

TELEPALMIRA S.A. E.S.P.

Vs.

ORBITEL S.A. E.S.P.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, veinte (20) de marzo de 2007

Dado que se encuentran agotadas las etapas procesales previstas en las normas que regulan el proceso arbitral (Ley 446 de 1998 y Decreto 1818 de 1998), procede el Tribunal a decidir el conflicto planteado en la demanda y en la contestación de la misma, profiriendo para ello la correspondiente decisión de mérito con la cual culminará este proceso promovido por la sociedad TELEPALMIRA S.A. E.S.P. contra ORBITEL S.A. E.S.P.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1. El Pacto Arbitral

La sociedad convocante invocó el pacto arbitral contenido en la cláusula vigésima tercera numeral 4 del contrato de interconexión, acceso y uso suscrito el 30 de abril de 1999 con la sociedad ORBITEL S.A. E.S.P., cuyo tenor es el siguiente: *“En todos los asuntos que involucren la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. En los asuntos que no sean competencia del ente regulador y, cuando sea necesario, se acudirá a los medios de solución de controversias contractuales siguientes:*

- 1. Comité Mixto de Interconexión.(...).**
- 2. Representantes Legales de las partes. (...)**
- 3. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. (...)**

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

Las diferencias que sean calificadas por el CMI como eminentemente técnicas, serán sometidas a la consideración de un Comité Técnico compuesto, según la cuantía de las pretensiones, por uno (1) o tres (3) expertos en temas técnicos de telecomunicaciones. Los expertos serán escogidos de común acuerdo entre las partes, en caso de falta de acuerdo sobre la designación de los expertos la misma será hecha por ACIEM seccional Cali. En todo caso el Comité Técnico deberá constituirse dentro de los diez (10) días hábiles, siguientes al vencimiento del plazo fijado anteriormente para el arreglo directo. El Comité Técnico podrá practicar las pruebas que estime necesarias y dispondrá de toda la información que solicite a las partes y que tenga relación con los asuntos objeto de la diferencia. El Comité Técnico deberá pronunciar su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, en los términos establecidos en el artículo 111 de la Ley 446 de 1.998. Tal pronunciamiento deberá hacerse en un plazo máximo de tres (3) meses contados a partir de la fecha en que haya iniciado su actividad, prorrogable por un lapso igual, y las decisiones que adopte serán de obligatorio cumplimiento para las partes.

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

Los costos de funcionamiento del Tribunal de Arbitramento, o los costos derivados de los honorarios y demás actividades que desarrolle el Comité Técnico, lo asumirán las partes por mitades. La parte cuyas

pretensiones hubiesen sido desestimadas por el Tribunal de Arbitramento o por el Comité Técnico, devolverá a la otra parte lo aportado para el funcionamiento del Tribunal o para cubrir los honorarios y la actividad desarrollada por el Comité, en un término no superior a quince (15) días después de emitido el fallo.

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

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

2. Convocatoria del Tribunal, designación de los árbitros y el trámite inicial.

- A.** El día 20 de abril de 2006, TELEPALMIRA S.A. E.S.P. por intermedio de apoderado judicial, solicitó la convocatoria e integración de un Tribunal de Arbitramento al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, con el fin de que por intermedio del mismo se decidieran las diferencias suscitadas entre ella y ORBITEL S.A. E.S.P., con ocasión de la ejecución del contrato de “interconexión, acceso y uso” entre ellas celebrado (folios 001 a 028 del Cuaderno Principal No. 1).
- B.** En cumplimiento a lo estipulado en la Cláusula Compromisoria, al no presentarse entre las partes acuerdo para la designación de los árbitros, la Cámara de Comercio de Cali procedió a escogerlos, acogiéndose en un todo a lo consignado para tal efecto en la citada disposición contractual. Fue así como por sorteo número 35 de 22 de junio de 2006 (folios 076, 078 del Cuaderno Principal No.1) se designaron para integrar el presente tribunal los árbitros **JOSÉ FERNANDO JARAMILLO GUTIÉRREZ, FERNANDO JORDÁN MEJIA** y **DIEGO SUAREZ ESCOBAR**, a quienes una vez se les comunicaron sus nombramientos, aceptaron expresamente tal designación por medio de comunicaciones que obran en el expediente (folios 092, 093 y 094 del Cuaderno Principal No. 1).

C. Mediante escrito de fecha junio 29 de 2006 (folios 095 a 099 del Cuaderno Principal No. 1), el apoderado judicial de ORBITEL S.A. E.S.P., presentó objeción al nombramiento de los árbitros que fueron seleccionados por la Cámara de Comercio de Cali para conformar el Tribunal de arbitramento, la cual fundamentó en la incapacidad legal de la citada Cámara para proceder a tal designación. De igual manera y a través del mismo escrito el apoderado de la parte convocada objetó el nombramiento del árbitro DIEGO SUÁREZ ESCOBAR argumentando que el citado profesional del derecho ni es especializado ni tiene experiencia comprobada en derecho de las telecomunicaciones. Las objeciones planteadas fueron decididas desfavorablemente al peticionario mediante comunicación suscrita por la Directora del Centro de Conciliación de fecha 11 de julio de 2006 (folios 184 y 185 del Cuaderno Principal No. 1).

D. Mediante escrito de fecha junio 29 de 2006 (folios 106 a 114 del Cuaderno Principal No. 1), el apoderado judicial de TELEPALMIRA S.A. E.S.P., presentó recusación en contra del arbitro FERNANDO JORDÁN MEJIA, la cual fue rechazada por el recusado por medio de escrito fechado el 5 de julio de 2006 (folios 115 a 183 del Cuaderno Principal No. 1) y despachada desfavorablemente al peticionario en audiencia celebrada el día 11 de julio de 2006, a través de decisión que se tomó con base en las pruebas aportadas (folios 01 al 015 del Cuaderno Principal No. 4).

E. En audiencia realizada el día 11 de julio de 2006, según Acta de la misma fecha, se declaró instalado el Tribunal, se eligió como presidente del mismo al árbitro doctor JOSÉ FERNANDO JARAMILLO GUTIÉRREZ y como secretaria a la doctora MARIA ESPERANZA MAYOR GORDILLO, quien estando presente aceptó el nombramiento y tomó posesión del cargo.

De igual manera en la citada audiencia se fijó como lugar de funcionamiento del tribunal las instalaciones del Centro de Conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, Autos números 1, 2, 3 (folios 001 a 015 del Cuaderno Principal No. 4).

F. ORBITEL S.A. E.S.P. mediante apoderado judicial presentó demanda de tutela en contra de este tribunal y del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali por la designación del árbitro doctor DIEGO SUAREZ ESCOBAR bajo la argumentación de que no es

especialista en Derecho de Telecomunicaciones ni cuenta con experiencia en esta área del derecho. Esta acción fue resuelta en segunda instancia por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Cali, mediante sentencia T-059 de octubre 6 de 2006 en la cual considerando que el tribunal fue debidamente integrado y que no se habían violado los derechos fundamentales de la convocada, resolvió negar la acción impetrada, decisión que adicionalmente comprendió la suspensión de los términos procesales desde el día 23 de agosto de 2006 hasta el día 6 de octubre de 2006.

- G.** Han comparecido las partes al presente proceso arbitral, por medio de abogados titulados (Art. 118, último inciso Ley 446 de 1998) a quienes se les ha reconocido personería tal y como consta en Autos números 1 de fecha 11 de julio de 2006 contenido en el Acta de instalación del Tribunal (folios 01 a 015 del Cuaderno Principal No. 4), 4 de fecha 14 de agosto de 2006 contenido en el Acta No. 2 (folios 017 a 021 del Cuaderno Principal No. 4) y 12 de fecha 22 de noviembre de 2006 contenido en el Acta No. 6 (folios 049 del Cuaderno Principal No. 4).
- H.** De la solicitud de convocatoria se dio traslado a la parte convocada por medio de Auto No. 3 de fecha 11 de julio de 2006 contenido en el Acta de instalación del Tribunal (folios 01 a 015 del Cuaderno Principal No. 4).
- I.** La parte convocada presentó dentro del término de ley la contestación al escrito de convocatoria el cual contiene sus argumentos en relación con los hechos y pretensiones, las excepciones de fondo, así como las pruebas documentales en las que fundamenta su defensa (folios 02 a 717 del Cuaderno Principal No. 3).
- J.** De igual manera del contenido de la contestación se corrió traslado a la parte convocante quien dentro de la debida oportunidad procesal recorrió el traslado presentando sus argumentos en relación con las excepciones presentadas por la convocada (folios 445 a 478 del Cuaderno Principal No. 2).
- K.** El día 20 de octubre de 2006 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación con la presencia de los representantes legales de las partes y de sus apoderados judiciales, en la cual los árbitros instaron a la convocante y a la convocada a buscar alternativas orientadas a resolver el conflicto sin

necesidad de agotar el proceso arbitral como tal. Al finalizar la audiencia se declaró el fracaso de la misma por cuanto se evidenció la ausencia de ánimo conciliatorio (folios 029 a 031 del Cuaderno Principal No. 4).

El mismo 20 de octubre de 2006 a través de Auto No. 10, el tribunal fijó los honorarios de los árbitros así como sus gastos de instalación y funcionamiento (folios 031 a 035 del Cuaderno Principal No. 4).

- L.** Las partes pagaron los honorarios de los árbitros así como los gastos de instalación y funcionamiento del tribunal, todo de conformidad con lo previsto en el Art. 144 del Decreto 1818 de 1998, pago que se materializó de la siguiente manera: La convocante consignó el valor a su cargo dentro de los diez (10) días fijados por la norma en comento, y en razón a que la parte convocada no realizó el pago a su cargo dentro del citado término, la convocante haciendo uso de la facultad legal pagó por cuenta de la convocada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. Finalmente, y dado que la parte convocada había consignado los honorarios a su cargo de manera extemporánea, el tribunal previa autorización del representante legal de ORBITEL S.A. E.S.P. entregó esta suma de dinero a la sociedad TELEPALMIRA S.A. E.S.P.

- M.** Por medio de Auto No. 11 de fecha 16 de noviembre de 2006 el tribunal ordenó la citación del agente del Ministerio Público dado que la composición del capital de la sociedad convocada es en un alto porcentaje de origen estatal (folios 041 a 045 del Cuaderno Principal No. 4). Esta citación se llevó a cabo por medio de la secretaría del tribunal a través de oficio radicado bajo el No. 293381. La Procuraduría General de la Nación a través de oficio No. 72161 fechado el 26 de diciembre de 2006, pero radicado en la Cámara de Comercio de Cali el día 8 de febrero del año 2007, notificó a la secretaría de este tribunal que la invitación a designar un representante del Ministerio Público fue trasladada por competencia a los Procuradores Administrativos de la ciudad de Cali para el reparto correspondiente. El tribunal deja constancia de que la procuraduría Seccional de Cali se abstuvo de enviar un representante razón por la cual el proceso siguió su curso sin la presencia de este funcionario (folios 033 a 035 del Cuaderno Principal No. 6).

3. El proceso arbitral.

A. Primera Audiencia de Trámite

1. Fracasada la audiencia de conciliación, el tribunal dispuso fijar como fecha para dar inicio a la Audiencia de trámite el día 16 de noviembre del año 2006.

En la citada audiencia, a la cual corresponde el Acta No. 5, se dio lectura a la cláusula compromisoria con fundamento en la cual se instaló el presente tribunal. De igual manera, se dio lectura a las cuestiones sometidas a decisión arbitral expresadas en la solicitud de convocatoria con indicación de la estimación de la cuantía, todo de conformidad con lo estipulado en el numeral 1 del Art. 147 del Decreto 1818 de 1998.

A continuación, el Tribunal efectuó el pronunciamiento del caso en relación con su propia competencia (Auto No. 11 de fecha 16 de noviembre de 2006), determinación contra la cual la parte convocada interpuso recurso de reposición (folios 041 a 047 del Cuaderno Principal No. 4).

2. Por Auto No. 12 de fecha 22 de noviembre de 2006 el Tribunal desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la decisión de competencia (folios 049 a 053 del Cuaderno Principal No. 4) y por medio del Auto No. 14 de la misma fecha, dispuso la práctica de las diligencias de prueba admisibles (folios 053 a 057 del Cuaderno Principal No. 4)

B. Etapa Probatoria

- 1) Se tuvieron como pruebas documentales los documentos enunciados en el acápite de pruebas de la solicitud de convocatoria (folios 01 a 444 del Cuaderno Principal No. 2), de la contestación a la misma (folios 100 a 717 del Cuaderno Principal No. 3) y del escrito que descurre el traslado de las excepciones formuladas por la convocada (folios 456 a 478 del Cuaderno Principal No. 2).
- 2) En audiencia de pruebas de fecha 12 de diciembre de 2006, Acta No. 7, se practicaron interrogatorios a los representantes legales de TELEPALMIRA S.A. E.S.P. Gerardo Porrás Gutiérrez (folios 59 y 60 del

cuaderno No. 4) y (folios. 001 a 025 del Cuaderno de Pruebas No. 7) y de ORBITEL S.A. E.S.P., Jaime Andrés Plaza Fernández (folios 061 y 062 del cuaderno No. 4) y (folios 026 a 058 del Cuaderno de Pruebas No. 7).

- 3) Por solicitud de la parte convocada, se recibieron los testimonios de los señores: ANDREA BEATRIZ EUGENIA MUÑOZ GÓMEZ (folios 063 y 064 del cuaderno No. 4) y (folios 060 a 085 del Cuaderno de pruebas No. 7); GABRIEL ADOLFO JURADO PARRA (folios 065 y 066 del cuaderno No. 4) y (folios 086 a 105 del Cuaderno de Pruebas No. 7); CARLOS ALBERTO HERRERA BARROS (folios 067 y 068 del cuaderno No. 4) y (folios 106 a 131 del Cuaderno de Pruebas No. 7); DENIS LÓPEZ CAMACHO (folios 071 y 072 del cuaderno No. 4) y (folios 162 a 173 del Cuaderno de Pruebas No. 7) HERNÁN LOZANO DÍAZ (folios 069 y 070 del cuaderno No. 4) y (folios 132 a 161 del Cuaderno de Pruebas No. 7).

C. Término de duración del proceso arbitral.

1. El día 22 de noviembre de 2006 terminó la primera audiencia de trámite.
2. El término de tres (3) meses del proceso habría de vencer, en consecuencia, el día 22 de febrero de 2007.
3. No obstante, durante ese lapso se presentaron las siguientes suspensiones acordadas por el Tribunal en virtud de haberlas solicitado de consuno los apoderados de las partes.
 - 3.1 Auto No. 15 contenido en el Acta No. 6 de fecha 22 de noviembre 2006 se suspendió el proceso desde el 23 de noviembre de 2006 hasta el 11 de diciembre de 2006, ambas fechas incluidas, para un total de doce (12) días hábiles.
 - 3.2 Auto No. 16 contenido en el Acta No. 7 de fecha 12 de diciembre de 2006 se suspendió el proceso desde el 13 de diciembre de 2006 hasta el 14 de enero de 2007, ambas fechas incluidas, para un total de veinte (20) días hábiles.

- 3.3** Auto No. 17 contenido en el Acta No. 8 de fecha 15 de enero 2007 se suspendió el proceso desde el 16 de enero de 2007 hasta el 22 de enero de 2007, ambas fechas incluidas, para un total de cinco (5) días hábiles.
- 3.4** Auto No. 18 contenido en el Acta No. 9 de fecha 23 de enero 2007 se suspendió el proceso desde el 24 de enero de 2007 hasta el 19 de marzo de 2007, ambas fechas incluidas, para un total de treinta y ocho (38) días hábiles.
- 4.** Conforme a lo anterior, en la fecha en que se profiere el presente laudo el proceso ha sido suspendido durante setenta y cinco (75) días hábiles en total.
- 5.** Conforme a lo anterior, a la fecha en que habría de vencer el término original deben sumarse setenta y cinco (75) días hábiles, lo que significa que el término del que disponen los árbitros para proferir el laudo, vence el día quince (15) de junio de 2007.

CAPITULO SEGUNDO

LA CONTROVERSIA

1. La Demanda

A. Hechos

- 1.** El apoderado de la parte convocante hizo una introducción y explicación general sobre algunas definiciones que considera importantes para entender la problemática que origina el conflicto; presentó un resumen de la regulación de servicios públicos en Colombia y finalmente resumió algunas de las funciones de la CRT.

Posteriormente el apoderado de la convocante formuló las siguientes afirmaciones:

2. Contrato de Interconexión.

- 2.1** Que el día 28 de febrero de 2000 TELEPALMIRA S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P. celebraron un contrato de interconexión, Acceso y Uso por

una vigencia de cinco (5) años contados a partir del día 30 de abril de 1999, contrato que se prorrogó hasta el 30 de abril de 2009.

- 2.2** Que en el citado contrato TELEPALMIRA S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P. acordaron determinar los derechos y obligaciones con respecto al acceso, uso e interconexión directa de sus redes de telecomunicaciones y las condiciones de carácter legal, comercial, técnico, operativo y económico derivadas de la misma, con el fin de proporcionar capacidad completa de comunicación telefónica entre usuarios dentro del país y en conexión con el exterior.
- 2.3** Que el Contrato fue suscrito de conformidad con lo establecido en el Título IV de la Resolución 087 de 1997, en virtud de la cual se estipuló como manera de remuneración por el uso de la red de TELEPALMIRA S.A. E.S.P. la modalidad de minuto o fracción de minuto cursado.
- 2.4** Que las partes en la cláusula diez del contrato estipularon que el mismo sólo podía ser objeto de modificación por medio de la suscripción de un acta bilateral por parte de sus representantes legales.
- 2.5** Que igualmente las partes convinieron varios mecanismos de solución de controversias contenidos en la cláusula vigésima tercera (23ª) del contrato, en virtud de la cual ante la presencia de un conflicto que no fuera de carácter técnico se agotaría un procedimiento de cuatro (4) etapas así: 1. Comité Mixto de Interconexión; 2. Acuerdo entre los representantes legales de las partes; 3. Mediación de la CRT a petición de ambas partes; y 4. Tribunal de arbitramento.

Sobre este particular la parte convocante destaca que el tribunal de arbitramento es el único órgano competente para resolver las controversias contractuales dada su naturaleza jurisdiccional.

3. Surgimiento del conflicto contractual entre ORBITEL S.A. E.S.P. y TELEPALMIRA S.A. E.S.P.

- 3.1** Que el 27 de diciembre de 2001 la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió la Resolución número 463 de 2001 la cual modificó la Resolución número 087 de 1997 en el sentido de establecer que a partir del primero (1) de enero de 2002, los operadores de

telefonía local (TPBCL) debían ofrecer a los operadores de telefonía de larga distancia (TPBCLD) por lo menos dos (2) opciones de remuneración de cargos de acceso: por minuto o por capacidad.

- 3.2** Que como consecuencia de lo dispuesto en la Resolución 463 de 2001 ORBITEL S.A. E.S.P. le informó a TELEPALMIRA S.A. E.S.P., mediante comunicación de fecha 11 de enero de 2002 que a partir del 1 de enero de 2002 se acogía al nuevo esquema de cargos de acceso por capacidad.
- 3.3** Que frente a tal comunicación TELEPALMIRA S.A. E.S.P. se opuso al pago de los cargos de acceso por capacidad, argumentando que la nueva reglamentación establecía que los operadores de TPBCL tenían la obligación de ofrecer a los operadores de TPBCLD por lo menos dos (2) opciones de cargos de acceso: por minuto y por capacidad; y que la interconexión ya había sido acordada a través de un contrato válidamente celebrado, el cual para ser modificado requería de un acuerdo escrito entre las partes.
- 3.4** Que en este orden de ideas, surgió un conflicto entre las partes derivado de la disparidad de criterios en cuanto a la forma de calcular los cargos de acceso a la interconexión, por cuanto, mientras ORBITEL S.A. E.S.P. sostiene que tiene el derecho a pagar los cargos de acceso por capacidad de acuerdo con las resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, TELEPALMIRA S.A. E.S.P. sostiene que los cargos de acceso se deben calcular por minuto tal y como fue establecido en el Contrato de Interconexión
- 3.5** Que adicionalmente se presentó entre las partes un conflicto en relación con la aplicación e interpretación del contenido de la Cláusula Décima (10ª) del Contrato de Interconexión, mediante la cual se regula la forma en que el mismo puede ser modificado.
- 3.6** Que así las cosas, ORBITEL S.A. E.S.P. ha venido sosteniendo que el Artículo 2 de la Resolución No. 489 de 2002 varió de manera automática el Contrato de Interconexión, de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo de la Cláusula Décima (10ª) del Contrato de Interconexión.

