidad de que el Estado ejerza labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares"*⁶.

Para que el Estado pueda alcanzar los fines constitucionales que se persiguen por medio de la regulación, es necesario que esta función sea ejercida por órganos que tengan características institucionales adecuadas para dar respuesta oportuna a los diversos problemas que se presentan en los sectores regulados, de acuerdo con los parámetros fijados por el legislador... (Negrilla y Subrayado fuero del texto).

En tal sentido, era claro para las partes que el contrato no era ni puede ser terreno vedado para el ente regulador. En efecto, el instrumento por antonomasia de la libertad económica y de la actividad empresarial es, precisamente, el contrato.

Es así, como de lo transcrito se derivan implicaciones y consecuencias jurídicas que el presente Laudo se tomarán en cuenta dentro de sus consideraciones y que se reflejarán obvia y fundamentalmente

⁶ Sentencia C-616 de 2001; M.P Rodrigo Escobar Gil, precitada.

en la parte resolutive del mismo. La primera, la decisión que se tome, debe estar enmarcada en la preservación de condiciones que permitan el libre juego del mercado, sin crear barreras o condiciones especiales mejores o peores para las partes. La segunda y muy relevante, en el campo de los Servicios Públicos, la autonomía de la voluntad está restringida, como lo está el principio del Pacta Sunt Servanda. Esto porque, como se ha visto, el interés general es innato en las actividades relacionadas por ellos, y tal interés, reflejado en las normas que desarrollan la intervención y regulación de este sector, se impone a lo que los particulares involucrados deseen.

20. De las funciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones

Establecido en general el alcance de la función reguladora del estado en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, el tribunal considera de capital importancia hacer referencia a las funciones pertinentes de la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, haciendo cita de las siguientes normas:

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

[....]

73.2 Someter a su regulación, a la vigilancia del Superintendente, y a las normas que esta Ley contiene en materia de tarifas, de información y de actos y contratos, a empresas determinadas que no sean de servicios públicos, pero respecto de las cuales existan pruebas de que han realizado o se preparan para realizar una de las siguientes conductas:

- a) Competir deslealmente con las de servicios públicos;*
- b) Reducir la competencia entre empresas de servicios públicos;*
- c) Abusar de una posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares a los que éstas ofrecen.*

[...]

73.7 Decidir los recursos que se interpongan contra sus actos, o los de otras entidades, en los casos que disponga la ley en lo que se refiere a materias de su competencia.

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

73.9 Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en

qué regiones deben prestar sus servicios. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. La resolución debe atender, especialmente, al propósito de minimizar los costos en la provisión del servicio.

[...]

73.18 Pedir al Superintendente que adelante las investigaciones e imponga las sanciones de su competencia, cuando tenga indicios de que alguna persona ha violado las normas de esta Ley.

[...]

73.22 Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión; así mismo, establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo con las reglas de esta Ley.”

Artículo 74. Funciones Especiales de las Comisiones de Regulación. Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

[...]

74.3 De la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones:

a) Promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante,

pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado.

b) Resolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio.

*c) Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del estado; así mismo, **fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta Ley.** (Resaltado por fuera de texto).*

Artículo 14 (Ley 555 de 2000). REGIMEN DE INTERCONEXION, ACCESO Y USO. Todos los operadores de telecomunicaciones deberán permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro operador de telecomunicaciones que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, para asegurar los siguientes objetivos:

a) Trato no discriminatorio;

b) Transparencia;

c) Precios basados en costos más una utilidad razonable;

d) Promoción de la libre y leal competencia.

Artículo 37 (Decreto 1130 de 1999). Funciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Las siguientes funciones conferidas a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2167 de 1992, o atribuidas al Ministerio de Comunicaciones por normas anteriores al presente Decreto, serán ejercidas por dicha Comisión:

.....

3. Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia; el régimen tarifario; el régimen de interconexión; el régimen de protección al usuario; los parámetros de calidad de los servicios; criterios de eficiencia e indicadores de control de resultados; y las inherentes a la resolución de conflictos entre operadores y comercializadores de redes y servicios.

7. Regular los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión de redes y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la efectividad de interconexiones y conexiones, así como con la imposición de servidumbres de interconexión o de acceso y uso de tales bienes, respecto de aquellos servicios que la Comisión determine (...)

Se resalta como antecedente del análisis de los motivos de controversia de que luego se hablará, que es absolutamente claro e indiscutible que no solo la interconexión como tal, si no, la remuneración de ella entre operadores, es un asunto típicamente regulado y que, siendo la CRT el instrumento de la función

reguladora del Estado, es esa entidad la facultada para fijarlos, y sobre esas reglas debe interpretarse el contrato y la conducta de las partes en su ejecución.

Así mismo, resulta pertinente destacar, acerca del alcance de la facultad reguladora del Estado, en una actividad de interés público como la de telecomunicaciones, que en desarrollo de ella muchos de los elementos del contrato de interconexión han sido rígidamente regulados, de modo que no le es dado a las partes celebrar convenciones en contrario, como es el caso de los planes de numeración. En efecto, no es del resorte de la voluntad de las partes hacer pactos relativos al uso de una numeración diferente a la que ha sido asignada por la Comisión de Regulación. Otro ejemplo en ese mismo sentido, lo constituye la regulación sobre interconexión indirecta; por virtud de la cual le está vedado a las partes celebrar convenios que tengan el propósito de impedir que la interconexión pueda servir para cursar el tráfico de otros operadores. Estos ejemplos, cuya complejidad técnica no es relevante en este caso, demuestran que la intervención que el Estado ejerce sobre los servicios públicos a través de la regulación, se erige como un límite legítimo a la autonomía de la voluntad.

Más allá de las facultades descritas de manera general, existen otras de intervención especial, como la prevista en el artículo 4.4.12 de la Resolución 575 del 2002 de la CRT, que reza: *“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 del servicio”*

21. La naturaleza especial de los Contratos de Interconexión

Uno de los temas que ha sido objeto de mayor desarrollo por parte de los entes reguladores es el relativo a la interconexión de las redes. En tal sentido, la necesidad de permitir el uso y el acceso a la infraestructura para la prestación de los servicios es requisito fundamental para garantizar la continuidad y la prestación eficiente de los mismos. En este asunto, son muchas las limitaciones a la autonomía de la voluntad que el ente regulador ha establecido, y de ello tienen conciencia las partes dada su condición de operadores con amplia experiencia en el sector. El régimen de interconexión ha quedado estructurado con la confluencia de normas de carácter imperativo de origen regulatorio, y las previsiones contractuales de las partes en desarrollo de la autonomía de la voluntad dentro del marco permitido por la regulación. Este tipo de contratos son por esencia regulados, y por ello las Comisiones de Regulación –la CRT en particular- tienen amplias facultades para intervenirlos, y así lo reconocen las partes en el contrato en la cláusula quinta.