TELEPALMIRA S.A. E.S.P. por su parte sostiene que dicho artículo no tiene la virtud de modificar automáticamente el Contrato de Interconexión ya que dicha disposición no puede aplicarse a situaciones jurídicas consolidadas, a través de las cuales las partes del contrato de interconexión han adquirido válidamente derechos y obligaciones que deben mantenerse durante la vigencia del mismo.

4. Incumplimiento contractual por parte de ORBITEL S.A. E.S.P.

4.1 Que el conflicto se llevó ante el Comité Mixto de Interconexión sin que se hubiese llegado a ningún acuerdo, tal como consta en el Acta de reunión del CMI de fecha 11 de agosto de 2005.

4.2 Que ORBITEL S.A. E.S.P. decidió someter de forma unilateral y sin la previa observancia de la segunda etapa del procedimiento de resolución de controversias contractuales, la solución del conflicto a la opinión de la CRT, entidad que según la convocante, únicamente estaba facultada para intervenir en calidad de mediadora, cuando según lo pactado dicha mediación solo podía ser solicitada de manera conjunta.

4.3 Que en consecuencia ORBITEL S.A. E.S.P. violó el procedimiento contractual establecido para la solución de conflictos.

5. Intervención de la CRT en un conflicto de naturaleza exclusivamente contractual.

5.1 Que la CRT atendiendo la solicitud de Orbitel avocó el conocimiento del conflicto con fundamento en el Artículo 73.8 de la Ley 143 de 1994, sin tener en cuenta la posición de Telepalmira en el sentido de que no se habían agotado los pasos de solución de conflictos previstos en la cláusula vigésima tercera (23ª) del contrato.

5.2 Que a pesar de lo anterior la CRT expidió la Resolución No. 729 del 28 de mayo de 2003, en virtud de la cual resolvió que ORBITEL S.A. E.S.P. debía pagarle a TELEPALMIRA S.A. E.S.P. los cargos de acceso por capacidad y no por minuto. Esta resolución fue recurrida por TELEPLAMIRA S.A. E.S.P. y confirmada por la citada entidad reguladora por medio de la Resolución 779 de 2004.

5.3 Que las resoluciones antes mencionadas fueron demandadas ante la jurisdicción contenciosa administrativa en acción de nulidad, acción basada en tres (3) premisas: 1) que el conflicto presentado entre Orbitel y Telpalmira es de naturaleza contractual y no regulatorio; 2) que a Telpalmira se le lesionaron sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia puesto que para dirimir el conflicto no se convocó a un Tribunal de Arbitramento, juez natural del Contrato de Interconexión y único órgano competente para decidir de fondo; y 3) que se vulneró el principio de legalidad ya que la CRT no tenía competencia para resolver de fondo el conflicto contractual pues el mismo no se encontraba enmarcado dentro de los supuestos contemplados en el Artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994.

6. Observancia del procedimiento de resolución de conflictos contractuales previsto en la cláusula vigésima tercera (23^a) del Contrato de interconexión.

6.1 Que Telpalmira decidió adelantar el procedimiento previsto en la cláusula vigésima tercera (23^a) del Contrato de Interconexión, con el fin de encontrarle al conflicto contractual una solución legal y ajustada a derecho. Procedimiento que se resume así:

6.1.1 (Reunión del CMI) El 2 de julio de 2005, Telpalmira invitó a Orbitel para adelantar el procedimiento previsto en la cláusula vigésima tercera (23^a) del contrato.

6.1.2 Que la reunión citada se llevó a cabo el 11 de agosto de 2005 y en ella Orbitel manifestó que el asunto ya había sido dirimido por la CRT por lo cual Telpalmira, al seguir cobrando los cargos de acceso por minuto y no por capacidad, se encontraba vulnerando las resoluciones de la CRT.

6.1.3 (Representantes legales de las partes) Que habiendo transcurrido el término contractualmente previsto sin lograr una solución amigable, el 8 de septiembre de 2005 el representante legal de Telpalmira envió una invitación al representante legal de Orbitel, tendiente a celebrar una reunión con el fin de dar cumplimiento a la segunda (2) etapa del procedimiento establecido en el Contrato de Interconexión.

6.1.4 Que el 15 de septiembre de 2005 el representante legal de Orbitel manifestó por escrito que el conflicto contractual ya había sido resuelto por parte de la CRT quedando sólo pendiente por resolver la devolución a Orbitel de la diferencia entre el valor de los cargos de acceso por minuto y el valor de los cargos de acceso por capacidad establecidos por las Resoluciones de la CRT.

6.1.5 Que el 23 de septiembre de 2005 el representante legal de Telepalmira reiteró por escrito a Orbitel la invitación a dialogar para encontrar una solución directa, invitación que nuevamente fue rechazada mediante escrito de fecha 10 de octubre de 2005, rechazo que se fundamentó en los mismos argumentos de los escritos anteriores.

6.1.6 Que de manera reiterada Telepalmira informó a Orbitel el agotamiento de la etapa de negociación directa prevista en el numeral 2° de la cláusula vigésima tercera (23ª) del Contrato de Interconexión, por lo cual procedería a convocar a un Tribunal de Arbitramento para que solucionara definitivamente la controversia, invitación que, de manera igualmente reiterada, fue rechazada por la convocada sobre la base de que habiéndose resuelto el conflicto por la CRT un tribunal de arbitramento carecería de competencia para conocer del tema pues ello equivaldría a abrir la posibilidad de que este órgano de justicia alternativa pudiese anular un acto administrativo lo cual es jurídicamente imposible.

6.2 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 han dado 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 Telepalmira y Orbitel a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

B. Pretensiones

La parte convocante solicita al tribunal que con base en los hechos descritos en la solicitud de convocatoria y en las pruebas allegadas y practicadas dentro del proceso, se declaren a su favor la siguientes pretensiones:

DECLARATIVAS

1. Que se declare 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. Que se declare 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, siguiendo el procedimiento establecido en la cláusula décima (10ª) del mismo.
3. Que se declare 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. Que se declare, 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. Que se declare el incumplimiento por parte de ORBITEL S.A. E.S.P. de lo dispuesto en la cláusula décima (10ª) y vigésima tercera (23ª) del Contrato de Interconexión, al haber solicitado, en forma unilateral, la intervención de la CRT para dirimir el conflicto presentado entre Orbitel y Telpalmira con ocasión del Contrato de Interconexión.

DE CONDENA

6. Que como consecuencia de la anterior declaración, condene a Orbitel a indemnizar los perjuicios que le ha ocasionado a Telepalmira.
7. Que se condene en costas y agencias a Orbitel.

C. Fundamentos de derecho

La convocante fundamenta sus pretensiones en las siguientes disposiciones legales: Constitución Política de Colombia, Ley 142 de 1994, Código Contencioso Administrativo, Código Civil, Código de Comercio, Resolución 087 de 1997 de la CRT con sus modificaciones, así como en las demás leyes o normas del ordenamiento jurídico colombiano que sean aplicables al presente caso.

2. La posición defensiva de la compañía demandada.

Notificada legalmente la entidad convocada del auto admisorio de la solicitud de convocatoria, oportunamente manifestó su oposición a las pretensiones aducidas por la convocante en escrito de contestación a la misma, solicitando la práctica de las diligencias de prueba que consideró de utilidad para su interés involucrado en el litigio.

El pronunciamiento de la parte convocada sobre las pretensiones de la demanda se presentó en los siguientes términos:

A. Frente a las Pretensiones

El apoderado de la parte convocada se opuso a las pretensiones de la convocante con el argumento de que frente al presunto conflicto presentado entre las partes, éste ya fue resuelto por la autoridad correspondiente en la materia, es decir, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y a su vez la sociedad ORBITEL S.A. E.S.P. no incumplió en manera alguna las obligaciones establecidas en el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión suscrito entre ORBITEL S.A. E.S.P. y TELEPALMIRA S.A. E.S.P.

De manera específica frente a las pretensiones indicó lo siguiente:

- 1.** Que se opone a la primera pretensión de la convocante por cuanto considera que el contrato de acceso, uso e interconexión se rige por el derecho privado sólo en aquellos eventos en que no exista una norma regulatoria específica para la materia.
- 2.** Que se opone a la segunda pretensión de la convocante, con el argumento que los cargos de acceso fueron modificados por virtud de una orden de una autoridad administrativa y además el referido procedimiento de la cláusula décima del contrato es tan solo una formalidad acordada que en nada impide el inicio de la aplicación legal de la regulación a partir de su promulgación.
- 3.** Que se opone a la tercera pretensión de la convocante, con el argumento de que la aplicación de las leyes en el tiempo inicia desde el mismo

momento de su publicación en el diario oficial, siendo éste un principio general del derecho que no puede ser desconocido.

4. Que se opone a la cuarta pretensión de la convocante, con el argumento de que fue el Gobierno Nacional quien le confirió a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones facultades regulatorias en materia de telecomunicaciones y específicamente en el tema de interconexión entre operadores de servicios, por lo que, la pretensión aludida desconocería principios y pilares fundamentales no sólo del Estado, sino también del derecho.
5. Que se opone a la quinta pretensión de la convocante, argumentando que ORBITEL S.A. E.S.P. no incumplió el contrato celebrado con la sociedad TELEPALMIRA S.A. E.S.P., y que cumplió en forma rigurosa las obligaciones surgidas del contrato. A su vez manifiesta que no es cierto que la intervención de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones haya actuado simplemente en el papel de mediadora del conflicto, pues intervino como una autoridad administrativa con facultad para resolver un conflicto presentado entre operadores. Y que la convocante ha incumplido el contrato, la ley y las resoluciones del órgano de regulación.
6. Que se opone a la sexta pretensión de la convocante, dado que al no haber incumplido la convocada el contrato mal podrían imputársele perjuicios. Adicionalmente afirma que la parte convocante omitió especificar la clase de perjuicios pretendidos así como su valor, omitiendo igualmente la prueba de su existencia.
7. Que se opone a la séptima pretensión de la convocante, por cuanto es a Telepalmira a quien se debe condenar en costas.

B. Frente a los hechos

1. De igual manera, el apoderado de la parte convocada se refiere a los hechos en el mismo orden y con la misma enumeración utilizada en la demanda que convocó a este tribunal, por lo cual, hace una introducción y explicación general sobre algunas definiciones que considera importantes para aclarar los hechos enunciados por la convocante, buscando con ello que el tribunal entienda la problemática que originó el conflicto. Así mismo

presenta un resumen de la regulación de servicios públicos en Colombia y finalmente analiza algunas de las funciones de la CRT.

Posteriormente el apoderado de la convocada se pronuncia frente a los hechos de la parte convocante en los siguientes términos:

2. Contrato de Interconexión:

2.1. Que el hecho 2.1 es parcialmente cierto aclarando que los contratos de interconexión se rigen por el derecho privado en lo no previsto puntualmente por la ley, que estos contratos se encuentran limitados dentro de un marco legal específico propio del sector de las telecomunicaciones, tal es el caso de la Resolución 087 de 1997 expedida por la CRT, que regula todo lo atinente a la interconexión entre operadores; por lo que considera que no es cierto que el contrato de acceso, uso e interconexión, haya sido suscrito en desarrollo de lo previsto exclusivamente en el artículo 39.4 de la Ley 142 de 1994.

2.2. Que el hecho 2.2 no es cierto. Que el contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre las partes “*se prorrogó automáticamente*” en iguales condiciones que el contrato original. Que la sociedad ORBITEL S.A. E.S.P., solicitó desde el 11 de enero de 2002 que se diera aplicación al cobro de cargos de acceso por capacidad, solicitud que ha sido reiterada en varias ocasiones tanto ante la convocante, como ante el CMI y ante la CRT. y finalmente precisa que la CRT tiene la facultad de modificar los contratos de acceso, uso e interconexión suscritos entre los operadores cuando dichas modificaciones sean precisas para garantizar el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de los servicios.

2.3. Que el hecho 2.4 no es cierto como se plantea. Que si bien inicialmente en el contrato se fijó el pago del cargo de acceso por minuto o fracción, la verdad es que ORBITEL, en virtud de su derecho de elección, desde el 11 de enero de 2002, se acogió a la opción de pago de cargos de acceso por capacidad, derecho consagrado en la Resolución 463 de 2001 de la CRT.

Por tanto no es cierto que Orbitel aún se encuentra obligada a pagar por concepto de cargos de acceso las tarifas determinadas por minuto o fracción de minuto, y que el desconocimiento de esta situación por parte de Telepalmira ha ocasionado que la convocante retenga indebidamente dineros que pertenecen a la convocada.

2.4. Que el hecho 2.5 no es cierto. porque no comparte la interpretación según la cual las modificaciones de los contratos derivadas de leyes o actos administrativos de carácter general se condicionen a modificaciones de mutuo acuerdo entre las partes. Y que de igual manera se omitió transcribir la segunda parte de la cláusula décima del contrato según la cual las modificaciones del mismo que se originen es disposiciones regulatorias regirán de inmediato.

2.5. Que el hecho 2.6 no es cierto. Que las partes acordaron que se acudiría a los medios de solución de controversias contractuales en los eventos en que se involucren la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del contrato de acceso, uso e interconexión, mas no, en los eventos de modificación de algún término o condición contractual como lo afirma el apoderado de la sociedad convocante. Y finalmente precisa que no hay conflicto y que lo que realmente existe es la renuencia de Telepalmira a cumplir con la regulación.

2.6. Que el hecho 2.7 es parcialmente cierto. Pues aunque efectivamente las partes pactaron un procedimiento de solución de conflictos en el cual la CRT sería una instancia de mediación, cuando en este caso en particular la CRT se pronunció a través de un acto administrativo que posteriormente fue confirmado no actuó como mediadora, pues Orbitel nunca solicitó tal mediación, sino en desarrollo de su facultad de resolver conflictos a petición de cualquiera de la partes. Y que por lo anterior considera que no es cierto que el tribunal de arbitramento sea el único órgano competente para resolver de plano las controversias suscitadas entre los contratantes.

3. Surgimiento del conflicto contractual entre Orbitel y Telepalmira.

3.1. Que el hecho número 3.1 no es cierto tal y como está planteado. Que la Resolución 463 de 2001 modificó la Resolución 087 de 1997,

por cuanto incorporó una nueva modalidad de cobro en los cargos de acceso. Dicha modificación consistió en adicionar al ya establecido cobro por minutos o fracción de minutos cursados, la modalidad de cobro por capacidad, considerando que la parte convocante de manera errónea supedita la aplicación de la nueva resolución del ente regulador a una negociación entre las partes, reiterando que tal y como lo acordaron en la cláusula vigésima sexta del contrato, las normas y la regulación expedida por la CRT se entienden incorporadas al contrato desde su publicación, y que por lo tanto, no es cierta la argumentación que realiza el apoderado de la parte convocante al afirmar que la mencionada obligación “*no puede entenderse incorporada en los contratos de interconexión ya firmados y en ejecución*”.

- 3.2.** En relación con el punto 3.2 manifestó que es cierto.
- 3.3.** Que el hecho 3.3 no es cierto tal y como ha sido planteado. Que Telepalmira poseía la obligación legal de ofrecer a ORBITEL la opción de acogerse al pago de cargos de acceso por minuto o capacidad, por lo cual ORBITEL al haber optado por acogerse a la modalidad de capacidad, a Telepalmira se le creó la obligación de aceptar tal decisión y cobrar desde ese momento los cargos de acceso por capacidad.
- 3.4.** Que los hechos 3.4 y 3.5 no son ciertos. Que no existe conflicto ni disparidad de criterios que sólo se está ante la presencia de la renuencia de la parte convocante de cumplir con disposiciones legales, y que para tal efecto, ha buscado respaldar su comportamiento con argumentos jurídicos.
- 3.5.** Que el hecho 3.6 no es cierto. Porque la Resolución 463 de 2001 modificatoria de la Resolución 087 de 1997, compilada la primera por la Resolución 489 de 2002, cambió, por ser una disposición de carácter general, todos los contratos de acceso, uso e interconexión existentes al momento de su publicación sin que fuera necesario el cumplimiento de requisitos adicionales, reiterando que la CRT tiene la facultad de modificar los contratos de interconexión entre operadores telefónicos limitándose de esta manera el principio de la autonomía de la voluntad negocial.

La parte convocante asemeja por analogía el contrato de acceso, uso e interconexión al contrato de suministro, en especial refiriéndose al Artículo 978 del C. de Co., según el cual cuando el precio está regulado por el gobierno, las condiciones del contrato se sujetarán a los respectivos reglamentos.

Por otro lado afirma que por ser el contrato de interconexión uno de tracto sucesivo las nuevas normas que lo regulen le son aplicables con efectos hacia el futuro, destacando que aquí no se viola el principio de irretroactividad de la ley nueva, y que por tanto en el caso en concreto las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002 se aplican a los contratos de interconexión a partir de su entrada en vigencia.

4. Incumplimiento contractual por parte de Orbitel:

- 4.1.** Que el hecho 4.1 no es cierto. Que el conflicto realmente surgió desde el año 2002, y no desde el 11 de agosto de 2005 como lo afirma la convocante.
- 4.2.** Que el hecho 4.2 es parcialmente cierto. Por cuanto aunque los contratantes hayan acordado un esquema de solución de conflictos, que comprendía varias etapas, ello no impide que una de ellas acuda directamente a la CRT, para que en desarrollo de facultades legales, resuelva sus diferencias. De igual manera afirma que se trata de un conflicto eminentemente administrativo y que por tanto la competencia de su solución radica en la CRT.
- 4.3.** Que los hechos 4.3, 4.4 y 4.5 no son ciertos. Por cuanto según el apoderado de la convocante Orbitel no incumplió el contrato de acceso, uso e interconexión dado que al acudir ante la CRT no buscó su condición de mediadora como lo afirma Telepalmira, sino que buscó su función reguladora en virtud de la cual el citado ente administrativo puede intervenir para solucionar conflictos presentados entre operadores.

Explica el apoderado de la convocada que al no haber solicitado la mediación de la CRT no violó el procedimiento previsto en la

cláusula veintitrés (23) del contrato y que por tanto mal podría haberlo incumplido. Insistiendo en que el buscar la función reguladora de la CRT es una facultad que tiene cualquiera de las partes sin que para ello se requiera el concurso de la otra.

5. Intervención de La CRT en un conflicto de naturaleza exclusivamente contractual.

5.1. Que el hecho 5.1 es cierto.

5.2. Que el hecho 5.2 no es cierto. Y reitera lo ya expresado respecto de los hechos 4.3, 4.4 y 4.5 de la solicitud de convocatoria.

5.3. Que el hecho 5.3 es parcialmente cierto. Precizando que a Telepalmira no se le vulneró el derecho al debido proceso pues el trámite surtido ante la CRT respetó los derechos de cada una de la partes. Finaliza su argumentación reiterando lo tantas veces dicho en el sentido de que la CRT con su intervención puso fin al conflicto a través de un acto administrativo que goza de plena legalidad.

5.4. Que el hecho 5.4 es cierto. Y reitera que la CRT sí tiene la facultad de modificar contratos, citando para tal efecto el texto del Artículo 4.4.12 de la Resolución 575 de 2002.

Finaliza la argumentación acusando a Telepalmira de un proceder doloso y malintencionado al negarse a reconocer el derecho de Orbitel de escoger la modalidad de cargos de acceso.