La interconexión de las redes ha sido regulada extensamente no sólo en nuestro país sino en todos los mercados en donde los servicios públicos se prestan en condiciones de competencia. Sin entrar en detalle, es necesario resaltar los siguientes aspectos del régimen de los contratos de interconexión:

En primer lugar, la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, el acceso universal a los mismos y la interoperabilidad de las redes, hacen que la interconexión sea, antes que otra cosa, una **obligación** de los operadores. Esto quiere decir que los operadores no son libres de decidir si se interconectan o no;

tanto así, que ante una negativa a contratar, los órganos reguladores tienen la facultad de fijar las condiciones de interconexión mediante la imposición de servidumbres. Además de lo anotado, clara manifestación de esta tendencia, son las normas de la Ley 142 de 1994 que se citan a continuación y que han sido desarrolladas por las Comisiones de Regulación⁷:

"...Artículo 8°. Competencia de la Nación para la prestación de los servicios públicos. Es competencia de la Nación:

[...]

*8.3. Asegurar que se realicen en el país, por medio de empresas oficiales, mixtas o privadas, las actividades de generación e interconexión a las redes nacionales de energía eléctrica, la **interconexión a la red pública de telecomunicaciones**, y las actividades de comercialización, construcción y operación de gasoductos y de redes para otros servicios que surjan por el desarrollo tecnológico y que requieran redes de interconexión, según concepto previo del Consejo Nacional de Política Económica y Social.*

[...]

Artículo 11. Función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos. Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones:

⁷ En materia de Telecomunicaciones, la CRT ha expedido para el efecto la Resolución 087 de 1997, compilada por la Resolución 575 de 2002.

11.6 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.

Artículo 28. Redes. Todas las empresas tienen el derecho a construir, operar y modificar sus redes e instalaciones para prestar los servicios públicos, para lo cual cumplirán con los mismos requisitos, y ejercerán las mismas facultades que las leyes y demás normas pertinentes establecen para las entidades oficiales que han estado encargadas de la prestación de los mismos servicios, y las particulares previstas en esta Ley.

Las empresas tienen la obligación de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales, cuyos costos serán a cargo de ellas.

Las comisiones de regulación pueden exigir que haya posibilidad de interconexión y de homologación técnica de las redes, cuando sea indispensable para proteger a los usuarios, para garantizar la calidad del servicio o para promover la competencia. Pero en ningún caso exigirán características específicas de redes o sistemas mas allá de las que sean necesarias para garantizar la interconectabilidad de servicios análogos o el uso coordinado de recursos. Las comisiones podrán exigir, igualmente, que la construcción y operación de redes y medios de transporte para prestar

los servicios públicos no sea parte del objeto de las mismas empresas que tienen a su cargo la distribución y, además, conocerán en apelación los recursos contra los actos de cualquier autoridad que se refieran a la construcción u operación de redes. La construcción y operación de redes para el transporte y distribución de agua, residuos, electricidad, gas, telefonía pública básica conmutada, y telefonía local móvil en el sector rural, así como el señalamiento de las tarifas por su uso, se regirán exclusivamente por esta Ley y por las normas ambientales, sanitarias y municipales a las que se alude en los artículos 25 y 26 de esta Ley.

Artículo 39. Contratos especiales. Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:

[...]

39.4 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.

Este contrato puede celebrarse también entre una empresa de servicios públicos y cualquiera de sus grandes proveedores o usuarios.

Si las partes no se convienen, en virtud de esta Ley la comisión de regulación podrá imponer una servidumbre de acceso o de interconexión a quien tenga el uso del bien.

Con fundamento en las anotaciones y citas que se acaban de hacer se concluye que los contratos de interconexión participan de una naturaleza especial establecida en la ley, son bilaterales, típicos, onerosos, regulados, son de derecho privado por mandato legal y son de tracto sucesivo.

Estos contratos participan de una dual naturaleza, pues al tiempo que son típicamente regulados, se sujetan también a la autonomía de la voluntad dentro de los parámetros permitidos por la ley. Esto es precisamente lo que ha querido significar la Ley 142 de 1994 cuando, en su artículo 39.4, los califica como contratos especiales.

No hay duda acerca de que los contratos de interconexión son lo que hoy se conoce como contratos regulados, mixtos o especiales, bilaterales, onerosos y de tracto sucesivo. En este tipo de contratos discurren dos situaciones: una de ellas corresponde a una típica situación contractual –que es del resorte de la autonomía de la voluntad y cuyo control corresponde a las autoridades jurisdiccionales; la otra –que es de aplicación imperativa y susceptible de control administrativo- se limita a aplicar a los contratantes elementos de un estatuto legal, regulatorio o reglamentario.

22. Fijación de la Modalidad de Remuneración de los Cargos de Acceso como efecto de la función reguladora

Viene entonces el obligado análisis del ejercicio regulatorio de la CRT sobre las relaciones entre operadores de telecomunicaciones, enfocándonos en los actos administrativos modificatorios de los cargos de acceso y la incidencia que ellos tienen sobre los contratos "especiales privados" como el que dio origen a las diferencias que desencadenaron éste tribunal.

Abordamos el análisis trayendo a colación apartes de las manifestaciones de la Corte Constitucional en Sentencia C-444 de 1998, con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara, en la cual señaló, con relación a las facultades que el literal c) del artículo 74.3 de la ley 142 de 1994 le otorgó a la CRT para fijar los cargos de acceso y de interconexión a las redes, lo siguiente:

(...) Frente a la función que se atribuye a la citada comisión para "fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta ley", dicha atribución no implica el ejercicio de derechos, sino el desarrollo de una materia igualmente técnica, operativa, mediante la cual se precisa el valor del acceso y de la interconexión legalmente autorizados a esas redes, lo que es susceptible de delegación en los términos indicados en la misma ley, pero, desde luego, supeditada a la reglamentación que sobre dicha materia ejerza el Presidente de la República, en ejercicio de su potestad constitucional (C.P., art.370) o reglamentaria (C.P., art. 189-11) (...).

Igualmente, en varias oportunidades el Consejo de Estado ha señalado que las facultades de regulación otorgadas por la Ley 142

de 1994 y aquellas delegadas por el Presidente de la República son constitucionales y legales.⁸

Con las anteriores citas queda suficientemente clara la facultad que tiene la CRT, para modificar las condiciones en que se desenvuelven las relaciones de interconexión entre operadores, en ejercicio de su función reguladora como expresión de la potestad interventora del Estado, en su condición de garante de una actividad sometida por el interés público y las reglas de la sana competencia.

23. LA CONTROVERSIA

La existencia de un contrato válido entre las partes, no está en duda y ellas así lo reconocen, se trata del Contrato de Interconexión, Acceso y Uso, celebrado entre TELEFONOS DE CARTAGO S.A. ESP y ORBITEL S.A. ESP sobre el cual los interesados no han lanzado objeción alguna.