5.5. Que respecto del hecho 5.4, cuya numeración se repite, se atiene a lo que se pruebe.

5.6. Que respecto del hecho 5.5 es cierto. Y destaca que aunque las resoluciones de la CRT, a través de las cuales se resolvió el conflicto han sido demandadas en acción de nulidad, las mismas se encuentran en firme pues no existe en torno a ellas sentencia ejecutoriada de la cual se infiera lo contrario. Que de hecho al haber desconocido Telepalmira lo dicho en las citadas resoluciones le ha merecido sanciones de la Superintendencia de Servicios Públicos.

En su argumentación plantea que por estar en curso los procesos a través de los cuales se busca la nulidad de las citadas resoluciones de la CRT, se ha registrado de este modo una prejudicialidad que debe ser observada en este proceso.

- 5.7.** En relación con el hecho 5.6 manifiesta que no es cierto. Pues el conflicto fue decidido con la observancia plena de las garantías y derechos procedimentales de la convocante.
- 6.** Observancia del procedimiento de resolución de conflictos previsto en la cláusula vigésima tercera (23^a) del Contrato de Interconexión.
- 6.1.** Respecto del hecho 6.1 manifiesta que no es cierto. Que Orbitel no ha incumplido el contrato y que quien lo incumplió fue Telepalmira a no acatar las resoluciones de la CRT que lo modificaron.
- 6.2.** (Reunión del CMI) Respecto del hecho 6.3 manifiesta que es cierto. Pero haciendo la salvedad de que el conflicto presentado no reviste naturaleza contractual.
- 6.3.** Respecto al hecho 6.4 manifiesta que es cierto. Y que por tanto desde el 11 de agosto de 2005, se empezaron a contar los términos para llegar a una solución directa entre las partes, es decir, los treinta (30) días máximos que tenía el Comité Mixto de Interconexión para llegar a un acuerdo. Así las cosas, dicho término venció el 11 de septiembre de 2005.
- 6.4.** (Representantes legales de las partes). Respecto del hecho 6.5 manifiesta que es cierto. Destacando que esta segunda etapa de arreglo directo venció el 12 de octubre de 2005.
- 6.5.** Respecto del hecho 6.6 manifiesta que se atiene al contenido de la comunicación.
- 6.6.** Respecto del hecho 6.7 manifiesta que se atiene al contenido de la comunicación.
- 6.7.** Respecto del hecho 6.8 manifiesta que se atiene al contenido de la comunicación.

6.8. Respecto del hecho 6.9 manifiesta que se atiene a lo que resulte probado en el proceso y que respecto a este hecho es necesario aclarar que la segunda etapa o instancia de arreglo directo finalizó, de conformidad con los términos acordados en la cláusula vigésima tercera del contrato, el día 12 de octubre de 2005, por lo tanto la mencionada comunicación de fecha 24 de octubre de 2005 fue extemporánea, excediéndose así los términos acordados por las partes.

Que por otra parte, tal y como lo afirma el apoderado de la convocante, la sociedad Telepalmira renunció a la siguiente etapa o instancia de arreglo, es decir, la intervención de la CRT y decidió de plano acudir directamente a la convocación del Tribunal de Arbitramento, para lo cual, tal y como quedo acordado en el contrato, contaba con un término de 10 días hábiles para su constitución, término contado desde el vencimiento del plazo fijado para las instancias o etapas de arreglo directo.

6.9. Respecto del hecho 6.10 manifiesta que se atiene al contenido de la comunicación.

6.10. Respecto del hecho 6.11 manifiesta que se atiene al contenido de la comunicación.

6.11. Respecto del hecho 6.12 manifiesta que se atiene al contenido de la comunicación.

6.12. Respecto al hecho 6.13 manifiesta que no es cierto. Que los términos de la cláusula vigésima tercera (23), a la fecha, ya se encontraban extintos, que en consecuencia, la mencionada comunicación carecía de sentido, ratificando que el término para la solución de las diferencias en la segunda etapa de arreglo directo finalizó el 12 de octubre de 2005, por tanto, la comunicación del 10 de marzo de 2006 fue innecesaria.

6.13. (Mediación de la CRT). Respecto del hecho 6.14 manifiesta que carece de sentido la solicitud de fecha 29 de marzo de 2006 proveniente de la sociedad Telepalmira, ya que inicialmente había

argumentado la incapacidad de la CRT para resolver el conflicto, y adicionalmente, por las razones antes expuestas dicha solicitud era extemporánea

6.14. Respecto del hecho 6.15 manifiesta que no es cierto. Porque la convocante extralimitó los términos acordados en la cláusula de solución de conflictos y en consecuencia no se cumplieron los presupuestos contractuales ni legales para convocar a este tribunal de arbitramento.

C. Excepciones de Fondo

ORBITEL propuso seis (6) excepciones. Ellas son: 1) Innominada o genérica: Solicita se declare probada cualquier excepción que resulte del material probatorio aportado por las partes y de los hechos que se comprueben en esta litis; 2) Falta de jurisdicción y competencia; 3) Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones; 4) Cumplimiento perfecto por parte de Orbitel del objeto del contrato suscrito con Telepalmira; 5) 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 6) enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido.

3. Pronunciamiento de la convocante en torno a las Excepciones de Fondo formuladas por la convocada.

La convocante recorrió el traslado de las excepciones de fondo presentadas por la convocada bajo los siguientes argumentos:

1. “Falta de jurisdicción y competencia”. Afirma la convocante que mal puede Orbitel argumentar que el tribunal carece de competencia y de jurisdicción para conocer de este conflicto cuando fue precisamente ella quien entorpeció y dilató de manera deliberada el agotamiento de las etapas de solución de conflictos previstas en el contrato de interconexión, acceso y uso suscrito entre las partes. De igual manera afirma que la no observancia estricta de los términos consagrados en la cláusula veintitrés (23°) no puede inhabilitar al tribunal de arbitramento para solucionar el conflicto, pues los términos del citado canon contractual deben entenderse

como mínimos para que las partes puedan solucionar directa y amigablemente sus controversias.

Finalmente precisa que lo ocurrido no fue una omisión de términos sino una extensión de los mismos dada la intención de la convocante de llegar a un acuerdo amigable y directo.

2. “Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones”: Manifiesta el abogado de la parte convocante que no es cierto que no estén dadas las condiciones para determinar el valor de la indemnización a su favor, entendiéndola como cuantía de las pretensiones pues de la información suministrada el tribunal bien puede concluir cual es el valor de la indemnización de perjuicios que se debe declarar a favor de Telepalmira, señalando que en el caso de los honorarios por asesoría jurídica las simples facturas aportadas al expediente constituyen prueba del daño económico causado a su cliente. Finalmente destaca que el tribunal puede establecer la cuantía de los perjuicios de acuerdo con lo hechos y el acervo probatorio a su disposición.

3. “Cumplimiento perfecto por parte de Orbitel del objeto del contrato suscrito con Telepalmira”. Como se desprende de los hechos descritos en la demanda y en la misma contestación, Orbitel incumplió, de forma deliberada y conciente, los términos contractuales, debido a que de manera unilateral solicitó a la CRT la solución del conflicto, sin el previo agotamiento de la etapa de arreglo directo entre los representantes legales de las partes.

Igualmente precisa que la Resolución 463 de 2001 no tenía la virtualidad de modificar de manera automática la remuneración pactada en el contrato pues según se desprende de la redacción de la misma la modalidad de cargos de acceso por minuto no quedaba suprimida como consecuencia de la entrada en vigencia del citado acto administrativo.

Finalmente aclara que la remuneración de cargos de acceso por minuto no amenaza el interés social y el orden público eventos únicos en los cuales la CRT podría modificar las condiciones contractuales iniciales.

4. “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.” La parte convocante reitera lo dicho en relación con la segunda excepción presentada por la convocada, insistiendo en que existe responsabilidad civil contractual a cargo de ésta.

5. **“Enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido”**. Manifiesta la parte convocante que esta excepción carece de fundamento jurídico, toda vez que tal y como consta en el expediente, el incumplimiento contractual de Orbitel sí le ha ocasionado una serie de perjuicios a Telepalmira y por consiguiente Orbitel se encuentra en la obligación jurídica de indemnizarlos.

4. Alegatos Finales

En la oportunidad prevista para tal fin, y de acuerdo con la ley, ambas partes presentaron oralmente sus conclusiones finales acerca de la prueba recaudada en el curso del proceso y los respectivos resúmenes escritos de dichas intervenciones obran en el informativo.

CAPITULO TERCERO

ANÁLISIS PROBATORIO

En desarrollo de lo dispuesto por el Artículo 174 del Código de Procedimiento Civil se analizaron las pruebas documentales aportadas por las partes y aprobadas como tales en el Auto de Pruebas de fecha 22 de noviembre de 2006 el cual se encuentra contenido en el Acta No. 6 (folios 53 al 56 del cuaderno principal No. 4).

En relación con las pruebas documentales aportadas por la convocante Telepalmira S.A. E.S.P. se consideró el argumento presentado por la parte convocada según el cual los documentos entregados son copias simples que carecen de valor probatorio conforme a lo dispuesto por los Artículos 254 y 268 del Código de Procedimiento Civil. A este respecto el tribunal observó que los documentos entregados por la convocante en gran medida fueron aportados igualmente por la convocada, razón por la cual no existe motivo para dudar de su autenticidad y por tanto tampoco existe razón para omitir su consideración como prueba idónea. Por otra parte, se observó igualmente

que la convocada, ni en la contestación de la demanda ni en ningún otro acto procesal, tachó los documentos presentados por Telepalmira como falsos y de hecho se refirió a una parte importante de ellos en los argumentos de su defensa. Bajo este entendido el tribunal admitió las pruebas documentales aportadas por Telepalmira como válidas e idóneas para fundamentar en ellas el análisis jurídico y el fallo correspondiente.

Finalmente se deja constancia de que la convocada incurrió en el mismo comportamiento que criticó a la convocante dado que la totalidad de los documentos que entregó como prueba de la contestación de la demanda son igualmente copias simples, es decir: carecen de autenticación. Estas pruebas fueron igualmente admitidas por el tribunal y consideradas para efectos de esta decisión por cuanto muchas de ellas coinciden con las presentadas por Telepalmira S.A. E.S.P. y ninguna fue tachada como falsa por la convocante.

Por otra parte se practicaron las demás pruebas solicitadas por las partes así: **a)** se llevó a cabo el interrogatorio de parte al Dr. Jaime Andrés Plaza Fernández representante legal de Orbitel S.A. E.S.P.; **b)** se practicó interrogatorio de parte al representante legal de Telepalmira S.A. E.S.P. Dr. Gerardo Porras Gutiérrez; y **c)** se practicaron las pruebas testimoniales solicitadas por la parte convocada a los doctores Gabriel Adolfo Jurado Parra, Carlos Alberto Herrera Barros, Andrea Beatriz Eugenia Muñoz Gómez, Hernán Lozano Díaz y Denis López Camacho.

No se recepcionó el testimonio de los doctores Lina María Correa, Adriana Chávez y Pedro Nel Rueda dado que los mismos fueron desistidos por la parte convocada, desistimiento que fue aceptado por la parte convocante, según consta en Auto No. 15 de fecha 22 de noviembre de 2006 contenido en el Acta No. 6 (folio 56 del cuaderno principal No. 4).

La parte convocante no hizo uso de otros elementos probatorios diferentes a los documentos aportados y al interrogatorio de parte.

El Tribunal valoró las pruebas practicadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las confrontó con los hechos, con las normas legales y administrativas relevantes en este proceso, y con base en ellas tomó las decisiones contenidas en el presente laudo.

CAPITULO CUARTO

PRESUPUESTOS PROCESALES Y MATERIALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO

PRESUPUESTOS PROCESALES:

Están determinados por la jurisprudencia y la doctrina como aquellos requisitos de índole estrictamente procesal necesarios para la integración y la relación jurídico procesal que va a producir el laudo.

Considera este Tribunal, una vez estudiados los presupuestos procesales, que se ha dado cumplimiento a ellos. Tanto la capacidad para ser parte, como la capacidad procesal, la competencia del Tribunal, la demanda en forma y el trámite adecuado han sido tomados en cuenta para el desarrollo del proceso.

PRESUPUESTOS MATERIALES:

La legitimación en la causa, el interés para obrar, la adecuada acumulación de pretensiones, la petición clara que haga posible la decisión de fondo, la ausencia de cosa juzgada, transacción, caducidad o desistimiento, la no existencia de pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto son los presupuestos materiales que se han tenido en cuenta por este Tribunal para resolver, encontrándose establecida la relación jurídica material.

Establecido lo anterior, corresponde ahora decidir acerca de la controversia sometida a arbitraje por las partes, finalidad en orden a la cual son conducentes las siguientes

CONSIDERACIONES:

I. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS ESENCIALES SOMETIDAS A ARBITRAJE.

Partiendo del supuesto en virtud del cual los árbitros, en punto de establecer el alcance de la misión que por los compromitentes les ha sido confiada, considerando a tal efecto los extremos que circunscriben en concreto la materia arbitrable en el caso y las prescripciones del pacto arbitral que los

habilita para, transitoriamente y en los términos que determina la ley, ejercer la función jurisdiccional, cuentan a no dudarlo con un margen razonable de flexibilidad interpretativa acorde desde luego con la finalidad de alto interés institucional en que se sustenta el principio de congruencia, quedando así descartados empeños exegéticos y restrictivos, es preciso darle comienzo a estas consideraciones de la siguiente manera:

- A.** Apoyándose en las afirmaciones de hecho que quedaron reseñadas en el Capítulo Segundo, la sociedad convocante pide que primeramente se ocupen los árbitros de estudiar, y en el laudo las despachen favorablemente, las pretensiones declarativas y de condena cuyo contenido quedó inserto en el mencionado acápite.

- B.** Frente a la demanda contenida en la solicitud de convocatoria, la convocada en su escrito de contestación se opuso a que en el laudo sean reconocidas las pretensiones declarativas y de condena, incoadas por la convocante, y según quedó indicado en la reseña de los antecedentes procesales, propuso “excepciones de mérito”.

- C.** Que la convocante descorrió el traslado de las excepciones de mérito oponiéndose a ellas mediante argumentos que igualmente fueron consignados en la reseña procesal previa.

En consecuencia, con el propósito de abordar en orden el estudio acerca del mérito de las cuestiones dotadas de sustantividad propia que al tenor de la sinopsis precedente procede tener como materia de sumisión arbitral en la especie de autos, a continuación y habida cuenta desde luego de las circunstancias fácticas relevantes que resultaron probadas en el proceso, el Tribunal acometerá esta tarea, centrando su atención en seis (6) temas que según lo que queda visto adquieren particular significación a saber: **1.** la libertad de contratación en los contratos de interconexión; **2.** naturaleza jurídica del contrato de interconexión; **3.** la facultad de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) para modificar contratos de interconexión a través de resoluciones de alcance general; **4.** el alcance de la Resolución 463 de 2001 en relación con los mecanismos de remuneración por el uso de redes de telecomunicaciones / la facultad de los operadores interconectados para modificar unilateralmente el mecanismo de remuneración de los cargos de acceso; **5.** la facultad del Comité Mixto de Interconexión (CMI) para la solución de conflictos y la posibilidad de que sus

decisiones modifiquen el contrato; y **6.** la importancia de la correcta ejecución de mecanismos de solución de conflictos previstos en el contrato.

1. LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN LOS CONTRATOS DE INTERCONEXIÓN.

De acuerdo con lo que opina el tratadista Arturo Alessandri Rodríguez ¹ “En materia contractual, la voluntad es soberana; es ella la que dicta el derecho. El contrato nace del acuerdo de voluntades, y es este acuerdo el que, salvas ciertas restricciones impuestas por razones de orden público de moral o con el propósito de proteger a los incapaces, determina con entera libertad los efectos que el contrato ha de producir y la extensión y duración del mismo. En esto consiste *el principio de la autonomía de la voluntad*, principio básico de nuestro derecho contractual y admitido, por los demás, universalmente.

La autonomía de la voluntad es, según esto, la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración.”

En Colombia el principio de la libertad contractual está contenido en el Artículo 1602 del Código Civil, el cual establece que el contrato es ley para las partes y que sólo puede ser invalidado por la voluntad mutua de ellas o por razones de orden legal.

Conforme a lo anterior no cabe duda de que en nuestro ordenamiento siempre que se está ante la presencia de un contrato, entendido éste como un acuerdo de voluntades que genera obligaciones, necesariamente tiene cabida el principio de la autonomía de la voluntad pues es precisamente este principio el que constituye la piedra angular de los contratos en nuestro país. Ello se evidencia con el simple acuerdo de voluntades el cual no podría materializarse sino en desarrollo del principio de la libertad de contratación. Ahora bien, como se deduce de la opinión del profesor Alessandri, esta libertad de contratación no es absoluta por cuanto la misma se enfrenta a una infinidad de restricciones impuestas por la ley que tienen su fundamento en razones de interés público, en razones de orden moral o se orientan a proteger los intereses de los menos favorecidos. Y es que el principio de la autonomía de la voluntad si bien fue concebido en la época de la revolución francesa dentro del contexto de la filosofía del “dejar ser, dejar pasar”, inspirada a su vez en el

¹ Alessandri Rodríguez, Arturo. DE LOS CONTRATOS. Editorial Temis S.A., Editorial Jurídica de Chile. Pág.10

principio de que todos somos iguales ante la ley, la realidad y la evolución de las sociedades ha demostrado que ni puede existir absoluta libertad para que los particulares desarrollen ciertas actividades económicas, ni se puede partir de la base de que todos los ciudadanos, desde el punto de vista económico, son iguales. Aceptar a rajatabla esta premisa conduciría a permitir infinidad de abusos pues no cabe duda de que tratándose de actividades comerciales la plena libertad en aquellos campos que interesan a la colectividad conduciría a que quienes ejercen una posición preeminente en el mercado impongan sus condiciones obteniendo pingües ganancias a costa de quienes no teniendo otra alternativa deben aceptar exageradas condiciones en términos de precio, calidad y oportunidad.

Por otra parte aceptar que todos los ciudadanos son iguales desde el punto de vista económico implica suponer que todos tienen el mismo nivel de riqueza, el mismo nivel de educación, la misma capacidad de negociación, y en general que todos, sin distinción son aptos para enfrentarse entre sí sin que existan riesgos de abuso.

Es por lo anterior que el legislador de cuando en cuando interviene en la libertad negocial de los particulares y la restringe en orden a proteger, como ya se dijo, los intereses de la moral, de la colectividad o de los más débiles.

En materia de servicios públicos domiciliarios encontramos una de las actividades con mayor intervención por parte del Estado. Su naturaleza y la necesidad de que todos los colombianos tengan acceso a ellos en condiciones equivalentes imponen, según lo establece la Constitución Nacional, la necesidad de que el Estado intervenga de manera especial. Lo anterior se fundamenta en las siguientes disposiciones constitucionales: **1.** El Artículo 2° establece que son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución; **2.** el Artículo 333 establece que la libertad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Este mismo artículo establece que la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social el ambiente y el patrimonio cultural de la nación; **3.** el Artículo 334 establece que el Estado intervendrá por mandato de la ley en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía y precisa que el Estado de manera especial, intervendrá para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos;

4. por otra parte el Artículo 365 indica que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. La misma norma ordena que los servicios públicos estén sometidos al régimen jurídico que fije la ley y que quedará en cabeza del Estado su regulación, control y vigilancia; **5.** el artículo 367 ordena que a través de la ley se fijen las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifario el cual debe tener en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos; **6.** el artículo 370 radica en cabeza del Presidente de la República la responsabilidad de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

La intervención del Estado en esta importante rama de la economía se concreta, en desarrollo de los principios constitucionales antes expuestos, a través de la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes y complementarias. En el caso de la Ley 142 su artículo 2° establece con toda claridad que el Estado intervendrá los servicios públicos dentro de los parámetros que la misma ley señala para garantizar: su prestación eficiente, la libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante, la obtención de economías de escala comprobables, los mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios, y su participación y fiscalización en la prestación y establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad. El Artículo 3° de la citada ley establece que constituyen instrumentos de intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata la misma ley, destacándose que dentro de dichos organismos se encuentran los encargados de la regulación de los servicios públicos teniendo en cuenta las características de cada región, fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad, evaluación de las mismas y definición del régimen tarifario. El Artículo 11 de la citada Ley 142 establece que existe una función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos, razón por la cual ellas tienen, entre otras, la obligación de asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente y sin abuso de la posición dominante; así como la obligación de facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos.