Los antecedentes regulatorios de la CRT denotan un marco que restringe la libertad contractual garantizando con ello los propósitos del Estado Social de Derecho antes señalados. En el Contrato de Interconexión, Acceso y Uso que nos ocupa, que entró en vigencia, según la Cláusula Novena, el 30 de abril de 1999, las partes convinieron una modalidad de remuneración de interconexión que estaba dentro del marco dispuesto por la Resolución CRT 087 de 1997, norma vigente sobre la materia para entonces.

⁸ Sobre el particular pueden consultarse las siguientes sentencias: a) Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 16 de agosto de 2000. Consejero Ponente: doctor Juan Alberto Polo Figueroa. Radicación No. 5920; b) Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 13 de julio de 2000. Consejero Ponente: doctora María Elena Giraldo. Radicación No. 11.744; c) Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 30 de marzo de 2001. Consejero Ponente: doctor Manuel Santiago Urueta. Radicación No. 4957; d) Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 6 de marzo de 2003. Consejero Ponente: doctor Camilo Arciniegas Andrade. Radicación No. 6869.

Las diferencias surgen con la expedición de la Resolución CRT 463 de 2001, ocurrida el 27 de diciembre de 2001 y las modificaciones que ella trajo en materia de modalidades de cargos de acceso de la interconexión.

Liberándonos de los elementos accesorios, inherentes o que tienen relación con el litigio, fluye como motivo sustancial de la controversia que nos ocupa, el alcance de las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002 para modificar en materia de cargos de acceso los contratos preexistentes, efecto sobre el cual convergen interpretaciones opuestas de las partes; pues mientras para la convocada dicha resolución per-se modificó el contrato, para la convocante, la convención original se mantiene intacta y la mencionada resolución solo afecta relaciones de interconexión nacidas en el curso de su vigencia.

24. SOBRE LA NATURALEZA DEL CONTRATO

El contrato de Interconexión establece en la Cláusula Vigésima Sexta, lo siguiente:

*"CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA. RÉGIMEN LEGAL. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 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"*
(Resaltado fuera del texto).

Ahora bien, encontramos importante destacar lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, con la finalidad de enriquecer la presente discusión, así:

*“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 que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, **se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado**”*

(Negrilla y Resaltado fuera del texto).

De lo anterior podemos concluir, dos aspectos a tener en cuenta: (i) en principio, los actos de todas las empresas de servicios públicos se rigen exclusivamente por las reglas del derecho privado; y (ii) esta remisión no se aplica cuando se invoca la excepción contemplada en el sentido que la Constitución o la Ley 142 puedan disponer lo contrario.

Para el caso en estudio, los efectos del artículo 32 se aplican en su integridad, pues no ha sido establecido lo contrario por disposición constitucional o en la misma ley de servicios públicos, a la que el legislador dio la connotación y calidad de régimen especial.

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.

Por principio general, la norma “*autoriza la celebración, entre otros*” de contratos especiales, descritos en cada uno de los numerales que la conforman, siendo importante traer a colación, el numeral 4º que

se refiere a los: "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", situación que entiende este Tribunal, fue acogida por las partes dentro del Contrato de Interconexión.

Encontramos acertada la argumentación realizada por el apoderado de la convocante, cuando afirma que los contratos de las empresas de servicios públicos se rigen exclusivamente por las reglas del derecho privado, toda vez que esta afirmación se encuentra fundamentada en el luz del artículo 32 de la Ley 142 antes citado.

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 [...]**" (Resaltado fuera del texto).

Esta disposición señala, efectivamente, que los contratos indicados en los numerales 2° a 5° del artículo 39 se rigen por el derecho privado.

Resulta claro entonces, que el Contrato de Interconexión que celebraron TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P. corresponde a un "contrato especial," conforme al artículo 39 de la Ley 142 de 1994 y consecuentemente está sometido **al derecho privado.**

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, están regulados en algunos aspectos por normas de orden público, por cuanto el interés común que entrañan, hace que el Estado deba intervenirlos.

En este sentido, entonces, **el Tribunal emitirá su concepto de acoger la primera pretensión de la demanda.**

25. LA RESOLUCION 463 DE 2001

La Comisión Reguladora de Telecomunicaciones en ejercicio de las facultades otorgadas por la ley, en especial de las conferidas por los artículos 73.22 y 74.3 literales a) y c) de la Ley 142 de 1994, 14 de la Ley 555 de 2000 y 3 y 7 del Decreto 1130 de 1999, expidió la Resolución 463 de 2001, en virtud de la cual modificó los Títulos IV y V de la Resolución 087 de 1997 (ambas resoluciones, compiladas en la Resolución 575 de 2002), norma de carácter general que, como veremos luego, tiene fuerza vinculante para el universo de personas de derecho público y privado a las que se dirige, desde el día mismo de su publicación en el Diario Oficial, la cual tuvo lugar el 29 de Diciembre de 2001.

La Resolución 463 de 2001, fijó los cargos de acceso a la redes de telefonía aplicables a partir del 1 de Enero de 2002 e impuso a los operadores telefónicos el deber de ofrecer por lo menos las siguientes opciones de cargos de acceso a los operadores que les demanden interconexión: **(i)** Cargos de acceso máximos por minuto y, **(ii)** Cargos de acceso máximos por capacidad⁹.

Determinó también la Resolución en comento, el cargo de acceso a las redes de los operadores con posición dominante en el

⁹ Art. 1 Resolución 463 de 2001

mercado¹⁰, los cargos por concepto del acceso a los bienes considerados como instalaciones esenciales¹¹ y fijó un esquema de actualización de los cargos de acceso¹². Finalmente en los dos últimos artículos, dispuso:

"...ARTICULO 5. 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 las interconexiones..."

"... ARTICULO 6. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y deroga las disposiciones que le sean contrarias, particularmente el Capítulo X del Título V de la Resolución CRT 087 de 1997. A partir del primero de enero de 2002 el Anexo 008 que hace parte integral de la presente Resolución, reemplaza al Anexo 008 de la Resolución CRT 087 de 1997..."

Deben tenerse presente al abordar este tema las siguientes circunstancias:

Como ya se ha indicado TELEFONOS DE CARTAGO S.A. ESP y ORBITEL S.A. ESP, tienen celebrado un Contrato de Interconexión, Acceso y Uso, en cuyo acápite introductorio y cláusula tercera, se acogieron al régimen establecido en el parágrafo de los artículos 39

¹⁰ Art. 2 Resolución 463 de 2001

¹¹ Art. 3 Resolución 463 de 2001

¹² Art. 4 Resolución 463 de 2001

y 74 de la Ley 142 de 1994, desarrollados en la Resolución 087 de 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –CRT-, ajustándose en todo, a dicha normatividad y a las demás normas que las reglamentan, modifiquen, adicionen o sustituyan, emanadas de la CRT y demás autoridades competentes.

De lo expuesto se infiere que la CRT, en ejercicio de sus facultades legales, por medio de la Resolución 463 de 2001, fijó dos opciones para la determinación de los cargos de acceso a las redes de telefonía, entró en vigencia a partir de su publicación –Diciembre 29 de 2001- y otorgó facultad a los operadores de TMC y TPBCLD, de mantener las condiciones y valores en las interconexiones existentes o de acogerse a las condiciones fijadas en ese acto.

En aplicación a la facultad otorgada a través de dicha resolución, ORBITEL S.A. ESP, mediante comunicación 31436 del 9 de Enero de 2006, la conciliación reflejada en Acta No. 0027 del 19 de Marzo de 2002, y, en especial, la reunión del Comité Mixto de Interconexión que consta en el Acta No. 1 del 22 de Marzo de 2002, numeral 2, documentos todos allegados al proceso, manifestó acogerse a la opción por capacidad, llegando las partes a un acuerdo preliminar, el cual se encuentra plasmado en dicha acta, bajo el siguiente texto:

"...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 podrían ser alguno de los planteados en la Resolución CRT-463 u otro que adopten las partes por mutuo acuerdo.

(...)

Orbitel esta de acuerdo en cuanto a fijar un plazo de negociación de 40 días para acordar las condiciones a la 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...”

Los efectos de lo allí acordado, se vieron reflejados inmediatamente, a tal punto que los representantes que conforman el Comité Mixto de Interconexión –CMI- de las dos empresas, señalaron y acordaron en la reunión celebrada el día 31 de Mayo de 2002, según consta en el Acta No. 2 que obra en el expediente, lo siguiente:

“...3. Conciliaciones de cuentas con base en cargos de acceso por capacidad: Se acuerda que las compañías Bugatel y Teléfonos de Cartago, se deben conciliar por capacidad.

(...)

Se acuerda que se debe redactar un acta modificatoria de todos los contratos, donde se definan los siguientes temas:

- Subdimensionamiento y penalizaciones.*
- Grado de servicio*
- Sobredimensionamiento y tiempo mínimo de permanencia...”*

Las dos empresas a partir del mes de mayo de 2002, empezaron a conciliar los tráficos por la opción de cargos de acceso por capacidad, tal como se ve reflejado en las actas de conciliación números 0029 del 31 de Mayo de 2002 y 0030 del 24 de Junio de 2002 respectivamente.

Uno de los motivos fundamentales del conflicto, radica en la posición de la Convocante con relación a la modificación del contrato, que como ya se mencionó, solo reconoce los efectos de las modificaciones a partir de la suscripción del acta por parte de los representantes legales de las partes.

Pero esta aseveración no es de buen recibo para el Tribunal, dado que aparece suficientemente demostrado en el presente debate, que los representantes que integran el Comité Mixto de Interconexión -CMI- en aplicación de la Cláusula Cuarta¹³ y el Anexo No. 3 que forma parte integral del mismo, tiene la facultad de definir y adecuar el procedimiento que permita el cumplimiento y ejecución oportuna del contrato, atemperándolo a la regulación vigente, función que tiene desarrollo en el Acta No. 02 del 31 de Mayo de 2002, cuando convienen la liquidación de cargos de acceso por capacidad.

Como efectos que tienen incidencia en el presente caso, se traen a colación la Cláusula Cuarta del contrato y Segunda del Anexo No. 3, en los siguientes aspectos: (i) El CMI podrá *"definir u optimizar los procedimientos que se requieren para garantizar la continua y*

¹³ De conformidad con lo señalado por el artículo 4.49 de la Resolución 087 de 1997 expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en la cláusula sexta del contrato de interconexión celebrado entre EDATEL y TELECOM, se instruyó la conformación de este Comité, el cual está integrado por tres (3) miembros para cada una de las partes, cuyas decisiones constarán en actas suscritas por sus miembros.

debida ejecución del mismo y **servir como mecanismo directo de solución de conflictos...**; (ii) Es del resorte del CMI "supervisar que la interconexión se ajuste a las normas establecidas por la autoridad competente en el plan nacional de telecomunicaciones y planes técnicos básicos, en cuanto a numeración, sincronización, enrutamiento, señalización, **tasación, confiabilidad y acceso**", y (iii) las decisiones tomadas en el seno del CMI constarán en actas suscritas por los miembros que lo integran. Es predicable que, las decisiones tomadas por dicho cuerpo en ejercicio de las funciones citadas en los ordinales (i) y (ii) tienen fuerza vinculante entre las partes.

Es claro entonces, que las partes a través del CMI, acordaron los parámetros dentro de los cuales se debía desarrollar la relación, en cuanto a la remuneración de los cargos de acceso, cuando dejan la siguiente constancia: "**...Según lo acordado en el último CMI celebrado el día 31 de Mayo de 2002, a partir de este mes se cancelan los cargos de acceso por capacidad siguiendo la metodología de la resolución 489 de la CRT...**" (Resaltado fuera del texto).

Lo anterior explica la conducta de TELEFONOS DE CARTAGO S.A. ESP, de conciliar con ORBITEL S.A. E.S.P. los cargos de acceso por capacidad, a partir del mes de mayo de 2002, muy a pesar de que pocos meses después desconociera esa decisión del CMI.

Para el Tribunal resulta equivocada la posición de la parte Convocante, cuando en comunicación de fecha 2 de diciembre de 2002, establece unos parámetros mínimos que debían ser considerados por parte de ORBITEL, para llegar a pactar o acordar

la remuneración a través de la modalidad de cargos de acceso por capacidad.

Del examen de las actuaciones surtidas por ambas partes, se encuentra que cumplido lo regulado por la autoridad competente – CRT- en materia de fijar un esquema de actualización de los cargos de acceso, en la cláusula décima del contrato se acordó que las estipulaciones contractuales sólo podrían ser modificadas por los representantes legales de las partes de común acuerdo, mediante actas de modificación bilateral del contrato. En el párrafo segundo de esta cláusula se dispuso, que 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.

Para este Tribunal es evidente que TELEFONOS DE CARTAGO S.A. ESP acogió la solicitud presentada por ORBITEL S.A. ESP, la incorporó inicialmente a través del Acta del Comité Mixto de Interconexión, se aplicó la inmediatez de que habla la regulación y posteriormente la plasmó o ejecutó a través de los procesos de conciliación y medición de tráfico, en los que prevaleció la bilateralidad del desarrollo operativo del contrato.

Ahora bien, en el escrito de la demanda no se cuestionó la legalidad o validez del contrato, ni la interpretación, ejecución y cumplimiento del clausulado; por el contrario, la discusión estriba en un querer del actor, que pretende se declare que el contrato no ha sido

modificado, ni por mutuo acuerdo entre las partes, ni por el mandato de las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002 y como resultado de ello, se mantiene vigente mientras perdure el contrato, la modalidad de remuneración de los cargos de acceso pactada inicialmente, salvo que posteriormente sea validamente modificado por las partes.