Establecido lo anterior es claro para este tribunal que todos los contratos relativos a la prestación de servicios públicos en nuestro país tienen, en mayor o en menor medida, un alto grado de restricción en relación con la concepción de sus cláusulas debido a que por las razones de orden constitucional expuestas el Estado determina de manera significativa la manera como estos servicios se prestan, y por tanto la manera como los particulares y las empresas estatales que intervienen esta actividad, acuerdan sus derechos y obligaciones que trascienden al interés de la colectividad.

En materia de telecomunicaciones, y concretamente en los contratos de interconexión, la intervención estatal que delimita la autonomía de la libertad negocial de los contratantes es evidente, y lo es en gran medida, pues según lo aceptan las partes contendientes en este proceso los contratos de interconexión tienen tan alto grado de regulación que es poco lo que queda a voluntad de los contratantes. Este alto grado de intervención estatal en los contratos de interconexión tiene sentido por todas las razones de orden constitucional antes expuestas, y de hecho, gracias a ello, la comunidad goza de la prestación de servicios de telecomunicaciones en condiciones cada vez más favorables.

No obstante lo anterior en el sentir de este tribunal no se puede aceptar la teoría esbozada por la parte convocada en virtud de la cual por tratarse de un contrato excesivamente reglamentado el mismo no existe como tal o se trata de un “contrato obligatorio” y que en nada se les permite a los contratantes discutir o negociar en busca de precisar el alcance de sus intereses. Aceptar esta teoría implica desconocer la definición misma del concepto contrato el que supone la existencia de un acuerdo de voluntades, razón por la cual de ser obligatorio el contrato no estaríamos en presencia de un acuerdo sino de una imposición, o lo que es lo mismo, tendríamos que aceptar que las obligaciones surgidas para los contratantes no provienen de un querer libre y espontáneo, entendido como el deseo de vincularse a un contrato de interconexión de redes, sino que estaríamos en presencia de una simple imposición legal. Confunde el apoderado de la convocada el concepto de contrato de interconexión con la servidumbre que puede imponer la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones al propietario de una red cuanto entre éste y quien solicita la interconexión no es posible lograr un acuerdo para pactar (entiéndase contratar) los términos de la interconexión. Esta servidumbre, que se impone en el entendido de la función social de la propiedad que ejercen los titulares del dominio sobre las redes, sí que es

obligatoria y por tanto de forzoso cumplimiento, pero de ninguna manera se puede asimilar a ella el contrato de interconexión, pues él, aunque altamente regulado, como ya se dijo, deja espacios de negociación. Así se desprende del contenido del Artículo 4.2.1.3 de la Resolución 575 del 9 de diciembre de 2002 según el cual *“los operadores tienen el derecho y la correspondiente obligación de adelantar de buena fe un proceso de negociación directa para la celebración de contratos de acceso, uso e interconexión con otros operadores que así lo soliciten. Sólo en el evento de que no se llegue a un acuerdo en la negociación directa se puede solicitar la intervención de la CRT, sin perjuicio de la actuación que esta entidad pueda realizar, en su calidad de facilitadora durante la etapa de negociación.*

Se tendrá como indicio en contra de la buena fe la demora injustificada y la obstrucción de las negociaciones tendientes a lograr contratos de interconexión así como el entorpecimiento deliberado de su celebración y ejecución, (...).”

Otra prueba de que en los contratos de acceso, uso e interconexión sí existe la posibilidad de que las partes, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, puedan acordar libremente términos contractuales la constituyen las siguientes disposiciones de la citada Resolución 575: **1.** el Artículo 4.2.1.5 permite a las partes negociar las condiciones técnicas operativas y económicas siempre que se respeten los principio de igualdad y no discriminación; **2.** el Artículo 4.2.1.7 establece que los operadores interesados en interconectarse pueden negociar libremente los costos de acceso, uso e interconexión de sus redes; **3.** el Artículo 4.2.1.10 permite a las partes negociar la prestación de servicio adicionales, la provisión de instalaciones no esenciales y la utilización de espacio físico para la colocación de los equipos requeridos para la interconexión; **4.** el Artículo 4.2.1.12 establece que los operadores del servicio de telecomunicaciones están en libertad de negociar con los demás operadores la adopción de la norma de señalización que resulte más apropiada para efectos de la interconexión de sus redes; **5.** el Artículo 4.2.2.19, en armonía con la Circular No. 40 del 15 de marzo de 2002, permite que los operadores a interconectarse negocien los cargos de acceso con base en las dos opciones que como mínimo debe ofrecer el propietario de la red, permitiéndoseles acordar cualquier otra alternativa. Por otra parte el parágrafo 2 del citado Artículo 4.2.2.19 permite a los operadores negociar cargos de acceso diferenciales en la opción por minuto, teniendo en cuenta las horas de mayor tráfico en su red, adoptando, de manera igualmente

negociada, un esquema de ponderación que no supere el valor previsto en la referida norma.

La facultad de la CRT para fijar tarifas:

Resulta fundamental analizar este tema dentro del contexto del estudio de la libertad de contratación en los contratos de interconexión. Tanto el Artículo 367 de la Constitución Nacional como los Artículos 73.22 y 74.3 literal c. de la Ley 142 de 1994 facultan al Estado, y por su intermedio a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, para establecer y fijar las fórmulas tarifarias para cobrar por la interconexión de redes. Esta facultad que no desconoce el tribunal indudablemente permite al ente regulador, por expresa autorización de la ley, intervenir la voluntad de los particulares fijando de manera expresa las tarifas a cobrar por cargos de acceso, pudiendo llegar hasta el punto de no permitir a los particulares discusión alguna a este respecto en el momento en que celebren el contrato. Ahora bien, de la lectura del Artículo 73.22 de la Ley 142 de 1994 se deduce que la CRT también tiene la facultad de “establecer fórmulas tarifarias” lo cual permite concluir que aunque pudiendo imponer las tarifas, también tiene la facultad de otorgar alternativas a los particulares interesados en la interconexión de redes para que ellos en desarrollo del derecho de negociación que de manera expresa se les concede, puedan escoger el esquema de remuneración que mejor convenga a sus intereses, desde luego dentro de los límites que la misma regulación establezca.

Lo dicho anteriormente se evidencia en lo consignado en la versión original de la Resolución 087 de 1997 de la CRT según la cual quienes celebraran contratos de interconexión de redes tenían una única opción para determinar el valor de los cargos de acceso, esto es, mediante la modalidad de cargos de acceso por minuto o fracción en tráfico entrante y saliente. Esta disposición contenida en el Artículo 5.24 muestra cómo en su momento la CRT hizo uso de su facultad extrema en materia de control tarifario pues estableció la tarifa de manera que quienes quisieran celebrar contratos de interconexión de redes no podían acordar nada distinto a lo que la regulación les impuso.

Sin embargo con la expedición de la Resolución 463 de 2001 y la Circular aclaratoria No. 40 de 2002, se observa como la CRT, dentro de la facultad que la misma Ley 142 le otorga, liberó, aunque con restricciones, a las partes para que pudieran escoger, previo proceso de negociación, alternativas de

remuneración por la interconexión de sus redes. Este acto administrativo estableció que para los contratos de interconexión que se celebraran a partir de enero de 2002 el propietario de la red y el operador de larga distancia demandante de interconexión podrían negociar entre dos alternativas de remuneración así: cargos de acceso con base en minutos, o cargos de acceso con base en capacidad. De hecho la Circular No. 40 precisa que las partes podrían acordar otra opción. En relación con los contratos que se encontraban en ejecución al entrar en vigencia la citada Resolución 463, ésta le permitió a los operadores interconectados considerar alternativas diferentes de la opción de cargos de acceso por minuto en los términos de la versión original de la Resolución 087, dándoles la opción de conservar la remuneración ya acordada o de adoptar cualquiera de los dos nuevos esquemas previstos en la tantas veces mencionada Resolución 463.

Obsérvese que en la versión original de la Resolución 087 y en la Resolución 463, el ente regulador hace uso de manera diferente, pero plenamente válida, de su facultad de intervenir en las tarifas de interconexión: en el primer caso fijándolas sin posibilidad de discusión para los contratantes, y en el segundo creando opciones que indudablemente abrieron espacios de negociación previamente inexistentes.

En conclusión, estima este tribunal que en los contratos de interconexión sí existe espacio para la negociación entre las partes, sin desconocer el hecho de que por estar relacionados con la prestación de un servicio público esencial, el estado a través de la ley y de la regulación ha limitado de manera significativa la libertad de las partes para negociar abiertamente la totalidad de sus cláusulas.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE INTERCONEXIÓN.

En línea con el punto anterior, y dado que entre las partes de este proceso existe una diferencia fundamental en torno a la naturaleza jurídica del contrato de acceso, uso e interconexión, es decir, sobre si el mismo se rige por el derecho privado, o por el contrario, por estar tan regulado se rige por el derecho público, este tribunal considera fundamental realizar un detenido análisis sobre este particular, el cual se puede sintetizar de la siguiente manera: el Artículo 4 de la Ley 689 de 2001 que modificó el parágrafo del Artículo 39 de la Ley 142 de 1994 establece que los contratos de interconexión se regirán por las normas del derecho privado. Por su parte el

tratadista Carlos Alberto Atehortúa Ríos² afirma que el contrato de interconexión *“Es un contrato en general sometido a las reglas del derecho común a pesar de tratarse de un contrato de naturaleza mixta, pues muchos de los elementos esenciales del mismo pueden estar determinados por la ley, y eso no lo convierte en administrativo ni varía la regulación contractual a reglamentaria.”*

En Colombia los contratos que se rigen por el derecho común permiten la combinación de cláusulas de libre pacto y de cláusulas que no son susceptibles de ser negociadas porque ellas mismas son impuestas por normas de orden público. Esta combinación de cláusulas obligatorias y cláusulas de libre discusión, de ninguna manera cambian el régimen o la naturaleza del contrato, es decir, si la naturaleza del contrato es privada, las estipulaciones que son impuestas por la ley no lo transforman en un contrato de naturaleza pública o administrativa, a lo sumo lo podríamos calificar como un contrato altamente regulado o, si se quiere como un contrato “intervenido”, como lo afirma el apoderado de la parte convocada en sus alegatos de conclusión, tal es el caso de contratos como el de arrendamiento de vivienda urbana o el contrato laboral los cuales por estar diseñados para proteger los intereses de la parte contractual más débil están sometidos a una serie de limitaciones de orden legal que impiden el libre ejercicio de la autonomía contractual. De la misma manera en los contratos de la administración, la ley permite que a muchos de ellos se les apliquen las reglas del derecho común, sin que ello implique que se pierda la naturaleza de contratos administrativos y por tanto no les sea aplicable el régimen de contratación administrativa.

Así las cosas, y atendiendo a lo expresamente dispuesto por el parágrafo del Artículo 39 de la Ley 142 modificado por el Artículo 4 de la Ley 689 de 2001, el contrato de acceso, uso e interconexión de redes de las telecomunicaciones se rige por el derecho común, sin perjuicio de que muchas de sus cláusulas resulten de la aplicación de normas de orden público.

Por lo anterior no comparte este tribunal el argumento presentado por la parte convocada según el cual este contrato por ser altamente regulado no puede considerarse regido por el derecho privado, como tampoco comparte la analogía utilizada para aplicar al contrato de acceso, uso e interconexión las reglas del contrato de suministro a efectos de dar aplicación al Artículo 968

² Atehortúa Ríos, Carlos Alberto. SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, PROVEEDORES Y RÉGIMEN DE CONTROLES. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006. Pág. 235

del Código de Comercio. En relación con este particular el tribunal entiende que la cosa objeto del contrato de acceso, uso e interconexión no es “la capacidad de transmisión de información de forma bidireccional”, sino que el bien objeto del contrato, y por tanto en torno al cual se configura la prestación, es la red telefónica pública conmutada de propiedad de Telepalmira, por tanto si de lo que se trata es de aplicar por analogía las normas del derecho común, en el ejercicio académico que presenta el apoderado de la convocada no estaríamos ante las reglas de un contrato de suministro, sino ante las de un contrato de arrendamiento pues en este contrato la convocante ha permitido el uso de un bien de su propiedad (Red Telefónica Pública Conmutada) a cambio de una remuneración.

En este orden de ideas de aplicarse las normas del contrato de arrendamiento, no resultaría de recibo la pretendida aplicación del Artículo 978 del Código de Comercio que aplica exclusivamente para contratos de suministro.

En síntesis no cabe duda de que el contrato de acceso, uso e interconexión de redes, por expresa disposición de la ley se rige por las normas del derecho privado.

3. LA FACULTAD DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES (CRT) PARA MODIFICAR CONTRATOS DE INTERCONEXIÓN A TRAVÉS DE RESOLUCIONES DE ALCANCE GENERAL.

La facultad de la CRT para modificar los contratos de interconexión es otro de los temas en que se centra la discusión jurídica cuya solución ha sido puesta a consideración de este tribunal. La convocante Telepalmira S.A. E.S.P. afirma que la entrada en vigencia de la Resolución 463 de 2001 no modificó de manera automática los contratos de interconexión dado que conforme a lo dispuesto por el Artículo 1602 del Código Civil, siendo el contrato ley para las partes, el mismo sólo puede ser modificado por voluntad de éstas o por disposiciones legales y que una resolución de la CRT no tiene la jerarquía equivalente a una ley, careciendo por tanto de esta facultad modificatoria, y en línea con dicho argumento, afirma que lo dispuesto por la Resolución 463 sólo resultaba aplicable al contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre Telepalmira S.A. E.S.P. y Orbitel S.A. E.S.P. en la medida en que entre estas dos empresas se hubiese llevado a cabo una negociación en virtud de la

cual, y previa modificación expresa y por escrito del contrato, se cambiara el sistema de remuneración previsto inicialmente para optar por alguna de las alternativas contenidas en la citada Resolución 463. Por su parte la convocada Orbitel S.A. E.S.P. sostiene que la Resolución 463 de 2001, compilada en la Resolución 489 de 2002, por ser una disposición de carácter general modificó todos los contratos de acceso, uso e interconexión existentes al momento de su publicación, sin que para el efecto debieran cumplirse requisitos o formalidades adicionales.

Corresponde al tribunal determinar si efectivamente la ley concede a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la facultad de modificar las estipulaciones de los contratos de acceso, uso e interconexión y en particular establecer si dicha facultad se puede aplicar por medio de actos administrativos de carácter general.

Sobre el particular sea lo primero establecer que conforme a lo previsto por el Artículo 1602 del Código Civil, el cual resulta aplicable a los contratos de acceso, uso e interconexión, por estar estos sujetos al derecho privado, si las partes no modifican un contrato de mutuo acuerdo, la única alternativa sería que éste resultara modificado o extinguido por expresa disposición legal. Por lo anterior es necesario precisar que no existiendo una ley de la República que de manera expresa haya modificado todos los contratos de acceso, uso e interconexión, mal podrían estos resultar alterados de manera “automática” por la entrada en vigencia de un acto administrativo así sea éste de carácter general.

Otro punto que resulta importante resaltar es el hecho de que en ninguno de los artículos de la Ley 142 de 1994, ni en los de las leyes que la han modificado, se ha otorgado a las comisiones de regulación la facultad de variar el contenido de los contratos de interconexión celebrados entre particulares. De hecho el Artículo 14.18 de la tantas veces mencionada Ley 142 define la regulación de los servicios públicos domiciliarios como “*La facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la constitución y de esta ley para someter las conductas de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos.*” Conforme a esta disposición es claro que la función de regulación no permite la expedición de normas de nivel jerárquico equivalente al de una ley, y que de hecho, la regulación entendida como la facultad de dictar normas de carácter general, debe

acogerse en un todo a la Constitución y a la ley, siendo claro, que en ese orden de ideas no puede: 1) Modificar contratos pues ni la Ley 142, ni las leyes en general le otorgan esa facultad; ni 2) actuar en contravía de lo dispuesto con el Artículo 1602 del Código Civil entendido éste como una ley de la República.

No obstante la reflexión jurídica anterior observa este tribunal que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por medio de la Resolución 087 de 1997, compilada y modificada por la Resolución 575 de 2002, aparentemente otorgó al citado órgano de regulación la facultad de intervenir directamente la voluntad de los particulares modificando los contratos de interconexión por ellos celebrados. Esta aparente facultad está contenida en los siguientes Artículos: 4.4.12 Modificación 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 contrarias 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.”*; y 4.4.13 Intervención de la CRT en la ejecución y modificación de la interconexión: *“Durante el periodo de ejecución de los contratos de acceso, uso e interconexión o la vigencia del acto administrativo que impuso la servidumbre, previa petición de parte interesada, la CRT puede revisar o modificar las condiciones existentes e imponer nuevas obligaciones a las partes, previo cumplimiento del trámite previsto para la negociación directa.”*

Dejando de lado la opinión de este tribunal sobre la constitucionalidad o legalidad de esta facultad asignada a la CRT por medio del referido acto administrativo, y en desarrollo del principio de legalidad que las ampara, resulta conveniente precisar si la expedición de la Resolución 463 encuadra dentro de los referidos dos artículos, para, en función de ello, concluir si efectivamente dicha resolución modificó desde el momento de su entrada en vigencia, todos los contratos de interconexión de redes de telecomunicaciones existentes. Veamos el siguiente análisis: **1.** EL Artículo 4.4.12 otorga a la CRT la facultad de **obligar** a las partes firmantes de **un contrato de interconexión** a la **modificación del mismo**, cuando se den las condiciones o circunstancias previstas en el mencionado Artículo y que no resulta necesario citar por ser irrelevantes para el presente análisis. Lo que si es relevante del estudio detallado de la disposición antes descrita es que: **a)** esta facultad de la CRT se refiere a casos en particular, y por tanto la resolución por medio de la cual se “obligue” a la modificación del contrato

necesariamente deberá ser una de alcance en particular, es decir para un contrato en especial en el cual la citada autoridad administrativa haya observado los comportamientos reprochables que pretende neutralizar; y **b)** el acto administrativo por sí mismo no modifica el contrato dado que la norma no le otorga semejante alcance a la institución, pues, como se deduce de una simple lectura del referido artículo, la facultad de la CRT consiste en obligar “a la modificación”, lo que no se traduce en la facultad de modificar de manera directa. **2.** El Artículo 4.4.13 faculta a la CRT para que **previa petición de parte interesada**, revise o modifique las condiciones existentes e imponga nuevas obligaciones, precisando que **de manera previa se debe agotar el cumplimiento del trámite previsto para la negociación directa entre las partes**. Conforme a lo anterior se concluye lo siguiente: **a)** dado que para que se aplique el referido artículo se requiere petición de parte, se concluye que el mismo solamente puede ponerse en práctica en casos particulares en los cuales, previo análisis de las circunstancias especiales del contrato, el ente regulador disponga la revisión o modificación de la condiciones contractuales existentes. Esto implica la expedición de una resolución de alcance particular; y **b)** el ente regulador no puede en el caso de este artículo imponer de manera directa la revisión o modificación del contrato sin dar oportunidad a las partes para que de manera previa agoten en torno a las revisiones y modificaciones referidas el proceso de negociación directa contenida en la misma Resolución 575 de 2002.

Aclarado lo anterior, y como un soporte adicional al análisis jurídico antes referido, resulta oportuno traer a colación algunos apartes de la Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo proferida por la sala plena de la Corte Constitucional, la cual al analizar las facultades del congreso para crear unidades administrativas especiales, la delegación de funciones presidenciales en materia de servicios públicos y el alcance del concepto “regulación”, consideró entre otras cosas lo siguiente:

*“(…) Por su parte, el inciso primero del Artículo 73 de la Ley 140 de 1994 acogiendo los anteriores criterios, señala que las comisiones tienen como fin promover la libre competencia y regular los monopolios en orden a una prestación eficiente de los servicios. Por contera, **las comisiones resultan ser tan sólo órganos especializados de carácter técnico encargados de contemplar en la orbita puramente administrativa, con arreglo a la ley y a los reglamentos y previa delegación del Presidente, las pautas***

orientadas a intervenir en los servicios públicos para preservar el equilibrio y la razonabilidad en la competencia y de esta forma asegurar la calidad de aquellos y defender los derechos de los usuarios. (...) (Las negrillas no son del texto original).

*“(...) Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquellos, **y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias.** Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros.*

*La regulación es básicamente **un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica,** en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquella tiene como fines primordiales **asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico – operativos** que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios. (...).*”(Las negrillas no son del texto original.)

Establecido lo anterior resulta claro que las comisiones de regulación, incluida la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, no tienen la facultad legal para modificar de manera directa y automática los contratos de interconexión vigentes. Y no la tienen porque dicha facultad es privativa de la ley, entendida como una actuación del Congreso de la República. A lo sumo y aplicando para el efecto lo previsto en el Artículo 4.4.13 de la Resolución 575 de 2002, la CRT podría modificar por medio de un acto administrativo de alcance individual un contrato en particular, permitiendo eso sí, que entre las partes previamente se agote un proceso de negociación en torno a los aspectos cuya modificación considera necesaria el ente regulador.

Modificación indirecta de los contratos de interconexión por parte de la CRT:

Dicho lo anterior, y siendo claro que la CRT a través de actos administrativos no puede usurpar funciones privativas del Congreso de La República para

intervenir la libertad contractual de los particulares, no puede perderse de vista que tales particulares vinculados a través de un contrato de interconexión bien pueden acordar que un determinado aspecto de su contrato, que fue convenido teniendo en cuenta lo previsto por la regulación vigente al momento de su celebración, pueda modificarse de manera automática si el ente regulador expide un acto administrativo que involucre cambios en dicho aspecto en particular.

Esta situación conllevaría a que efectivamente la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones terminara transformando, como en una especie de efecto colateral, un contrato en el que las partes involucraron a su relación jurídico—económica aspectos específicos de la regulación que al ser modificados por la CRT implicaban un necesario cambio en lo acordado, cambio que, por virtud de lo que los contratantes convinieron, resultaría automático y por tanto no requeriría una negociación previa ni mucho menos la suscripción de un documento que lo incorporara al contrato.

4. EL ALCANCE DE LA RESOLUCIÓN 463 DE 2001 EN RELACIÓN CON LOS MECANISMOS DE REMUNERACIÓN POR EL USO DE REDES DE TELECOMUNICACIONES / LA FACULTAD DE LOS OPERADORES INTERCONECTADOS PARA MODIFICAR UNILATERALMENTE EL MECANISMO DE REMUNERACIÓN DE LOS CARGOS DE ACCESO.

Analizado el punto anterior resulta forzoso acometer el estudio de este otro aspecto de la disputa procesal. Mientras que la parte convocante considera que la entrada en vigencia de la Resolución 463 de 2001 no modificó de manera automática el mecanismo de remuneración por el uso de la red de Telepalmira acordado en el contrato de acceso, uso e interconexión celebrado entre ésta y Orbitel, la parte convocada afirma que dicha modificación automática sí se produjo por tratarse de una resolución de carácter general que tenía la virtud de modificar todos los contratos existentes.

En punto de esta discusión, y después de leer detenidamente el contenido de la tantas veces mencionada Resolución 463 de 2001, no se observa que la misma disponga que con su entrada en vigencia se modifican los contratos existentes. De hecho, su Artículo 5 permite que se mantengan las condiciones de remuneración por el uso de la red previamente acordadas, lo que de hecho descarta la idea de una modificación inmediata de los contratos existentes.

El hecho de que el citado Artículo 5 permitiera a los operadores de TPBCLD que así lo deseen acogerse a las previsiones de la Resolución 463 no implicaba per se una modificación a los contratos previamente existentes, pues si así fuera se generaría un contrasentido pues ello eliminaría la posibilidad de que los operadores de TPBCLD pudieran optar por mantener el sistema de remuneración previamente acordado en los contratos ya existentes. Esta conclusión se soporta adicionalmente en el contenido de la Circular 40 de fecha 15 de marzo de 2002 expedida por la CRT la cual tuvo como finalidad aclarar el alcance de la Resolución 463 de 2001 y que en su numeral 3 establece lo siguiente: “**3. Procedimiento para la aplicación de la Resolución CRT No. 463 de 2001.**

*De todas las posibles opciones de cargos de acceso los operadores interconectantes deben ofrecer como mínimo las opciones de cargos de acceso basadas en minutos o de capacidad, **sin perjuicio de que las partes puedan acordar otra opción.** El operador solicitante deberá acogerse para la interconexión a la opción elegida para todos sus enlaces **a menos que las partes acuerden algo distinto** en el caso que el operador solicitante **escoja una de las opciones contempladas en la resolución** deberá acogerse integralmente a ella para cada interconexión en cada lugar, de manera que no puede pedir que se le cobre por capacidad para algunos enlaces y pagar por minutos el tráfico que se genere por otros enlaces, **a menos que el interconectante así lo acepte.** (...)” (Las negrillas no son del texto original).*

Las frases resaltadas con negrillas en el texto anterior permiten interpretar que cuando la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió la Resolución 463 de 2001 no pretendió modificar de manera automática el mecanismo de remuneración por el uso de la red pactado en los contratos de interconexión previamente existentes. Dichas frases así resaltadas permiten concluir que desde luego el ente regulador deseaba que entre las partes se agotara un proceso de negociación orientado a mantener las condiciones previamente acordadas para la remuneración de la red o permitir que el operador de TPBCLD escogiera una de las opciones previstas en la Resolución 463; y aún permitir que entre las partes se pusieran de acuerdo en pos de encontrar alguna otra fórmula de remuneración alternativa.

Vista la problemática desde esta óptica ¿quién podría concluir que con la sola entrada en vigencia de la Resolución 463 de 2001 se modificaran los contratos de interconexión previamente existentes?. Se debe concluir que este no fue el

objetivo del ente regulador al expedir el mencionado acto administrativo, que si bien se crearon nuevas fórmulas para la remuneración de la red el operador de TPBCLD bien pudo haber optado por mantenerse en el esquema de remuneración previamente pactado, no generándose modificación alguna en el contrato y aún dándole la posibilidad a las partes de negociar un sistema alternativo diferente a los dos previstos en la Resolución 463.

Entendido que la entrada en vigencia de la Resolución 463 de 2001 no introdujo una modificación automática a los contratos de acceso, uso e interconexión previamente existentes, conviene analizar si el contenido del Artículo 5 del referido acto administrativo otorgó a los operadores de TPBCLD la facultad de modificar los contratos previamente celebrados, imponiendo al propietario de la red, sin posibilidad de discusión alguna, un sistema de remuneración en particular. En este sentido difieren nuevamente las partes en contienda pues mientras que la convocante considera que no obstante tener el operador de TPBCLD la facultad de escoger uno de los sistemas de remuneración previstos en la Resolución 463 o mantenerse en el esquema previamente acordado, necesariamente las partes debían negociar este aspecto esencial del contrato y hacer constar la decisión final en un texto escrito modificadorio del mismo. Por su parte la convocada afirma que la facultad prevista en el Artículo 5 de la Resolución 463 de 2001 otorga al operador de TPBCLD un derecho que no es susceptible de negociación, pues teniendo la facultad de escoger el mecanismo de remuneración por el uso de la red nada tiene que discutir con el propietario de la misma. Soporta su argumentación en lo previsto en el segundo inciso del numeral 3.1 de la Cláusula Tercera del Anexo No. 2 del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión entre ellas celebrado, estipulación que interpreta en el sentido de que las resoluciones de la CRT que modifiquen la Resolución 087 de 1997 y 104 de 1998 podrían cambiar el mecanismo de remuneración por el uso de la red, estimando entonces que al haber creado la Resolución 463 dos nuevas alternativas de cargos de acceso: por minutos y por capacidad, esta resolución modificó de manera inmediata el sistema de remuneración que las partes previamente tenían acordado, dándole la posibilidad al operador de TPBCLD de que modificara unilateralmente el contrato si decidía escoger una de las dos opciones creadas por la nueva resolución, o sencillamente no modificarlo y guardando silencio pudiera seguir con el sistema de remuneración contenido en el contrato.

Analizadas las posiciones de las partes el tribunal procede a valorar sus argumentos y a confrontarlos con la realidad jurídica en los siguientes términos: Siendo claro que el contrato se rige por el derecho común, y que en consecuencia tiene plena aplicación el Artículo 1602 del Código Civil según el cual el contrato es ley para las partes y su modificación requiere, así como su terminación un acuerdo mutuo entre ellas, no se puede considerar que la Resolución 463 de 2001 otorgó a una de las partes, en este caso al operador de TPBCLD, la facultad de modificar unilateralmente el acuerdo de voluntades. Pero mas allá de esta simple reflexión, lo que permite al tribunal concluir que esta circunstancia jurídica no se presentó es el hecho de que, como antes se expresó, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones no tiene la facultad de modificar contratos, y si no la tiene mal podría por medio de una resolución otorgar a una de las partes la facultad de modificación unilateral del contrato mismo. Adicionalmente refuerza esta interpretación el hecho de que otorgando el Artículo 5 de la Resolución 463 tres alternativas al operador de TPBCLD, y de hecho cuatro alternativas si nos atenemos al contenido de la Circular 40 del 15 de marzo de 2002, resultaría excesiva esta supuesta facultad dado que quedaría en las manos de unos de los contratantes la definición de uno de los elementos esenciales del contrato, esto es, el precio. A este respecto resulta pertinente y por vía de analogía, aplicar una norma del derecho civil que en relación con el precio en el contrato de compraventa establece lo siguiente: Artículo 1865 segundo inciso *“no podrá dejarse el precio al arbitrio de una de las partes”*.

Establecido lo anterior cabría la siguiente pregunta: si el operador de TPBCLD no podía modificar unilateralmente el contrato, entonces ¿cuál sería el paso a seguir para el evento en que, como sucede en el caso de autos, habiéndose optado por la opción de remuneración de cargos de acceso por el sistema de capacidad el propietario de la red no lo aceptara?. Presentándose tal situación las partes tenían la opción de hacer uso de las herramientas legales y contractuales previstas para la solución de conflictos siendo claro que de ninguna manera podría aceptarse como alternativa de solución el que el operador de TPBCLD impusiera su voluntad al propietario de la red sin permitirle exteriorizar su consentimiento, elemento fundamental en todo acto jurídico. Por último, observa el tribunal que del contenido de la Resolución 463 de 2001 no se puede deducir que el operador de TPBCLD tenga la facultad de modificar unilateralmente el contrato siendo claro que el tribunal no desconoce que la norma en comento, en una cuestionable redacción, sí faculta al usuario de la red para escoger el esquema de remuneración que

más le convenga, pero dentro del contexto de una negociación con el propietario de la red, lo cual se concluye del hecho de que la misma Resolución 463 obliga al propietario de la red a **ofrecer** dos opciones al demandante de interconexión, y no tendría sentido que el acto administrativo utilice el verbo ofrecer si el mismo no implicara una oferta, es decir, una propuesta de contratación, lo que en el caso que nos ocupa se entendería como una propuesta de modificación al esquema de remuneración de cargos de acceso previamente convenido.

Resulta de significativa importancia analizar la argumentación de la parte convocada según la cual conforme a lo previsto en el numeral 3.1. de la Cláusula Tercera del anexo No. 2 del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre TELEPALMIRA S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P. se deduce que una modificación a la Resolución 087 que cambiara el sistema de remuneración de cargos de acceso, necesariamente variaría, y de manera automática, el sistema de remuneración previsto en el contrato. No es así como el tribunal interpreta esta estipulación. Una lectura detallada del segundo inciso del citado numeral permite concluir que lo que allí se acuerda es que se entenderán incorporadas en el contrato las resoluciones del ente regulador que modifiquen el valor por minuto de los cargos de acceso indicados en los numerales 7.2.1 y 7.2.2. La redacción de la estipulación en comento no supone la eventualidad de que una resolución posterior modifique el sistema de remuneración de los cargos de acceso, como se advierte, sólo supone la posibilidad de que una nueva disposición modifique el valor por minuto de los cargos de acceso pactados en el contrato pues resulta claro que cuando el mismo se suscribió la regulación solamente permitía una modalidad de cargos de acceso: por minuto, y era la misma regulación la que establecía el valor del minuto, con lo cual resultaba apenas obvio que las partes previeran la posibilidad de la alteración del valor del minuto y dado que la regulación del momento ni siquiera les permitía discutir dicho valor, decidieran mediante esta redacción involucrar tal cambio en el contrato evitando con ello el desgaste de una negociación que devenía innecesaria.

En conclusión ni la Resolución 463 de 2001 modificó de manera automática los contratos de interconexión previamente existentes ni la misma otorgó al operador de TPBCLD la facultad de modificar unilateralmente el contrato.

5. LA FACULTAD DEL COMITÉ MIXTO DE INTERCONEXIÓN (CMI) PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y LA POSIBILIDAD DE QUE SUS DECISIONES MODIFIQUEN EL CONTRATO.

Considerando que el Comité Mixto de Interconexión del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre TELEPALMIRA S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P. constituye una de las instancias previstas tanto por el citado contrato como por la regulación para la solución de conflictos surgidos entre las partes, resulta necesario que el tribunal se ocupe de analizar las facultades que tanto el contrato como la citada regulación asignan a este órgano. En este orden de ideas veamos lo siguiente: la Resolución 575 de 2002 (que compiló la Resolución 087 de 1997 y sus posteriores reformas) en su Artículo 4.4.15 establece: *“En los contratos de interconexión o en los actos administrativos de imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión, se establecerá la conformación de un comité Mixto de interconexión que tendrá la función de vigilar el desarrollo de la interconexión **y de servir de mecanismo de arreglo directo de conflictos.** El Comité Mixto de interconexión estará compuesto paritariamente por representantes de ambos operadores.*

Sólo cuando dicho Comité no llegue a acuerdos directos, los cuales deben discutirse dentro de un plazo de treinta (30) días calendario, los representantes legales de los operadores pueden solicitar la intervención de la CRT. En cada reunión del Comité Mixto de que trata el presente artículo, se levantarán actas sobre los temas tratados.” (Las negrillas no son del texto original)

Por otra parte el contrato celebrado entre las partes en contienda establece en su cláusula cuarta lo siguiente: **“CLÁUSULA CUARTA. COMITÉ MIXTO DE INTERCONEXIÓN.**

*Para la administración de este contrato, y de conformidad con lo dispuesto por la Resolución 087 de la CRT, se conformará un Comité Mixto de Interconexión (CMI) el cual estará integrado paritariamente por funcionarios de cada una de las partes, **quienes de acuerdo con las competencias que les asigne este contrato,** podrán definir u optimizar los procedimientos que se requieren para garantizar la continua y decida (sic) ejecución del mismo **y servir como mecanismo directo en la solución de conflictos.** El CMI cumplirá las funciones específicas indicadas en el anexo 3.”* (Las negrillas no son del texto original)

Por otra parte el sexto párrafo de la cláusula segunda del anexo No. 3 del contrato establece en relación con las facultades de los representantes de las partes en el CMI lo siguiente: “*Los representantes de las partes tendrán autoridad para decidir sobre los asuntos de competencia del Comité. **Las decisiones se adoptarán por voto unánime** de las partes. Si no hubiere acuerdo se seguirá el procedimiento de solución de diferencias previsto en el contrato*” (Las negrillas no son del texto original).

La cláusula tercera del mismo anexo No. 3 en su numeral 3.7 estipula en relación con las funciones del CMI lo siguiente: “*3.7 Dar solución **en forma directa** y amigable a las diferencias que surjan de la interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, dentro de los plazos fijados en él.*” (Las negrillas no son del texto original).

Finalmente el citado contrato de acceso, uso e interconexión prevé lo siguiente en relación con las funciones del CMI: “*CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCERA. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. En todos los asuntos que involucren la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. En los asuntos que no sean competencia del ente regulador y cuando sea necesario, se acudirá a los medios de solución de controversias contractuales siguientes:*

*1. **Comité Mixto de Interconexión. Este comité queda facultado para** que en un término de hasta treinta (30) días calendario **procure** solucionar directa y amigablemente los conflictos derivados del contrato, contados desde la fecha en que una de las partes, ponga a consideración del Comité la diferencia. (...)*” (Las negrillas no son del texto original).

Establecido lo anterior se observa y concluye sin temor a equívocos que el CMI se encuentra erigido como un órgano decisorio con la facultad de resolver conflictos entre las partes firmantes del contrato de acceso, uso e interconexión siempre y cuando se cumpla con los procedimientos y mayorías previstos en el contrato. Esta conclusión se deriva de lo establecido en la cláusula cuarta del contrato, según la cual este comité **es un mecanismo directo** de solución de conflictos. De igual manera se deriva de lo dicho en el anexo No. 3 el que en algunos de sus apartes faculta al comité para dar solución directa y amigable a los conflictos surgidos entre las partes. Pero

como si fuera poco, esta facultad se encuentra ratificada de manera expresa por lo previsto en el numeral 1. de la cláusula veintitrés del contrato según el cual este comité tiene la facultad expresa para procurar de manera directa y amigable la solución a las diferencias surgidas entre las partes por razón de la ejecución del contrato. En relación con el contenido de esta cláusula resulta conveniente precisar que el verbo *procurar* utilizado en su redacción, debe interpretarse en su significado de *conseguir* y no en el de *hacer esfuerzos para lograr*. Aceptar la interpretación contraria nos llevaría al absurdo de entender que por una parte tanto la resolución de la CRT como las diferentes cláusulas del contrato facultan a este órgano decisorio para **resolver conflictos**, pero por otra la cláusula de solución de conflictos no le da expresamente esta facultad y sólo lo autoriza para **intentar** una solución. De ser así, este numeral de la cláusula veintitrés del contrato resultaría inocuo, por decir lo menos.

En el debate procesal que nos ocupa se ha planteado por la parte convocante que el Comité Mixto de Interconexión no tiene la facultad de modificar el contrato, facultad reservada de manera exclusiva, al decir de las palabras de su apoderado, a los representantes legales de los contratantes. Refuerza su argumentación fundamentando su tesis en el hecho de que conforme a lo previsto por la cláusula décima del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión *“las estipulaciones contractuales sólo podrán ser modificadas por los representantes legales de común acuerdo mediante actas de modificación bilateral del contrato.”*

Esta teoría que desde el punto de vista del contenido literal de las palabras podría tener sentido, no puede aceptarse sin un previo análisis integral del clausulado de la convención, pues no cabe duda de que si por una parte se le permite al CMI resolver los conflictos, sin que tal solución esté condicionada a la aprobación de los representante legales, por otra parte se prohíba que una solución dada por el CMI que eventualmente pudiera implicar una modificación a las estipulaciones convenidas, resulte inaplicable precisamente porque no exista un pacto expreso de los representantes legales que adopte tal decisión. A este respecto el tribunal presenta tres reflexiones jurídicas de trascendental importancia para este punto del debate: **1.** Las reglas de interpretación de los contratos previstas por el Código Civil, en particular la denominada “interpretación sistemática” de que trata el Artículo 1622 invitan al juez a armonizar las cláusulas unas con otras dándole a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Conforme a este

parámetro de interpretación no tendría sentido que las cláusulas del contrato que otorgan facultades irrestrictas al CMI para resolver conflictos no le permitieran a este órgano colegiado de decisión dirimir las diferencias entre las partes, si de dicha solución se derivara una modificación tácita al mismo necesaria para resolver la controversia. Es claro entonces que la interpretación que más conviene al contrato en su totalidad es aquella que supone que el CMI sí puede modificar el acuerdo de voluntades si dicha modificación fue consecuencia de una decisión que resuelve un conflicto planteado por los contratantes. De no ser así debería entenderse que la facultad de solución de conflictos del CMI estaría condicionada a la voluntad de los representantes legales, conclusión que no resulta de recibo si se tiene en cuenta que la misma cláusula vigésima tercera del contrato considera a los representantes legales como una instancia diferente de solución de conflictos cuando los integrantes del CMI no hubiesen logrado un acuerdo. **2.** La interpretación a la que se refiere el numeral anterior resulta posible gracias a que el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión es un simple contrato consensual dado que no existe ley de la República que imponga para su formación, y desde luego para su modificación, ninguna solemnidad. El profesor Arturo Alessandri Rodríguez ³, expresa lo siguiente en relación con la consensualidad de los contratos: “*La regla general es que los contratos sean consensuales. Los contratos solemnes y reales constituyen la excepción. Las solemnidades son de derecho estricto; **no las hay sin un texto legal expreso.***” Sobre la consensualidad de los contratos de interconexión opina el tratadista Carlos Alberto Atehortúa ⁴ lo siguiente: “*c. El contrato de interconexión es consensual esto es, no es de carácter solemne **y no requiere por mandato de la ley** ponerse por escrito para que se pueda predicar su existencia.*” y **3.** Si en gracia de discusión se aceptase que el contrato sólo podía ser modificado por los representantes legales de las partes, debe observarse que fueron ellos quienes facultaron expresamente a los integrantes del CMI para que siguiendo los procedimientos contractuales y actuando de consuno, resolvieran los conflictos suscitados durante la vigencia del contrato, lo cual no es otra cosa que un mandato conferido a estas personas para resolver y decidir. En este orden de ideas el actuar del CMI estaría respaldado por una expresa autorización de los representantes legales de las partes, perspectiva jurídica desde la cual se debe interpretar que el CMI como órgano de decisión actuaba como un mandatario de los representantes

³ Alessandri Rodríguez, Arturo. DE LOS CONTRATOS. Editorial Temis S.A., Editorial Jurídica de Chile. Pág. 31

⁴ Atehortúa Ríos, Carlos Alberto. SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, PROVEEDORES Y RÉGIMEN DE CONTROLES. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006. Pág.235

legales, en virtud de lo cual, no cabe duda, podía modificar el contrato si dicha modificación viniera inmersa en la fórmula de solución de un conflicto.