De igual manera es importante destacar que TELEFONOS DE CARTAGO S.A. ESP, nunca ha objetado, ni desconocido la aplicación, eficacia, validez y fuerza vinculante de las Actas de Conciliación de tráfico No. 029 y 030, suscritas por las partes, y en consecuencia, todas revisten pleno valor probatorio para los argumentos que hemos expuesto.

En el contrato estaba pactado que en lo relativo a cargos de acceso, este se ajustaría a la regulación. Para las partes era claro que la CRT está facultada para fijar los cargos de acceso y de interconexión. En efecto, en la cláusula tercera relativa al valor, se señala lo siguiente:

"...CLAUSULA TERCERA: VALOR. El valor de este contrato está constituido por:

a) *El valor de los cargos de acceso y uso de la red de TELEFONOS DE CARTAGO que serán pagados por ORBITEL conforme a las condiciones establecidas en los Anexos No. 1 y No. 2, las Resoluciones 087 y 104 de la CRT **y demás normas que lo reglamenten, regulen o modifiquen...**" (Negrilla y Subrayado fuera del texto).*

Así pues, la aplicación de la regulación no es materia que pueda sorprender a TELEFONOS DE CARTAGO S.A. ESP, pues tal circunstancia fue expresamente pactada en el Contrato.

De hecho, el contrato y la cláusula no se pueden entender de otra manera, eso explica porque el órgano máximo de ejecución del contrato, conocido como Comité Mixto de Interconexión, aceptó en mayo 22 de 2002 la propuesta de ORBITEL S.A. ESP incorporando desde entonces a las conciliaciones, la nueva modalidad de cargos de acceso; a pesar que pocos meses después Teléfonos de Cartago asumió una posición contraria, como consta en las pruebas que fueron anexadas.

La validez de éstas estipulaciones contractuales se fundamenta en los principios de la autonomía de la voluntad y de la buena fe contractual, en consecuencia, debe primar la verdadera intención de las partes que, a pesar de haber expresado la necesidad de suscribir un acta de modificación para actualizar el contrato, nunca pensaron en dejar de aplicar la regulación, si ésta no se suscribía.

Lo que es claro es que las propias partes consintieron, desde la suscripción del Contrato, que el valor de los cargos de acceso e interconexión se ajustaría a la regulación que al respecto expediera la CRT y así lo hicieron meses después a la expedición de la regulación mencionada.

Una determinación sobre el particular requiere un análisis de diversos aspectos relacionados con la naturaleza y el alcance de la regulación en materia de servicios públicos domiciliarios, y la

especial relación que la misma tiene frente a la autonomía de la voluntad de las partes.

Para ello, a continuación se hacen los planteamientos pertinentes, a partir de los cuales se construye un silogismo que discurre a través de la siguiente estructura de excepciones: **(i)** la función de regulación del Estado, que es una forma de intervención en la economía, le permite intervenir los contratos particulares para garantizar los fines que justifican su existencia; **(ii)** la intervención de los contratos no vulnera el principio de la autonomía privada; **(iii)** la intervención de los contratos tampoco vulnera el principio de respeto a los derechos adquiridos; **(iv)** el régimen de interconexión es esencialmente regulado; de lo que se deriva que los contratos de interconexión tienen una naturaleza especial por cuya virtud muchos de sus elementos son de carácter regulatorio o, lo que es lo mismo, administrativo; **(v)** uno de dichos aspectos es, precisamente, el relativo a los cargos de acceso e interconexión; **(vi)** las controversias que se susciten en relación con los cargos de acceso e interconexión no son contractuales, sino que se refieren a la aplicación de la regulación; su solución es, por ende, del resorte del órgano regulador mediante facultades administrativas; **(vii)** lo anterior no implica una violación al principio de separación de poderes.

Las partes sabían que la actividad de Regulación, como un tipo de intervención del Estado en la Economía, permite a las Comisiones de Regulación intervenir los contratos particulares para garantizar los fines que justifican su existencia y por ello pactaron ajustarse a la regulación en materia de cargos de acceso

Corresponde entonces precisar las modificaciones introducidas por la Resolución CRT 463 de 2001 al contrato, propósito para el cual se resaltan los siguientes efectos:

En el artículo 1º se aumentaron a dos las opciones de carácter general para la liquidación de cargos de acceso a las redes de telefonía que ya se mencionaron y se le impuso a todos los operadores telefónicos a partir del 1º de Enero de 2002, el deber de ofrecer por lo menos esas dos opciones a los operadores que les demanden interconexión.

En el artículo 5º se le otorga a los operadores de TMC y TPBCLD, facultades expresas para optar de manera unilateral entre las siguientes opciones: **(i)** mantener las condiciones y valores en las interconexiones existentes; o, **(ii)** acogerse a las condiciones fijadas en la resolución, imponiendo a los operadores que opten por esta última alternativa, la obligación de hacerlo de manera integral para todas sus interconexiones. El ejercicio de ésta opción, conforme a las previsiones del artículo 1º, permite a los operadores de TMC y TPBCLD, también de manera unilateral, elegir, entre las dos opciones generales de cargos de acceso y cualesquiera otras ofrecidas por el operador interconectante, la que sea de su amañ.

En el artículo 6º establece su vigencia a partir de la publicación en el Diario Oficial, la cual tuvo lugar el 29 de Diciembre de 2001.

En ese orden de ideas, queda claro que la Resolución 463 modificó el Contrato de Interconexión, Uso y Acceso celebrado entre las partes, en el sentido de sustituir, a partir del 1º de Enero de 2002, el esquema de liquidación de cargos de acceso inicialmente pactado de manera bilateral, con la facultad a favor de Orbitel S.A. E.S.P.

como operador de TPBCLD, para seleccionar de manera unilateral entre: a) mantener las condiciones y valores pactados en el contrato, o b) acogerse en su totalidad a la Resolución CRT 463 de 2001 y 489 de 2002 para todas sus interconexiones y consecuentemente determinar a su libre albedrío y con independencia de Teléfonos de Cartago S.A. E.S.P., cualquiera de las dos opciones generales de cargos de acceso, esto es, (i) por minuto, o (ii) por capacidad, pues Teléfonos de Cartago no ofreció opción especial distinta.

Las anteriores conclusiones nos dan el marco legal y contractual que gobierna la relación de interconexión entre los extremos del litigio desde el 1º de Enero de 2002, de tal manera que, como se analizó anteriormente, es la actuación de las partes desde entonces, en especial la desplegada por Orbitel S.A. E.S.P., como operador de TPBCLD, a la vez, parte solicitante de la interconexión, la que nos permite decidir sobre las pretensiones.