Pero lo que queda por resolver es si efectivamente el CMI del contrato de acceso, uso e interconexión celebrado entre TELEPALMIRA S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P. efectivamente resolvió o no el conflicto derivado de la aplicación de la Resolución 463. Para resolver es necesario considerar que conforme a lo previsto por la misma CRT a través de su Resolución 575 de 2002 (que compiló la Resolución 087 de 1997 y sus reformas), y lo previsto por el contrato mismo, el CMI tiene la facultad de resolver los conflictos siempre y cuando actúe conforme a las funciones específicas señaladas en anexo No. 3 del Contrato.

Visto lo anterior procede el tribunal a verificar si las Actas del CMI que obran como prueba en el expediente permiten concluir que este órgano tomó una decisión que haya dado por resuelto el conflicto planteado entre Orbitel y Telepalmira por la aplicación de la Resolución 463 de 2001 expedida por la CRT:

Acta de reunión No. 1 de 22 de marzo de 2002 (folios 007 y 008 del Cuaderno principal No. 2) y Acta de reunión No. 2 de 31 de mayo de 2002 (folios 010 al 012 del Cuaderno principal No. 2).

Se observa en primer lugar que no se trata propiamente de reuniones del CMI del contrato entre Telepalmira y Orbitel, sino de reuniones de CMI entre Orbitel y las Empresas Filiales de Transtel, dentro de la cuales se encuentra TELEPALMIRA S.A. E.S.P. En este contexto se analizarán las decisiones tomadas para determinar si en estas reuniones efectivamente el conflicto pudo haberse resuelto:

A. En estas reuniones estuvieron presentes las personas que tanto Telepalmira como Orbitel designaron como sus representantes al CMI del contrato suscrito entre estas dos compañías, lo cual permite concluir que estando ellas representadas en la reunión, y habiéndosele dado la categoría de una reunión de CMI, perfectamente se podía deliberar y tomar decisiones conforme a las facultades que a este órgano el han otorgado tanto la regulación como el contrato mismo.

B. Se observa en el numeral 2 del Acta No. 1 que las partes debatieron la problemática suscitada a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CRT-463 existiendo evidencia de que por parte de Transtel se propuso que se llevara a cabo un proceso de negociación durante cuarenta (40) días y que vencido el cual sin que se hubiese tomado una decisión diferente, en Telepalmira y Unitel se liquidarían cargos por capacidad por el tráfico cursado a partir de marzo de 2002. En dicha acta se evidencia la posición de Orbitel según la cual la liquidación de cargos de acceso por capacidad debía hacerse desde febrero, sin perjuicio de lo que se resolviera al final del proceso de negociación. Sobre este particular las partes convinieron adicionalmente elevar consultas a sus representantes legales.

De lo dicho anteriormente se evidencia que si bien no hubo acuerdo, los representantes al CMI por parte de Telepalmira ofrecieron aceptar la remuneración de cargos de acceso por capacidad a partir del mes de marzo de 2002 salvo que en la negociación que ofrecieron realizar se acordara algo diferente.

C. En el punto No. 1 de la agenda de la reunión a la que corresponde el Acta No. 2, las partes dejan constancia de un análisis realizado en conjunto sobre “la nueva regulación sobre cargos de acceso” y se plantean la importancia de establecer acuerdos comerciales que permitan a los operadores locales obtener resultados que les permitan compensar la disminución de ingresos que en el corto plazo generará el nuevo marco regulatorio para los nuevos cargos de acceso.

D. En el punto No. 3 de la agenda de la reunión a la que corresponde el Acta No. 2 se deja constancia de lo siguiente: “se acuerda que las compañías Bugatel y Teléfonos de Cartago se deben conciliar por capacidad. **Las compañías Unitel y Telepalmira ya se concilian por capacidad ...**”

Conforme a lo anterior, hay una evidencia cierta de que efectivamente las partes tomaron la decisión de liquidar los cargos de acceso del contrato de interconexión celebrado entre Orbitel y Telepalmira por el esquema de capacidad, siendo forzoso concluir que la convocante aceptó dejar de lado lo previamente acordado en el contrato. La anterior conclusión se deriva adicionalmente de lo siguiente: **a)** en el mismo punto 3. de la agenda de la reunión de CMI celebrada el 31 de mayo de 2002, las partes acordaron redactar un acta modificatoria de todos los contratos, en las cuales se

definirían los siguientes temas: Sub dimensionamiento y penalizaciones; grado de servicio y sobre dimensionamiento y tiempo mínimo de permanencia. A este respecto el tribunal tiene en cuenta tanto el contenido de la comunicación 31436 de fecha 11 de enero de 2002 suscrita por el representante legal de Orbitel (folios 111 y 112 del cuaderno principal No. 3), como la respuesta a dicha comunicación contenida en escrito No. 017793 del 11 de marzo de 2002 suscrito por el representante legal de Telepalmira (Folio 113 del cuaderno principal No. 3). En la primera comunicación, y a raíz de la información sobre la decisión de acogerse a los cargos de acceso por capacidad, Orbitel presenta a Telepalmira el número de enlaces E1 requeridos para interconexión, calculados bajo los criterios y condiciones indicados en la Resolución 463 de 2001; en la respuesta suscrita por Telepalmira se indica que en relación con la solicitud sobre el nuevo plan de dimensionamiento propone que el mismo sea considerado a la luz del proceso de negociación previsto en el numeral 8 del anexo 1 del contrato. Esta respuesta implica la disposición de Telepalmira de discutir los efectos que produce el cambio de sistema de remuneración de los cargos de acceso; **b)** en las Actas de Conciliación Nos. 35 y 36 (folios 269 a 281 del cuaderno principal No. 2) las cuales dan cuenta de reuniones celebradas entre representantes de Telepalmira y Orbitel con la finalidad de conciliar el tráfico, se establece lo siguiente: en el Acta No. 0035 del 22 de mayo de 2002 se deja constancia de que conforme a lo aprobado en el CMI del día 22 de marzo de 2002 a partir del mes de mayo se cancelan los cargos de acceso por capacidad siguiendo la metodología de la Resolución 489 de la CRT, razón por la cual Telepalmira presenta un valor de cargo de acceso por capacidad de \$12.277.515 por cada E1; y en el Acta No. 0036 del 25 de junio de 2002 se deja constancia de que conforme a lo aprobado en el CMI del día 22 de marzo de 2002 a partir del mes de mayo se cancelan los cargos de acceso por capacidad siguiendo la metodología de la Resolución 489 de la CRT, razón por la cual se indica nuevamente que Telepalmira presenta una liquidación de cargo de acceso por capacidad de \$12.323.015 por cada E1. Estas dos actas, que fueron suscritas por Amparo Lucy Lombana representante de Telepalmira, no sólo en los comités de conciliación sino también en las reuniones del CMI, no dejan duda de que Telepalmira había aceptado la elección de Orbitel de acogerse a la opción de remuneración de cargos de acceso por capacidad; **c)** Como adición a lo anterior, Telepalmira adoptó un comportamiento que implicaba su aceptación al nuevo esquema de remuneración de cargos de acceso por capacidad, cuando en desarrollo de

lo establecido en el Acta No. 36 antes citada presentó a Orbitel, una factura que se describe de la siguiente manera: Factura cambiaria de compra venta No. 0293 de fecha 26 de junio de 2002 a través de la cual Telepalmira cobra a Orbitel S.A. E.S.P., según lo informado en el Acta No. 36 la cantidad de 8 E 1s a razón de \$12.323.015 por cada E 1 por un valor total de \$98.584.120 (Folio 280 del cuaderno principal No. 3). Este comportamiento no deja duda de que durante un espacio de tiempo Telepalmira aceptó la modificación y ejecutó el contrato con base en los cargos de acceso por capacidad lo cual ratifica lo que se deduce de la lectura de las Actas Nos. 1 y 2 antes analizadas; **d)** En relación con la solución de la controversia al interior del CMI el representante legal de Telepalmira Dr. Gerardo Porras Gutiérrez manifestó lo siguiente en relación con lo preguntado por el apoderado judicial de la parte convocada (Folios 10 al 13 del cuaderno Principal 7 de pruebas): **“DR. ISAAC ALFONSO DEVIS GRANADOS – Apoderado parte Convocada.**

Voy a leer el acta de la reunión número 2 del 2002 entre ORBITEL S.A. y Las empresas filiales del Grupo TRANSTEL, 31 de mayo de 2002, Oficina de UNITEL, prueba aportada por la parte Convocante, folio número 40, cuaderno 2, pruebas de la Convocante subrayado inclusive. En el numeral 3 dice: *“Conciliaciones de cuentas con base en cargos de acceso por capacidad”*. Textualmente dice así: *Se acuerda que las compañías Bugatel y Teléfonos de Cartago, se deben conciliar por capacidad. Las compañías Unitel y Telepalmira ya se concilian por capacidad, Telejamundí, Caucatel y ETG se concilian por minuto redondeado”,* *cierro comillas.* Esto lo dice esta acta del comité. En ese entendimiento, le pregunto entonces si es cierto o no, ¿qué esa acta había aceptado el esquema por capacidad, doctor?.”

Cuando finalmente el interrogado contestó manifestó lo siguiente: “Sí es cierto. El documento presentado por el doctor DEVIS así lo expresa. Sin embargo, quiero hacer claridad que no es un documento que cuente con el aval de los representantes legales de las dos compañías ORBITEL y TELEPALMIRA, como empresa que represento. Para que haya habido un acuerdo que obligue a las partes, ha debido ser suscrito por los representantes legales de ambas compañías y así está contenido en el Artículo 11, tal vez del documento del contrato de interconexión suscrito en su momento entre ORBITEL y TELEPALMIRA. Quiero ser muy reiterativo en esto, porque pudo haber habido algún acercamiento, algún deseo de acuerdo por parte del Comité de Interconexión, más en ningún

momento ese documento significa que haya habido un acuerdo definitivo entre las partes, y que en consecuencia, eso haya sido determinante hacia el futuro de cómo debían ser liquidados los cargos de acceso.”

DR. JOSÉ FERNANDO JARAMILLO GUTIÉRREZ - Presidente del Tribunal

FERNANDO JARAMILLO. (...). En la pregunta doctor PORRAS el doctor hacía referencia a dos personas que firmaban, por lo menos a dos personas que firmaban ese documento. La una, ¿creo que es una doctora JIMÉNEZ?. Me quisiera usted responder ¿si ella hace parte de la planta de personal de TELEPALMIRA, y cuáles son las funciones que cumple allá?

Dr. GERARDO PORRAS GUTIÉRREZ – Interrogado.

Sí, hace parte de la planta de personal. Es uno de los representantes en el comité de interconexión como aparece en el documento presentado por el doctor DEVIS. Pero, vuelvo y repito, no tiene las facultades para suplantar al representante legal de la compañía en un tema como el que estamos tratando en esta reunión; y es la forma como deben liquidarse los cargos de acceso. Esto lo reitero y lo sustento, sí leemos en su parte pertinente el contrato de Interconexión, donde se define cuáles deben ser los pasos a seguir para modificar la forma como deben ser liquidados los cargos de acceso.”

Las respuestas del representante legal de Telepalmira permiten concluir que el comité de interconexión sí resolvió el conflicto al aceptar que se facturarían los cargos de acceso bajo el sistema de capacidad, precisando el interrogado que tal decisión no podía tener trascendencia jurídica por cuanto la misma no había sido “avalada” por los representantes legales de las partes contratantes. Esta declaración igualmente permite concluir que en un principio hubo una aceptación de cambio en el esquema de remuneración de los cargos de acceso, pero sobre la base de que dicha aceptación ni había sido adoptada expresamente por los representantes legales, ni se encontraba consignada en un texto escrito y firmado por ellos, por lo cual no existía obligación legal de respetarlo.; y e) finalmente, se concluye que el comité mixto de interconexión sí resolvió el conflicto presentado entre las partes con ocasión de los sistemas de remuneración de los cargos de acceso teniendo en cuenta la declaración rendida ante el

tribunal por el señor Hernán Lozano miembro de dicho comité mixto de interconexión en representación de Orbitel (Folios 145 y 146 cuaderno Principal No. 7 de pruebas):

“DR. JOSÉ FERNANDO JARAMILLO GUTIÉRREZ – Presidente del Tribunal.

(...). Ingeniero, usted habló ahora de un acta de conciliación expresamente donde hablaba de una suma \$12 millones de pesos, \$8 millones de pesos. ¿Quién salió a deber en esa acta, efectivamente canceló?

ING. HERNAN LOZANO DIAZ – Testigo.

Sí.

DR. JOSÉ FERNANDO JARAMILLO GUTIÉRREZ – Presidente del Tribunal.

Puede ser más explícito por favor. ¿Quién le canceló a quién?. Y, ¿cuánto fue lo cancelado?

DR. HERNÁN LOZANO DÍAZ – Testigo.

Vuelvo a tomar el Acta de conciliación No. 35 de 22 de mayo de 2002, donde se habla de la suma de \$12.277.515 pesos, por E1, para un total de 8 E1's. En esa acta hay un cuadro donde están desagregadas todas las sumas objeto de conciliación de cuenta. Es decir, la suma a favor de ORBITEL que básicamente tienen origen en los recaudos de las llamadas de larga distancia que fueron facturadas a través de las facturas de TELEPALMIRA, y que fueron pagados por los usuarios en cuentas de TELEPALMIRA; y a ese valor de los recaudos, se le descuentan las sumas a favor de TELEPALMIRA, de las cuales el rubro más importante son los cargos de acceso, que son la remuneración por el uso de la red de TELEPALMIRA. Al final, se calcula un saldo, y ese saldo dice, *saldo neto a transferir a ORBITEL \$157.689.005 pesos*, que efectivamente TELEPALMIRA consignó en cuenta de ORBITEL ese saldo. De saldo, uno de los ítems que componen ese saldo es el valor de los cargos de acceso; y el valor de los cargos de acceso contabilizado para obtener ese saldo, fue

\$98.220.120 que corresponden exactamente a los \$12.277.515 pesos por E1, multiplicado por los 8 E1's, que estaban funcionando.”

Esta declaración, unida a lo dicho en los literales a), b), c) y d), confirman la conclusión a la que llegó el tribunal con ocasión del análisis del contenido de las Actas números 1 y 2 del Comité Mixto de Interconexión, en el sentido de que este órgano, estando facultado por la regulación y por el contrato sí resolvió el conflicto que le fue planteado por las partes TELEPALMIRA S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P., en una decisión que optó por la remuneración de los cargos de acceso bajo el esquema de capacidad. De igual manera se ha podido comprobar que no sólo se dio la decisión del CMI como tal sino que además Telepalmira ejecutó tal decisión, ejecución que se evidencia al menos en dos comportamientos: **a)** la aceptación por parte de sus representantes en los comités de conciliación de conciliar por capacidad (Actas 0035 y 0036); y **b)** la facturación de cargos de acceso por capacidad con la consecuente restitución de dineros a Orbitel previo el descuento de la liquidación del cargo de acceso por capacidad (Factura Cambiaria de Compra venta No. 0293 de fecha 26 de junio de 2002).

Llama la atención el tribunal que no sólo se trata de que el Comité Mixto de Interconexión haya tomado una decisión en los términos antes expuestos, sino también del hecho de que Telepalmira con su comportamiento aceptó la modificación de un contrato consensual, esto es, del contrato de interconexión. No se admite el argumento de la parte convocante según el cual la modificación del contrato no tiene trascendencia jurídica porque los representantes de las partes en el Comité Mixto de Interconexión no son representantes legales y porque no existe un documento firmado por dichos representantes que de cuenta de la modificación acordada tal como debería hacerse según los términos de la cláusula décima del contrato de interconexión. Aceptar esta teoría conduciría a permitir que por parte de Telepalmira se abusara del derecho pues en un principio convino en el cambio en el esquema de remuneración, y se comportó conforme a ello, pero luego decidió dar marcha atrás en una clara muestra de arrepentimiento, y echó mano de un argumento jurídico carente de fuerza que lo único que demuestra es la necesidad de la convocante de fundamentar una decisión unilateral cuando advirtió que lo acordado no le resultaba económicamente conveniente.

Sobre lo dicho anteriormente sólo resta plantear las dos siguientes reflexiones jurídicas: **a)** cuando en un contrato que por naturaleza es consensual, las partes acuerdan solemnidades especiales para su perfeccionamiento o modificación, se deben observar tales solemnidades, a menos de que el contrato se modifique por el mero comportamiento de los contratantes, pues es claro que las solemnidades auto impuestas, si bien obligan a las partes, no mutan el contrato de consensual a solemne, razón por la cual si los contratantes ejecutan el contrato de manera que su comportamiento lo modifica, deberá entenderse que fue igualmente su voluntad renunciar a la solemnidad auto impuesta para efectos de la dicha modificación, en otras palabras, se debe entender que las partes dejaron de lado su estipulación contractual dando plena aplicación a los efectos de la consensualidad del contrato; y **b)** Las reglas de interpretación del contrato previstas en el Código Civil establecen que ante la controversia suscitada entre las partes de un contrato el juez, en su condición de interprete podrá resolver la disputa teniendo en cuenta la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o que haya hecho una de las partes con aprobación de la otra ⁵. En otras palabras es claro que los contratantes aceptaron cambiar el sistema de remuneración de minutos cursados a capacidad; y es claro igualmente que TELEPALMIRA con la evidente anuencia de ORBITEL ejecutó el contrato bajo este entendido. Este comportamiento cambió los términos del sistema de remuneración acordado, generándose una modificación al contrato que de manera alguna requería la firma de un documento, pues como se ha reiterado, por el comportamiento de las partes el contrato recobró el carácter de consensual.

6. LA IMPORTANCIA DE LA CORRECTA EJECUCIÓN DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PREVISTO EN EL CONTRATO.

Finalmente el tribunal procede a ocuparse del análisis del mecanismo de solución de conflictos previsto en el contrato en punto de la importancia que representa el que dicho procedimiento se ejecute con rigurosidad en los términos pactados.

⁵ Código Civil Colombiano Artículo 1622 inciso 3: "*Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. (...) O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.*"

La convocante TELEPALMIRA S.A. E.S.P. solicita al tribunal que declare que la convocada ORBITEL S.A. E.S.P. no observó el procedimiento de solución de conflictos contenido en la cláusula veintitrés del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre ellas dado que solicitó de manera unilateral la intervención de la CRT para dirimir el conflicto descrito en los hechos de la demanda, cuando lo correcto, según lo afirma su apoderado, era que ante la imposibilidad de lograr un acuerdo a instancias del CMI y de los representantes legales, se podía acudir a la CRT, en su condición de mediadora, y sólo en virtud de una solicitud conjunta de las partes. En sus alegatos de conclusión la convocante analiza que de acuerdo con lo previsto en la citada cláusula del contrato, la función que el Artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994 otorga a la CRT, quedó inhibida por la voluntad de los contratantes y que la CRT no podía haber intervenido sino en virtud de una solicitud conjunta, y que por lo tanto, había quedado prohibido acudir a la CRT en una calidad distinta a la mediadora y mucho menos hacerlo de manera unilateral, pues la solución definitiva a los conflictos contractuales sólo estaba en manos de un tribunal de arbitramento. Por su parte la convocada argumenta que la CRT está facultada expresamente por la ley para resolver conflictos que se presenten entre las partes y que en tal entendido cualquiera de ellas podría acudir en busca de la solución, sin que para tal efecto se requiriera del concurso de la otra parte y que por tratarse de un conflicto de naturaleza técnica, no resultaba procedente la intervención de un tribunal de arbitramento.

Resulta conveniente precisar que lo establecido en la cláusula veintitrés del contrato de acceso, uso e interconexión no implica como lo asegura el apoderado de la convocante que la aplicación del Artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994 estaba contractualmente restringido, y es que mal podría estarlo tratándose de una norma de orden público en la cual no tiene cabida un pacto en contrario. Se aprecia igualmente que en este sentido hay una errónea interpretación de lo pactado pues resulta claro que cuando las partes decidieron que la CRT sería una instancia de mediación, no se estaba considerando invocar la aplicación del artículo citado, pues dicha norma no se refiere a facultad de mediación alguna sino a la posibilidad de resolver un conflicto. Interpreta el tribunal que la redacción de la citada cláusula veintitrés implica la intervención del ente regulador en una función de mediación que las partes libremente le quisieron asignar, siendo claro que *mediar* no implica la facultad de *decidir* o resolver el conflicto, y que tan sólo se traduce en la realización de esfuerzos orientados ha acercar a las partes

facilitando consensos que les permitan tomar decisiones de solución. Esta interpretación implica que de agotarse esta instancia, y no poderse obtener un resultado positivo, y por tratarse de una controversia eminentemente contractual, la misma debería pasar a conocimiento de un tribunal de arbitramento, este sí facultado para decidir en torno al conflicto, facultad que se deriva no sólo de lo convenido por las partes en la tantas veces citada cláusula veintitrés, sino del principio de habilitación previsto por la Constitución Nacional.

Debe tenerse en cuenta que nuestra constitución y legislación tienen distribuidas las competencias orientadas a salvaguardar a los usuarios en la prestación de servicios públicos, competencia que bien se pueden clasificar de la siguiente manera: **1.** es competencia de la ley la expedición de normas de carácter obligatorio para generar derechos y obligaciones; **2.** es competencia de los entes reguladores dictar pautas, dentro de los límites de la ley, ya se traten de carácter general o particular, buscando su aplicación de acuerdo con la dinámica del sector en sus aspectos técnicos y económicos; **3.** es competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios vigilar la aplicación de las disposiciones legales y regulatorias; y **4.** es función de los jueces dirimir los conflictos contractuales y patrimoniales que se presenten entre los operadores. ⁶

Aclarada la interpretación dada por la parte convocante, para el tribunal resulta aceptable su solicitud en términos de declarar a Orbitel como responsable de la violación del procedimiento de solución de conflictos previsto en la cláusula veintitrés del contrato, pues habiendo aceptado de manera previa que el conflicto contractual debía llevarse al conocimiento de un tribunal de arbitramento, dejó de lado lo acordado y buscó la intervención del ente regulador en su facultad de solución de conflictos desconociendo que lo pactado era acudir a ella en condición de mediadora ante un conflicto contractual. No es de recibo la argumentación de la parte convocada según la cual: **a)** no se trata de un conflicto contractual sino administrativo; y **b)** que fue la convocante la que no acudió a la CRT como mediadora, pues la solicitud de integración de este tribunal se realizó sin el paso previo aludido.

No comparte el tribunal lo antes dicho pues de las pruebas allegadas al expediente se puede concluir sin lugar a equívocos que lo ocurrido entre

⁶ Atehortúa Ríos, Carlos Alberto. SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, PROVEEDORES Y RÉGIMEN DE CONTROLES. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006. Pág. 236

Orbitel y Telepalmira en relación con la remuneración de los cargos de acceso, es un conflicto eminentemente contractual que se sale del ámbito de lo técnico y administrativo. Por otra parte, no resulta lógico pretender que la parte convocante, pida la mediación de la CRT, cuando era obvio que ORBITEL no prestaría su concurso para tal efecto; que la CRT ya se había pronunciado por solicitud unilateral de ORBITEL; y que, según lo establece la misma cláusula veintitrés, las partes podían acudir **en cualquier momento** a la instancia del tribunal de Arbitramento para que resolviera el conflicto si ellas consideraban que la solución amigable devenía imposible.

CAPITULO QUINTO

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES

Para estos efectos se transcribirán cada una de las pretensiones de la demanda y teniendo en cuenta lo dicho en el Capítulo Cuarto - Análisis de los Presupuestos Procesales y Fundamentos del Laudo, el tribunal procederá a pronunciarse en torno a cada una de ellas:

A. DECLARATIVAS

- 1. Que se declare que el contrato de Interconexión se rige por el derecho privado según lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en la Cláusula Vigésima Sexta (26^a) del contrato de interconexión.**

En efecto este tribunal declara que no obstante el alto nivel de reglamentación al que se encuentran sometidos los contratos de acceso, uso e interconexión, éstos se rigen por el derecho común de acuerdo con lo previsto en el párrafo del Artículo 39 de la Ley 142 de 1994 y conforme a lo que en el mismo sentido se estipuló en la cláusula veintiséis del citado contrato.

- 2. Que se declare 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 (10^a) del mismo.**

No prospera esta pretensión por cuanto a juicio del tribunal resultó ampliamente probado en este proceso que el contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre Telepalmira S.A. E.S.P. y Orbitel S.A. E.S.P. sí fue modificado de común acuerdo entre las partes. Estima el tribunal que la alteración a los términos contractuales a la que se viene haciendo referencia se produjo gracias a las decisiones tomadas al interior del Comité Mixto de Interconexión las cuales fueron ratificadas por el comportamiento que durante un espacio de tiempo adoptó Telepalmira al conciliar cuentas con base en capacidad y de hecho facturar cargos de acceso igualmente por capacidad, autorizando el giro de dineros conforme a ello.

3. Que se declare 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.

Declara este tribunal que el contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre Telepalmira S.A. E.S.P. y Orbitel S.A. E.S.P. no resultó modificado como consecuencia de la entrada en vigencia de la Resolución 463 de 2001, cuyo texto fue compilado en la Resolución 489 de 2002. No obstante lo anterior reitera el tribunal lo declarado en relación con la pretensión No. 2 en el sentido de que las partes modificaron de común acuerdo el contrato en relación con los cargos de acceso al adoptar el sistema de remuneración con base en capacidad según los términos de la citada Resolución 463.

4. Que se declare, 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.

El tribunal declara que no prospera esta pretensión dado que como quedó probado en este proceso, las partes acordaron que desde el mes de mayo del año 2002 Telepalmira S.A. E.S.P. facturaría a Orbitel S.A. E.S.P. los cargos de acceso por la interconexión a su red de telecomunicaciones con base en el esquema de capacidad previsto en la Resolución 463 de 2001 expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

- 5. Que se declare el incumplimiento por parte de ORBITEL S.A. E.S.P. de lo dispuesto en la cláusula 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 Telepalmira con ocasión del Contrato de Interconexión.**

El tribunal declara que efectivamente Orbitel S.A. E.S.P. incumplió lo dispuesto en la cláusula vigésima tercera del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito con Telepalmira S.A. E.S.P. al no observar el procedimiento de solución de conflictos previsto en la citada estipulación contractual.

No prospera esta pretensión en relación con el incumplimiento de la cláusula décima del contrato dado que como quedó previsto a lo largo de esta providencia, la modificación del contrato no requería necesariamente un pronunciamiento escrito de las partes.

B. DE CONDENAS

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

No procede esta pretensión porque aun cuando quedó probado que Orbitel sí incumplió con el procedimiento de solución de conflictos previsto en el contrato, no se probó que tal comportamiento haya ocasionado perjuicios económicos a Telepalmira S.A. E.S.P. Por el contrario, lo evidenciado en este proceso permite suponer que el comportamiento de Telepalmira S.A. E.S.P. al desconocer un acuerdo modificadorio del contrato válidamente celebrado, ha ocasionado perjuicios a Orbitel por cuanto el no reconocimiento de cargos de acceso por capacidad, liquidando dichos cargos de acceso en los términos inicialmente pactados en el contrato, ha impedido que la convocada reciba de la convocante la totalidad de los dineros a que tiene derecho como consecuencia de la ejecución del contrato de acceso, uso e interconexión desde el mes de mayo de 2002.

- 7. Que se condene en costas y agencias a Orbitel.**

No procede esta pretensión por cuanto, observado el material probatorio que consta en el expediente, se deduce que fue Telepalmira S.A. E.S.P.

quien incumplió de manera seria lo acordado entre las partes en el acto modificatorio del contrato de acceso, uso e interconexión. Por esta razón el tribunal condenará en costas y agencias en derecho a Telepalmira S.A. E.S.P.

CAPITULO SEXTO

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES

Conforme a las consideraciones jurídicas contenidas en el capítulo anterior y el análisis probatorio realizado por este tribunal, se procede al pronunciamiento sobre las excepciones planteadas en la contestación de la demanda en los siguientes términos.

1) Excepción innominada o genérica.

Analizado el material probatorio el tribunal encontró probados hechos susceptibles de constituir una excepción consistente en que por voluntad de las partes se modificó el contrato que dio origen a la presente controversia y como consecuencia de ello se ejecutó tal modificación, excepción que por lo tanto se declara de oficio según los términos del Artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

2) Falta de jurisdicción y competencia.

Sobre este particular ya tuvo el tribunal la oportunidad de pronunciarse en la Audiencia llevada a cabo el pasado 22 de noviembre de 2006 en la cual decidió el recurso de reposición que por falta de competencia presentó el apoderado de la convocada en la primera audiencia de trámite. Por tal razón no resta más que reiterar lo dicho.

3) Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Solicita el apoderado de la parte convocada la declaración de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales dado que a su juicio no se precisó con claridad la pretensión sexta relacionada con la condena por

concepto de indemnización de perjuicios por cuanto no aporta pruebas ni de la clase de perjuicios ni de la cuantía de los mismos. Por otro lado fundamenta su petición en el hecho de que no hubo una determinación clara de la cuantía del proceso, habiéndose limitado la parte convocante a manifestar que se trataba de un proceso de mayor cuantía.

Sobre esta excepción el tribunal decide que la misma no habrá de prosperar por cuanto la no demostración de los perjuicios ya se trate de su existencia o de su cuantía a lo sumo conllevaría a la no declaración de los mismos por falta de pruebas, pero de ninguna manera puede considerarse que la, aparentemente insuficiente información, impida a este tribunal contar con los elementos de juicio suficientes para emitir un fallo.

Por otra parte, en relación con la insuficiente determinación de la cuantía, encuentra el tribunal que la información allegada al expediente permitió estimarla razonablemente, lo cual permitió a su vez determinar tanto la competencia del tribunal como los honorarios de los árbitros y demás gastos necesarios para su operación.

Bajo esta óptica, declarar la ineptitud de la demanda por las razones expuestas por la convocada resultaría procesalmente inadecuado.

4) Cumplimiento perfecto por parte de Orbitel del objeto del contrato suscrito con Telepalmira.

De acuerdo con las consideraciones jurídicas antecedentes, y teniendo en cuenta el análisis probatorio realizado, no prospera esta excepción dado que conforme a lo previsto en la cláusula vigésima tercera del contrato, al haber omitido Orbitel S.A. E.S.P. el cumplimiento de los términos previstos para la solución de conflictos, se apartó de lo acordado por los contratantes y por tanto incumplió a este respecto la convención.

No obstante lo anterior y conforme a lo antes dicho, el incumplimiento así declarado no le implicará a la parte convocada consecuencias jurídicas adversas dado que el mismo no tuvo ninguna relevancia para efectos de la decisión que el presente tribunal habrá de proferir.

5) 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.

Siendo claro que el incumplimiento de Orbitel no tiene trascendencia en el presente fallo, y siendo igualmente claro que no se han evidenciado causales de responsabilidad civil a su cargo, este tribunal declara conducente y por tanto aceptará esta excepción.

6) Enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido

Este tribunal, teniendo en cuenta la explicación que el apoderado de la convocada hace de esta excepción en la contestación de la demanda, la declarará conducente y por tanto aceptada, dado que, no existiendo responsabilidad de Orbitel S.A E.S.P. en los hechos que han sido materia de esta discusión jurídica, mal podría condenársele al pago de perjuicios.

**CAPITULO SÉPTIMO
COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN**

Por cuanto no prosperan en lo esencial las pretensiones de la demanda que le dio origen al proceso, de conformidad con los artículos 392 No. 1 y 6 y 393 del C.P.C., concordantes con el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998 hay lugar a efectuar condena en costas y agencias en derecho, y en consecuencia imponerle a la compañía convocante (TELEPALMIRA S.A. E.S.P.) el pago de las siguientes sumas de dinero a favor de ORBITEL S.A. E.S.P.:

Honorarios y gastos del tribunal pagados por ORBITEL S.A. E.S.P.	\$ 96.106.050
Agencias en derecho	\$ <u>45.350.137</u>
TOTAL	\$141.456.186

CAPITULO OCTAVO

DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento integrado por designación del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara

de Comercio de Cali para decidir sobre las diferencias entre las sociedades TELEPALMIRA S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por habilitación en la función jurisdiccional en virtud de la cláusula compromisoria a la cual debe su origen, y por autoridad de la ley

RESUELVE

Primero: Denegar las excepciones distinguidas como falta de jurisdicción y competencia; ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones; y cumplimiento perfecto por parte de Orbitel del objeto del contrato suscrito con Telepalmira.

Segundo: Declarar de oficio la excepción consistente en la modificación del contrato objeto de la controversia por acuerdo entre las partes.

Tercero: Declarar fundada la excepción denominada “Enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido.”

Cuarto: Denegar las siguientes pretensiones declarativas:

- “Que se declare 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.”
- “Que se declare, 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.”
- Parcialmente: “Que se declare el incumplimiento por parte de ORBITEL S.A. E.S.P. de lo dispuesto en la cláusula 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 Telpalmira con ocasión del Contrato de Interconexión.”

- “Que como consecuencia de la anterior declaración, condene a Orbitel a indemnizar los perjuicios que le ha ocasionado a Telepalmira.”
- “Que se condene en costas y agencias a Orbitel.”

Quinto: Declarar fundadas en los términos y con el preciso alcance indicado en la parte motiva de este laudo, las pretensiones:

- “Que se declare que el contrato de Interconexión se rige por el derecho privado según lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en la Cláusula Vigésima Sexta (26°) del contrato de interconexión.”
- “Que se declare 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.”
- Y parcialmente: “Que se declare el incumplimiento por parte de Orbitel S.A. E.S.P. de lo dispuesto en la cláusula décima (10°) y vigésima tercera (23°) del Contrato de Interconexión, al haber solicitado, de forma unilateral, la intervención de la CRT para dirimir el conflicto presentado entre Orbitel y Telepalmira con ocasión del contrato de interconexión.”

Sexto: Condenar a TELEPALMIRA S.A. E.S.P. a pagarle a ORBITEL S.A. E.S.P., por concepto de costas y agencias en derecho la suma señalada en la liquidación contenida en la parte motiva de esta providencia.

Séptimo: Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali.

Octavo: Ordenar que una vez ejecutoriado el presente laudo se protocolice por el Presidente del Tribunal, con cargo a la cuenta de gastos, el expediente en una notaría del Círculo de Cali. El presidente en la oportunidad legal rendirá cuentas a las partes de lo depositado por ellas para gastos de funcionamiento y protocolización.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia queda notificada en audiencia.

JOSÉ FERNANDO JARAMILLO GUTIÉRREZ

Arbitro

DIEGO SUÁREZ ESCOBAR

Arbitro

FERNANDO JORDÁN MEJÍA

Arbitro

(CON SALVAMENTO DE VOTO)

MARIA ESPERANZA MAYOR GORDILLO

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO DEL ARBITRO FERNANDO JORDÁN MEJÍA

Con todo el respeto que me merece la posición adoptada por la mayoría de los Integrantes de este Tribunal convocado y constituido para dirimir la Controversia contractual surgida entre TELEPALMIRA S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P. con relación a la interpretación, aplicación y cumplimiento del contrato de Interconexión, Acceso y Uso suscrito el 28 de febrero de 2000 entre las citadas sociedades, presento salvamento de voto respecto de algunas de las consideraciones y decisiones del laudo, las cuales no comparto.

Parte el Laudo de la premisa absoluta que en el sistema legal Colombiano prima el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Ello no puede tomarse como una premisa absoluta, pues el concepto de autonomía de la voluntad de las partes ha variado en el Derecho privado; sobre la autonomía de las partes prima el interés general, prima el concepto de orden

público económico, más aún en este caso que se trata de un contrato que la misma ley (ley 142 de 1994 artículo 39) ha calificado como “CONTRATO ESPECIAL PARA LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS”, **el cual como veremos se rige por el Derecho privado, en lo que no dispongan expresamente la ley de servicios públicos domiciliarios y la regulación expedida por autoridad competente para el servicio.**

Sobre la autonomía de las partes se refiere el Tratadista JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR en su libro Contratos Mercantiles, Tomo I, Biblioteca Jurídica Diké, Edición 2003, en el cual expresa:

“III. LA CRISIS DEL POSTULADO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

*Esta manera de concebir la autonomía y sus limitantes no podía permanecer estática con la evolución del derecho ocasionada por las grandes transformaciones de la vida social y del mundo económico. **El concepto ha tenido que evolucionar y a veces hasta desaparecer por múltiples razones.** En ocasiones por al concentración del capital, la cual lleva a la estandarización de los contratos (transporte, seguros) donde la formación de éstos por la vía de la adhesión, solamente dejan al particular la decisión de contratar o no, sin que haya lugar a discutir sus términos y pormenores; **la intervención del Estado lleva a determinar elementos importantes de los contratos como precios, intereses, congelaciones, recortando de una manera considerable el ejercicio de la determinación privada.***

(...)

IV. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

*En el momento actual, la autonomía de la voluntad no puede concebirse con el influjo de las escuelas individualistas; tampoco pretendemos la negación absoluta de la autonomía, pues la realidad nos informa que aún se mantiene en cierto grado; somos más bien partidarios de darle al concepto un contenido más acorde a la época actual. Empero, buscar un nuevo enfoque de la autonomía de la voluntad supone necesariamente, adecuar toda la estructura sobre la cual se edifica la teoría de las obligaciones; la noción misma del negocio jurídico ya no podrá encuadrarse en las definiciones clásicas de corte voluntarista, como una declaración de voluntad. Los limitantes de la autonomía deben adecuarse a la realidad en que se sirve **así como la teoría de la causa en las relaciones obligatorias.** ...*

(...)

VII. EXTRACTANDO EL DERECHO DE LOS HECHOS SOCIALES.

(..)

La autonomía privada encaja solamente en los espacios que deja la ordenación estatal a los particulares para que inserten su actividad normativa.

El contrato ya no es una actividad originaria, creadora de efectos jurídicos por sí mismo, sino una expresión normativa supeditada a normas de superior jerarquía dentro del orden jurídico estatal.