26. LIBERTAD CONTRACTUAL

El principio según el cual las normas de orden público –como lo son las de carácter regulatorio y en particular las relativas a los cargos de acceso- se entienden automáticamente incorporadas a los contratos que instrumentan relaciones reguladas, no era ni es algo novedoso, y ni siquiera, una conclusión predicable exclusivamente respecto de los contratos regulados.

El legislador colombiano desde el siglo XIX se ocupó de los efectos de la ley en el tiempo, es así como en la Ley 153 de 1887 dispuso:

"...Artículo 18 Ley 153 de 1887. Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la Ley anterior, tienen efecto general e inmediato..."(Resaltado fuera de texto).

En consonancia con la anterior previsión, el artículo 16 del Código Civil dispone:

"No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres."

Este principio aparece desarrollado en el artículo 5° de la Resolución 463 de 2001 de la CRT, que facultó a los operadores de TPBCLD para tomar esta decisión, aun en los contratos de interconexión en curso. El artículo citado forma parte de un acto administrativo válido y vigente de la CRT –Resolución 463/01-; que posteriormente fue complementado con la creación del Régimen Unificado de Interconexión –RUDI- mediante la Resolución 489 de 2002, que entró a regular los contratos vigentes, conforme al artículo 4.4.12 de la Resolución 087 de 1997 (modificado por el artículo 1° de la Resolución 489 de 2002). Dice el artículo 4.4.12:

"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."

La regulación que se acaba de citar, impone como límite a la autonomía de la voluntad privada, el orden público, debiéndose aplicar indistintamente si la necesidad de proteger el orden anotado sobreviene con anterioridad, concomitancia o posterioridad a la celebración del contrato. En otras palabras, el momento de celebración del contrato es una circunstancia meramente accidental e irrelevante frente a la aplicación de normas imperativas.

El Código de Comercio coincidiendo con las normas anteriores estableció, en relación con los contratos de suministro, lo siguiente:

*"...Artículo 978. **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...**" (Resaltado fuera del texto).*

Las anteriores citas son expresión del principio según el cual, la autonomía de la voluntad debe ser siempre respetuosa de las normas de orden público y, en particular, de la regulación que haga el Estado de los contratos en ejercicio de su facultad reguladora; supuesto que obviamente es aplicable a los contratos de interconexión sometidos a las regulaciones del gobierno. En efecto: (i) los contratos de interconexión son tipos asimilables para estos efectos, a los contratos de suministro; y (ii) los cargos de acceso están "regulados por el Gobierno".

En fin, que las normas de orden público se incorporan a los contratos de manera automática, es principio general de derecho.

Por otra parte, para el Tribunal es claro que no existe ninguna contradicción entre las normas antes invocadas y la preceptiva del artículo 1602 del Código Civil que asigna a los contratos legalmente celebrados, el carácter de ley para las partes ***-pacta sunt servanda-*** al punto que no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, pero, tanto el precepto citado, como el ámbito de libertad contractual que establece, estarán siempre sometidas al imperio de las normas de orden público.

Apartándonos de las anteriores conclusiones, en especial de aquellas que se refieren al alcance modificadorio que de suyo entrañan la Resolución CRT 463 de 2001 y la 489 de 2002, sobre contratos entre operadores de telecomunicaciones, son las mismas partes las que con la redacción del contrato le otorgaron de manera anticipada a dicho acto, el poder de modificar el contrato en tiempo real.

Veamos algunos apartes del contrato con las consideraciones que respectivamente le merecen a éste Tribunal, por lo que nuevamente citamos la:

*"CLAUSULA TERCERA. VALOR. El valor de este contrato está constituido por: a) El valor de los cargos de acceso y uso de la red de TELEFONOS DE CARTAGO, que serán pagados por ORBITEL conforme a las condiciones establecidas en los Anexos No. 1 y No. 2, las **Resoluciones 087 y 104 de la CRT y demás normas que lo reglamenten, regulen o modifiquen.***
(Resaltado por fuera de texto).

El solo hecho de incorporar la Resolución CRT 087 de 1997 modificada, al contrato en forma espontánea como originalmente lo hicieron las partes, ligaba de manera inexorable el contrato a la suerte de esa resolución, la cual cambió con la expedición de la Resolución CRT 463 de 2001 desde el día 29 de diciembre de 2001, fecha de su publicación en el Diario Oficial, y de la Resolución 489 de 2002, afectando en idéntico sentido el contrato, como quiera que la regulación que modificó es parte integral del mismo.

"CLAUSULA DECIMA. MODIFICACION 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 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.*"(Resaltado por fuera de texto).

Aparecen conjugadas en la Cláusula Décima y su parágrafo segundo las dos tendencias inherentes a los contratos regulados; de una parte la expresión del poder vinculatorio de los contratos válidamente celebrados *–pacta sunt servanda–* y de otra el poder regulatorio del Estado en una actividad de interés general como la

prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Sabiamente dispusieron las partes en el párrafo en cita, la incorporación inmediata al contrato de las disposiciones con poder de modificarlo y, sin desconocer los efectos, repetimos, inmediatos de esa regulación, el deber bilateral de dar forma literal a las consecuentes modificaciones, pacto que debe interpretarse, no como un requisito para que las modificaciones introducidas al contrato por el ejercicio de la función reguladora del Estado produzcan efectos, si no, como el deber mutuo de las partes de actualizar el texto del contrato, atemperándolo a la dinámica propia del sector de las telecomunicaciones y las normas que lo regulan.

Y es que en los contratos de tracto sucesivo, la relación entre la autonomía de la voluntad y los límites que la regulación impone a la misma, recibe un tratamiento especial. En efecto, como quiera que estos contratos están llamados a mantenerse durante un período más o menos largo de tiempo, la restricción que la regulación puede imponer a la libertad negocial no se limita únicamente al momento de la celebración del contrato, sino que se puede verificar durante toda su vigencia. Esto quiere decir que si una norma de orden regulatorio y de carácter imperativo modifica, adiciona o sustituye alguna condición o elemento que las partes hubieren pactado dentro de los límites del marco regulatorio vigente, tal modificación constriñe de inmediato a la voluntad, haciendo que el contrato se adecue a ella, quedando de inmediato incorporada al contrato; esta era la intención de las partes cuando firmaron el párrafo segundo de la Cláusula Décima.

Se concluye así que la Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002 deben aplicarse a los contratos de interconexión, a partir de la fecha de su promulgación.

Pero por demás, es importante indicar que, para el Tribunal no se vulneró la ley de los contratos, pues en el mismo texto del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre las partes, éstas acordaron que los cargos de acceso y uso de la red serían pagados conforme a las condiciones establecidas en los anexos técnico y financiero, las resoluciones 087 y 104 de la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones **y demás normas que las reglamenten, regulen o modifiquen.**¹⁴ En un sentido más amplio, en el Anexo No. 2 Financiero - Administrativo del contrato de acceso, uso e interconexión, las partes acordaron en la cláusula tercera que los cargos de acceso serían pagados por ORBITEL a Telecartago y que *"El valor por minuto de los cargos de acceso indicados en los numerales 7.2.1 y 7.2.2 **será pagado de acuerdo a lo definido en las resoluciones CRT 087 de 1.997 y CRT 104 de 1.998, o lo definido en las normas que modifiquen, adicionen o sustituyan a las normas citadas.**"* (Resaltado fuera del texto)

Finalmente, la capacidad de la CRT para introducir o inducir modificaciones contractuales se ve reflejada, nuevamente, el artículo 4.4.13 de la Resolución 087 de 1997 (modificado por el artículo 1º de la Resolución 489 de 2002), que reza:

"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

¹⁴ CLÁUSULA TERCERA. VALOR. El valor de este contrato está constituido por: a) El valor de los cargos de acceso y uso de la red de **TELECARTAGO**, que serán pagados por **ORBITEL** conforme a las condiciones establecidas en los Anexos No. 1 y No. 2, las Resoluciones 087 y 104 de la CRT y demás normas que lo reglamenten, regulen o modifiquen

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 de orden público, administrativas, y vinculantes, le queda claro al Tribunal, que las normas proferidas por el ente regulador –CRT- tienen fuerza constitucional y legal para modificar los contratos celebrados entre las partes, y no les era dado sustraerse de las modificaciones introducidas por las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002.

Finalmente, concluye este Tribunal, que los cargos de acceso fueron modificados, no de común acuerdo **-pues no se requería-**, si lo fueron por virtud y en desarrollo de una orden de la autoridad administrativa, además, el referido procedimiento de la cláusula décima del contrato es tan sólo una formalidad acordada que en nada impide el inicio de la aplicación legal de la regulación a partir de su promulgación.

Razón por la cual, el Tribunal deberá acoger favorablemente la segunda pretensión.

La verdad, es que el contrato de acceso, uso e interconexión si fue modificado en virtud de las normas de orden público que, como ya se analizó, regulan *in extenso* el tema.

En consecuencia, **el Tribunal declarará que la tercera pretensión, no prosperara por las anteriores consideraciones.**

De los anteriores razonamientos fluyen las siguientes conclusiones:

- a) TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P., se acogió en todas sus relaciones contractuales de interconexión, a las normas regulatorias que existen en la materia, en especial las que regulan los cargos de acceso de la que trata la Resolución 463 de 2001 y 489 de 2002.
- b) En consecuencia, la Cláusula Tercera del contrato y en el Anexo No. 2 Financiero - Administrativo del contrato de acceso, uso e interconexión, celebrado entre TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P., fue reformado por efecto de la regulación, en lo concerniente a las tarifas sobre los cargos de acceso.
- c) Por lo tanto TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P., al haberse acogido al régimen regulatorio, que en materia de cargos de acceso estaban contemplados en la Resolución 087 de 1997, debió con el cambio normativo, permitir el reemplazo de las condiciones contractuales, sin condicionarlo a la suscripción de un acta modificatoria del contrato.
- d) Sin embargo, la conducta adoptada por TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P., y así se puede observar, fue contraria, al acordar a través del Comité Mixto de Interconexión (Acta No. 2 del 31 de Mayo de 2002), que las conciliaciones de cuentas con base en cargos de acceso se debían liquidar por capacidad.
- e) La anterior conducta, se vio reflejada materialmente, cuando las partes a partir del mes de Mayo de 2002 (Actas 0029 del

31 de mayo de 2002 y 0030 del 24 de junio 2002) empezaron a conciliar los tráficos por la opción de cargos de acceso por capacidad.

Con estos elementos, **no encuentra el Tribunal evidencia suficiente para acoger la pretensión cuarta, por lo que no está llamada a prosperar.**

27. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE ORBITEL

La convocante le imputa a Orbitel S.A. ESP, el incumplimiento de la cláusula 23ª del contrato, que radica en el Tribunal de Arbitramento la competencia para conocer los conflictos surgidos entre las partes, que *"...involucren la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del contrato"*, por causa de haber presentado una solicitud de solución de conflicto a la CRT mediante oficio número 35969 de fecha 12 de septiembre de 2002, en la que pretendía que se *"...ordene a Teléfonos de Cartago, 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"*.

Luego de estudiar dicha solicitud (prueba No. 24 de la demandante) encuentra el Tribunal que, muy a pesar de que la CRT enfoca su decisión en aspectos técnicos relacionados con el dimensionamiento de la red, resulta evidente el incumplimiento endilgado por la demandante, en la medida en que, como se deduce de la pretensión principal de dicha solicitud, se trataba de someter al conocimiento de la CRT, diferencias relacionadas con la aplicación de la Resolución CRT 463 de 2001, norma regulatoria que al estar

incorporada al contrato por voluntad de las partes, según la cláusula tercera y en Anexo No 2 Financiero – Administrativo, le daban al conflicto sobre aplicación de dicha resolución carácter contractual y en consecuencia, de competencia de éste Tribunal.

7. PERJUICIOS CAUSADOS POR INCUMPLIMIENTO

Dentro del trámite procesal no aparece prueba alguna de los perjuicios o de los daños causados a la convocante por incumplimiento o ejecución inadecuada del contrato, pues las únicas pruebas que con ese propósito presentó la convocante, son unas facturas de honorarios profesionales que no entrañan elementos que prueben la relación de causalidad con las conductas imputadas a la convocada en desarrollo de la relación contractual.

TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P., aportó una serie de facturas que indican que los valores reflejados en estas corresponden a "*Honorarios profesionales por concepto de Asesoría Legal*", hayamos claramente una insuficiencia, por cuanto no se puede establecer si estos gastos en los que incurrió la parte convocante son con ocasión propia de este conflicto.

Este Tribunal, considera que tales perjuicios no fueron demostrados, ni probados en el devenir del proceso, y no es suficiente la manifestación que de ellos hizo TELEFONOS DE CARTAGO, para que se considere que deba existir una condena a cargo de ORBITEL en este sentido.

En consecuencia, se declarará que **no prospera la sexta pretensión**, dado que los perjuicios no fueron demostrados.

8. EXCEPCIONES

Con respecto a las excepciones propuestas por la demandada, tenemos que:

a) Sobre la **"Innominada o Genérica"**, no se encontró ningún hecho en el desarrollo del proceso, que constituya o pueda enervar las pretensiones.

b) Sobre la **"Falta de Jurisdicción y Competencia"**, dentro del capítulo de excepciones en la contestación de la demanda, el apoderado de la convocada planteó esta excepción. Sobre el particular es importante señalar que este Tribunal se pronunció en su debida oportunidad, en el trámite del recurso interpuesto por la excepcionante contra el auto que declaró la competencia y mediante providencia que ya quedó debidamente ejecutoriada, amén del alcance de cosa juzgada constitucional de la sentencia de tutela sobre el mismo asunto dictada por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali, el día Agosto 10 de 2006, confirmada en segunda instancia.

Adicionalmente, también considera el Tribunal que tiene una relevancia citar lo manifestado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Quinta¹⁵, dado que son las mismas partes que hoy se encuentran trabadas en esta litis y sobre el mismo asunto:

"En las condiciones reseñadas, la Sala considera que la acción instaurada resulta improcedente, por cuanto la sociedad actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial (Tribunal de Arbitramento), para dirimir el conflicto de naturaleza contractual que surgió sobre la forma que debe tenerse para remunerar el contrato

¹⁵ Acción de Cumplimiento, radicación número 05001-23-31-000-2004-05842-01. Consejero Ponente Dr. Filemón Jiménez Ochoa. Agosto 3 de 2006.

de interconexión celebrado por las partes, mecanismo que se encuentra previsto en la cláusula vigésima tercera de dicho negocio jurídico, el cual es de obligatorio acatamiento, habida consideración que el contrato es ley para las partes."

Queda así establecido que este Tribunal puede ejercer la facultad de administrar justicia de manera plena.

c) La excepción de **"Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones"**, se rechazará de plano conforme al artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, que expresamente dispone que en el proceso arbitral no proceden excepciones previas, categoría a la pertenece esta excepción de acuerdo con el ordinal 7 del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil.

d) Sobre la excepción del **"Cumplimiento perfecto por parte de ORBITEL del objeto del contrato suscrito con TELECARTAGO"**, teniendo en cuenta que la redacción del objeto del contrato incluye la interrelación de derechos y obligaciones derivadas del mismo, incluidos, por supuesto, los mecanismos de solución previstos en la Cláusula 23, se declarara no probada esta excepción, dado que, tal como se concluyo en las consideraciones de este Laudo, ORBITEL incumplió con el procedimiento pactado para la solución de conflictos.

e) La excepción denominada por la convocada como **"Imposibilidad para que prosperen las pretendidas indemnizaciones por ausencia de pruebas e inexistencia de responsabilidad civil contractual en cabeza de ORBITEL S.A. ESP"**, esta llamada a prosperar toda vez que, a pesar del

incumplimiento de ORBITEL a la cláusula 23 del contrato, no fue probada por la convocante la relación de causalidad entre los honorarios acreditados y la actuación surtida ante la CRT, con motivo de la solicitud de solución de conflicto que de manera inadecuada promovió ORBITEL.

d) La excepción de "**Enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido**", no esta llamada a prosperar, por cuanto esta figura demanda la existencia de un conjunto de requisitos, entre los cuáles está la carencia en cabeza del legitimado en la causa, de cualquier otra acción originada en un contrato, cuasicontrato, un delito, un cuasidelito o de las que brotan de los derechos absolutos y en el caso que nos ocupa, el "enriquecimiento sin justa causa", corresponde a una diferencia contractual acerca de la remuneración de los cargos de acceso. Que técnica procesal debió ser formulado en como una pretensión en demanda de reconvención.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que el Contrato de Interconexión, Acceso y Uso suscrito entre TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P., se rige por el derecho privado de acuerdo a las previsiones de la Ley 142 de 1.994 y de la Cláusula Vigésima Sexta del contrato.

SEGUNDO: Declarar que el Contrato de Interconexión, Acceso y Uso suscrito entre TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P. Y ORBITEL S.A. E.S.P. no fue modificado de común acuerdo entre las partes conforme al procedimiento establecido en la Cláusula Décima del contrato.

TERCERO: Negar la pretensión formulada en el ordinal tercero de las pretensiones de la demanda, bajo la consideración que el Contrato de Interconexión, Acceso y Uso fue modificado por la Resolución No 463 de 2.001 y No 489 de 2.002 de la C.R.T.

CUARTO: Negar la pretensión formulada en el ordinal cuarto de las pretensiones de la demanda, bajo la consideración que la modalidad de pago de cargos de acceso por minuto pactada inicialmente en el Contrato de Interconexión, fue modificada en ejercicio de la facultad otorgada a los operadores de TPBCLD, por el artículo 5 de la Resolución 463 de 2.001.

QUINTO: Declarar el incumplimiento por parte de ORBITEL S.A. E.S.P. de las obligaciones contenidas en la Cláusula Vigésima Tercera (23ª) del Contrato de interconexión, acceso y uso suscrito entre TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P., al haber solicitado, de forma unilateral, la intervención de la CRT para dirimir el conflicto suscitado en la ejecución del contrato. No se accede a declarar el incumplimiento de la Cláusula Décima del contrato por parte de ORBITEL S.A. E.S.P., por los motivos expresados en las consideraciones de este Laudo.

SEXTO: Negar la pretensión formulada en el ordinal sexto de las pretensiones de la demanda, por cuanto no fueron probados los perjuicios invocados por TELEFONOS DE CARTAGO S.A. ESP.

SEPTIMO: Declarar no probadas las excepciones de *"Innominada o Genérica"*, *"Falta de Jurisdicción y Competencia"*, *"Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones"*, *"Cumplimiento perfecto por parte de ORBITEL del objeto del contrato suscrito con TELECARTAGO"* y *"Enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido"*.

OCTAVO: Declarar probada la excepción de *"Imposibilidad para que prosperen las pretendidas indemnizaciones por ausencia de pruebas e inexistencia de responsabilidad civil contractual en cabeza de ORBITEL S.A. ESP"*, por las razones expuestas en los considerandos.

NOVENO: Condenar a TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P. en agencias en derecho a favor de ORBITEL S.A. E.S.P. en la suma de Diez Millones de pesos mcte (\$10.000.000)

DECIMO: Condenar en costas a TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P. en cantidad equivalente al setenta por ciento (70%) de la suma que por honorarios y gastos de Tribunal, canceló ORBITEL S.A. E.S.P., de conformidad con la liquidación que por dicho concepto se encuentra contenida en auto No. 9 del 5 de septiembre de 2006, no objetado por las partes, es decir veintitrés millones doscientos un mil ciento quince pesos Mcte. (\$23.201.115)

DECIMO PRIMERO: Facultar al Presidente para protocolizar el expediente, una vez ejecutoriado este Laudo, en una Notaría del Círculo de Cali.

DECIMO SEGUNDO: Entregar el saldo de honorarios a los Árbitros y al Secretario del Tribunal.

DECIMO TERCERO: Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y copia simple con destino al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Cali y al Ministerio Público si este la requiriere.

Esta providencia queda notificada en estrados.

Los Árbitros,

HERNANDO ALFONSO DIAZ QUINTERO
Presidente

JAIME VALENZUELA COBO

ALBA LUCIA GUTIERREZ ORTIZ

El Secretario,

LUIS MIGUEL MONTALVO PONTON