*La actividad negocial no es un poder al que le corresponda una función, el Estado no ha señalado los límites a los que ese poder deba servir, se ha limitado a señalarle fronteras externas, límites negativos en los cuales no puede actuar. **No corresponde a los particulares en su actividad reguladora, tutelar intereses de la comunidad, sino sus propios intereses, pues la regulación estatal es la que entra a regular los intereses generales.***

.....

VIII. CONCILIANDO LA REALIDAD CON LOS PRINCIPIOS ENMARCADOS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.

Indudablemente, para la ley mercantil, la autonomía de la voluntad encuentra su expresión en la doctrina general de las obligaciones y los contratos civiles y los límites que tiene son precisamente los que señala el art. 16 del Código Civil, como el “orden público y las buenas costumbres”.

(...)

*Además se ha evolucionado de la concepción de orden público político, a la concepción del orden público económico, la cual está constituida por todas las disposiciones sobre intervención del Estado en la vida económica y comercial. **Ese orden público económico no está compuesto por normas permanentes, sino por normas en constante evolución, la que indican los hechos y la conveniencia de la comunidad en un momento determinado. ...***
(...)”

No se puede olvidar que aún en los contratos que se rijan en su totalidad por el Derecho Privado, la contratación debe hacerse dentro del marco de la Constitución Política, la cual en su artículo 58 establece como premisa fundamental que la propiedad es una función social que implica obligaciones y en el artículo 333 que al consagrar la libertad de la actividad económica y de la iniciativa privada dispone que dicha libertad lo es dentro de los límites del bien común, así como que la libre competencia económica es un derecho que supone responsabilidades.

Con el fin de tomar la decisión materia del Tribunal, no puede partirse de la premisa absoluta de diferenciar el Derecho Comercial, como una rama del derecho privado, del Derecho

Público, pues con base en los mismos principios Constitucionales (artículos 58 y 333) este concepto ha ido evolucionado.

Como lo reconoce el Laudo, en materia de telecomunicaciones y concretamente en los contratos de interconexión, la intervención estatal que delimita la autonomía de la libertad negocial de los contratantes es evidente, y lo es en gran medida, pues, como inclusive lo aceptan las partes contendientes en este proceso, los contratos de interconexión, acceso y uso tienen tan alto grado de regulación que es poco lo que queda a voluntad de los contratantes. Siendo así, en este caso nos encontramos no ante un contrato suscrito por las partes en ejercicio de una autonomía plena y con plena libertad de contratación y negociación, sino ante un contrato en el cual las partes tienen muy restringida la voluntad y capacidad de contratación; **un contrato que se rige por el Derecho Privado pero sometido a las normas especiales de los servicios públicos domiciliarios y a la regulación adoptada por las autoridades competentes.**

Por ello, mi salvamento de voto tiene por finalidad hacer precisión en cuanto a aspectos esenciales en este caso, en el cual lo que se dirime es una controversia contractual sobre si los cargos de acceso inicialmente previstos en el contrato se han modificado o no, para lo cual es necesario analizar si entre las facultades de regulación del Estado está la de fijar las tarifas de los cargos de acceso; si cuando el contrato se suscribió en febrero 28 de 2000 los cargos de acceso fueron pactados libremente por las partes o si por el contrario, en ese momento, lo que ellas hicieron fue acoger la regulación vigente y prever que si esta se modificaba, la forma y valor como el operador de TPBCLD debía pagar los cargos de acceso al operador de TPBCL sería la estipulada en la regulación que sustituyera la vigente en ese momento. Para luego hacer un análisis sobre si la modificación introducida a la Resolución CRT 087 de 1997 por la resolución CRT 463 de 2001, efectivamente sustituyó la norma de la primera resolución, o sea la norma en la cual se basaron las partes para suscribir el contrato. ¿Qué fue lo dispuesto en esta resolución CRT 463 de 2001? y sus consecuencias en el contrato.

Para efectos del asunto materia del Tribunal y con el fin que haya claridad en la referencia que se hace a la normatividad aplicable, es pertinente precisar que la norma de la CRT que regula en forma integral los servicios de TPBC es la resolución CRT 087 de 1997. Las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 469 de 2002 modifican parcialmente la resolución CRT 087 y al hacerlo introducen en su articulado nuevos artículos, modifican

y sustituyen otros. La Resolución CRT 489 de 2002 compila los títulos I, IV, V y VII de la Resolución CRT 087 de 1997. En cuanto a la Resolución 575 de 2002, la cual no fue expedida por la CRT sino por su Director Ejecutivo, en ella lo que se hizo fue establecer un nuevo sistema de numeración para la Resolución CRT 087 de 1997, con el fin de adecuarlo a las modificaciones, adiciones, derogaciones y demás cambios que se habían realizado al contenido de ella hasta la fecha de expedición de esta última resolución. En otras palabras, la resolución 575 de 2002 no modifica, deroga, adiciona ni sustituye la Resolución CRT 087 de 1997, sino que le estableció a la Resolución, sin variar su contenido, una nueva numeración para su articulado.

ESENCIA, NATURALEZA Y FINALIDADES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Dentro de este orden de ideas es necesario ahondar en lo atinente a la esencia, naturaleza y finalidades de los servicios públicos, lo cual determina la competencia de Intervención, Regulación y Control del Estado en la actividad misma y por ende circunscribe el campo de negociación y de libertad de contratación de las partes en el contrato de Interconexión, Acceso y Uso.

La Constitución Política de 1991 efectuó un cambio radical en la concepción no solo del Estado y de la propiedad privada, sino también de los servicios públicos en general y de los servicios públicos domiciliarios en particular.

Es así, como en la Constitución de 1991 se modificó sustancialmente el esquema de prestación de servicios públicos domiciliarios, pasando de la prestación monopólica a cargo del Estado a la prestación también por parte de los particulares y posteriormente en desarrollo de los principios Constitucionales en la Ley (142, 689 y las demás que las han modificado y adicionado) se ha dispuesto que los actos y contratos de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado. **Los artículos que regulan y definen la prestación de los servicios públicos en general y de los domiciliarios en particular se incluyeron como parte del TÍTULO XII, “Del Régimen Económico y De La Hacienda Pública”,** no con el solo fin de garantizar la libre empresa, sino, lo que es más importante, establecer claros parámetros propios del Estado Social de Derecho, para la realización de la libre empresa en la prestación de dichos servicios.

Dentro de este orden de ideas y con esta finalidad, en el CAPÍTULO I “De las Disposiciones Generales” del Título XII, la Constitución:

- Garantiza la libertad de la actividad económica y de la iniciativa privada, pero disponiendo que ellas se deben realizar **DENTRO DE LOS LÍMITES DEL BIEN COMÚN.** (Artículo 333). No son pues absolutamente libres la actividad económica y la iniciativa privada, ellas están subordinadas y se deben realizar dentro de los límites del Bien Común;
- Establece que la libre competencia es **un derecho de todos**, pero como todo derecho **no es absoluto, sino que él supone responsabilidades.** (Artículo 333);
- **La empresa** en Colombia es un derecho de todos que, por ser base del desarrollo, **tiene una función social que implica obligaciones** (Artículo 333);
- La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social; (Artículo 333)
- La dirección general de la economía está a cargo del Estado. Dispone de forma expresa la Constitución que **el Estado**, por mandato de la Ley, **intervendrá en los servicios públicos y privados, para RACIONALIZAR LA ECONOMÍA CON EL FIN DE CONSEGUIR EL MEJORAMIENTO DE LA CALIDAD DE VIDA DE LOS HABITANTES, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo.** (Artículo 334);
- El Estado, **de manera especial, intervendrá para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.** (Artículo 334)

Es así como en Colombia existe libertad de empresa, libertad económica, pero que el ejercicio de estas libertades y estos derechos se debe desarrollar con miras al bien común, dentro del marco del bien común, procurando el bien común y no solo el del propietario de la empresa, por ello el ejercicio de estas libertades de empresa y económica supone responsabilidades y las empresas que se crean en desarrollo de ellos, así como toda propiedad privada, es una **función social que implica obligaciones** (Artículo 58); por ello la libertad económica tiene sus límites, por ello la Dirección General de la Economía está a cargo del Estado.

En materia de servicios públicos, dada la incidencia que ellos tienen en la calidad de vida de los habitantes y que el Estado debe asegurar el acceso efectivo de todas las personas a los servicios básicos, la Constitución dispone que por mandato de la ley el Estado intervendrá en ellos.

No nos encontramos en materia de servicios públicos domiciliarios ante una libertad total y absoluta; no nos encontramos en el nuevo marco Constitucional ante el predominio absoluto del Derecho Privado, del Derecho del Capital y de la Empresa, sino que el mismo está subordinado a los límites del bien común, a la función social de la empresa. Dentro de este marco Constitucional debe entenderse y aplicarse el que los actos y contratos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios se rigen por el Derecho Privado.

Pero es todavía más contundente la Constitución en cuanto al marco jurídico y social que rige los servicios públicos domiciliarios. Ello, por cuanto la norma que acaba con el monopolio estatal y permite la prestación de servicios públicos domiciliarios por particulares hace parte del Capítulo 5, “**De la Finalidad social del Estado y de los Servicios Públicos**”, del Título XII, a que nos venimos refiriendo.

En este Capítulo, artículo 365, la Constitución dispone:

- **Que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado;**
- Que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio;
- Que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley;
- Que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado (directa o indirectamente), por comunidades organizadas o **por particulares;**
- Que en **TODO CASO, EL ESTADO MANTENDRÁ LA REGULACIÓN, EL CONTROL Y LA VIGILANCIA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.**

No se trata entonces del ejercicio comercial, empresarial o de negocios, así sea realizada por particulares, por sociedades comerciales, de una actividad igual a cualquier otra actividad comercial. Se trata de la PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS QUE SON INHERENTES A LA FINALIDAD SOCIAL DEL ESTADO.

Esta es una diferencia fundamental con cualquier otra actividad comercial, empresarial o de negocios que realice cualquier otra empresa. Pues si bien es cierto la Constitución autoriza que los servicios públicos puedan ser prestados por particulares, **primero y como premisa fundamental establece que ellos son inherentes a la finalidad social del Estado y que el Estado debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.**

Y precisamente por cuanto permite que sean prestados por particulares, la Constitución establece que ello podrá ser así, pero SOMETIÉNDOLOS AL RÉGIMEN JURÍDICO QUE FIJE LA LEY, DISPONIENDO QUE EL ESTADO MANTIENE LA REGULACIÓN, EL CONTROL Y LA VIGILANCIA DE DICHOS SERVICIOS.

Debo hacer especial énfasis en esto, por cuanto toda persona que constituye una empresa para prestar servicios públicos domiciliarios es concedora que está constituyendo una empresa de derecho privado, que los actos y contratos de esta empresa se rigen por el derecho privado, **pero que no se trata de una empresa cualquiera, que no va a realizar una actividad comercial cualquiera, sino que está constituyendo una empresa PARA PRESTAR UN SERVICIO PÚBLICO QUE ES INHERENTE A LA FINALIDAD SOCIAL DEL ESTADO y QUE ESE SERVICIO, así sus contratos y actos se rijan por el Derecho Privado, se someten al régimen jurídico que establezca la ley, en el cual esta inmersa la REGULACIÓN, el control y la vigilancia del Estado.**

No puede pues pretenderse que los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, por ser contratos que se rigen por el derecho privado, se someten en su totalidad a todas las normas del derecho privado y tiene el mismo tratamiento o la misma libertad de negociación o lo mismos alcances de cualquier contrato entre empresas que se rigen por el derecho privado, pues ellos, por ser el objeto de las empresas la prestación de servicios públicos los cuales son inherentes a la finalidad social del Estado; servicios que están sometidos al régimen jurídico que fije la ley; manteniendo el Estado la regulación, control y vigilancia; que el objeto de la empresa es la prestación de SERVICIOS QUE SON ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD EN GENERAL, LA CUAL TIENE DERECHO A QUE SE LOS PRESTEN Y EL ESTADO ESTÁ OBLIGADO A GARANTIZAR DICHA PRESTACIÓN, son contratos que se rigen por el derecho privado pero que se someten al régimen de los servicios públicos y a la regulación que para el efecto establezca la autoridad competente, y por lo tanto la libertad de negociación, de contratación de las empresas prestadoras está

limitada, **hay ciertas materias que no son negociables entre las partes, que se deben incluir en el contrato en virtud de la regulación y no por voluntad de las partes**, constituyendo esto una gran diferencia con los contratos en general que se rigen por el Derecho Privado, pues entre esas materias, como veremos más adelante, están incluso cláusulas que en el derecho privado son de la esencia del contrato y de la facultad de negociación de las partes, como es la atinente al valor del contrato como contraprestación de una parte a la otra.

No se puede olvidar y ese es un marco de referencia muy importante en los alcances de la libertad de contratación y por lo tanto de la controversia contractual materia de este Tribunal, que las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios se constituyen con el objeto de prestar dichos servicios (Artículos 15 y 17 ley 142 de 1994), los cuales la misma ley 142 en su artículo 4 califica como servicios públicos esenciales. En otras palabras, quienes constituyen estas empresas al hacerlo son concedores no solo del régimen de ellas, sino de la facultad de regulación del Estado, de la Regulación existente y por ende de las limitaciones que ello genera en los distintos campos, actividades y contratos que se requieran para el desarrollo de su objeto social.

Dentro de este orden de ideas el artículo 367 de la Constitución, que hace parte del Capítulo 5 en mención, dispone:

- Que la Ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios;
- Que la ley fijará la cobertura, calidad y financiación de los servicios públicos domiciliarios;
- Que la ley fijará el régimen tarifario, el cual tendrá en cuenta además de los criterios de costos, **los de solidaridad** y redistribución de ingresos.
- Que **LA LEY DETERMINARÁ LAS ENTIDADES COMPETENTES PARA FIJAR LAS TARIFAS.**

En el artículo 370 la Constitución establece:

- Que corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios;

- Que corresponde al Presidente de la República, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ejercer el Control, la Inspección y Vigilancia de las entidades que presten estos servicios.

Tenemos entonces que la controversia contractual materia de este Tribunal si bien es cierto está planteada con relación a un contrato celebrado entre empresas comerciales, Sociedades Anónimas; que las partes en el contrato son empresas que se rigen por el derecho privado; que la ley dispone que los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen por el Derecho Privado, **no se trata de contratos en que las partes tengan absoluta libertad de contratación, ni en que las partes dispongan de absoluta libertad de negociación; son contratos atinentes a la prestación de servicios públicos esenciales, contratos atinentes a servicios inherentes a la finalidad social del Estado y por tanto son contratos en que las partes, desde que crearon las empresas, conocían que se sometían a una regulación especial.**

Tan es así, que LA INTERCONEXIÓN ES UNA OBLIGACIÓN DEL OPERADOR DE TPBCL, que esté está obligado a pactarla, que si no lo hace la CRT le impone una servidumbre, en consecuencia NO NOS ENCONTRAMOS ANTE UNA LIBERTAD ABSOLUTA DEL OPERADOR DE TPBCL DE DECIDIR SI CELEBRA O NO EL CONTRATO DE “INTERCONEXIÓN, ACCESO Y USO”, PUES SI NO LO CELEBRA LA CRT LE IMPONE LA SERVIDUMBRE Y DEBE EN CONSECUENCIA PROCEDER A CELEBRAR EL CONTRATO y pactar en él aquellas materias en que la ley le da libertad de negociación, como son por ejemplo los COSTOS DE INTERCONEXIÓN, que son distintos de los CARGOS DE ACCESO.

Es importante hacer énfasis que es la misma Constitución en su artículo 367 la que dispone que “LA LEY DETERMINARÁ LAS ENTIDADES COMPETENTES PARA FIJAR LAS TARIFAS”.

Toda esta normatividad a que he hecho referencia y los desarrollos legales de la misma a que más adelante me referiré, se adoptaron en virtud de los principios fundamentales consagrados en los artículos 1 y 2 de nuestra Constitución.

Dentro de este orden de ideas es importante referirnos al Alcance que la Corte Constitucional ha dado a la NOCIÓN DE

SERVICIOS PÚBLICOS, lo cual indudablemente, como lo he venido exponiendo, tiene consecuencias directas en la capacidad de negociación y contratación de las empresas comerciales que se crearon para prestarlos, sean estas públicas o privadas.

Al respecto en sentencia **T 540** de septiembre 24 de 1992, con ponencia del Honorable Magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, la Corte Constitucional expresó:

(.....)

Noción de servicio público

(....)

El contenido filosófico-político de la noción de servicio público trasciende las diversas posiciones ideológicas abstencionistas, intervencionistas o neoliberales. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado cuyo cometido esencial es el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de la persona.

Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (CP art. 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros.

Servicios públicos, Estado social de derecho y principio de solidaridad

4. El Estado social y democrático de derecho tiene una concreción técnica en la noción de servicio público. El Constituyente al acoger esta forma de organización político-social elevó a deber constitucional del Estado suministrar prestaciones a la colectividad. La naturaleza social y democrática del Estado considera a cada ciudadano como un fin en sí mismo, en razón de su dignidad humana y de su derecho a la realización personal dentro de un proyecto comunitario que propugna por la igualdad real de todos los miembros de la sociedad. Por lo tanto, la administración está sujeta a un concepto evolutivo de mayores prestaciones y mejores servicios al público, según las cambiantes necesidades y la complejidad del mundo moderno.

(.....)

Los servicios públicos como instancia y técnica de legitimación no son fruto de la decisión discrecional del poder público sino aplicación concreta del principio fundamental de la solidaridad social (CP arts. 1 y 2). A través de la noción de servicio público el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva. Su prestación comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia redistributiva que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del

usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios del desarrollo económico. De esta forma se garantizan las condiciones materiales para el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y para la consecución de una igualdad real y efectiva (CP art. 13) de toda la población.

(...) (Subrayas fuera de texto)

Para una mejor comprensión del Alcance de las normas Constitucionales en materia de servicios públicos domiciliarios es pertinente remitirnos a los antecedentes de ellas en la Asamblea Nacional Constituyente.

El articulado de la Constitución en esta materia tiene origen, entre otros, en los siguientes antecedentes:

2. PROYECTO DE ACTO REFORMATARIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA No. 43. Título Nuevo: Servicios Públicos. Autor: Carlos Lemos Simmonds. Gaceta Constitucional No. 21, páginas 18 y 19. En la exposición de motivos de este proyecto se expresó:

(...)

*De igual modo, la doctrina ha justificado el intervencionismo estatal en los servicios públicos, diciendo que dado el interés público que le sirve de causa y de finalidad, con él se logra corregir las inequidades existentes en la distribución del ingreso y de la riqueza; permite garantizar el buen desempeño de la economía, otorgándoles la debida infraestructura; orienta correctamente los recursos financieros requeridos; **y proteger el bien común, evitando los efectos nocivos de sus condiciones generalmente monopólicas.***

Como lo ha reconocido la historia jurídico política, los servicios públicos como instituciones jurídicas aparecieron íntimamente ligados al Estado liberal del siglo XIX, y con el advenimiento del Estado intervencionista, la función y la finalidad públicas se redujeron a los servicios públicos. Hoy, ante la insuficiencia estatal en la prestación de los servicios públicos que no son de cargo exclusivo de la Nación, se considera que el monopolio del Estado debe ser compartido con entes privados, según lo determine la naturaleza del servicio y la necesaria eficiencia del mismo, pero en todo caso sometido a un régimen jurídico de derecho público.

En el proyecto de título que estamos motivando hemos aclarado que los servicios públicos pueden ser tanto estatales como privados, pues estos últimos también son públicos.

(...)

3. PROYECTO DE ACTO REFORMATARIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA No. 59. Título Régimen Económico y Servicios Públicos. Autores: GUILLERMO PERRY, HORACIO SERPA y EDUARDO VERANO. Gaceta Constitucional No. 22, páginas 52 y

Siguientes. En la exposición de motivos de este proyecto se expresó:

(...)

Servicios públicos

(Literal c)

Enseguida, se hace expreso que la intervención del Estado en la economía tiene también como objeto fundamental el de “asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional” con miras a garantizarle el derecho a los servicios públicos que se consagra en el artículo 3 y la paz social.

Difícilmente se comprendería la existencia de un Estado moderno que no sea capaz de asegurar que todos sus asociados tengan acceso a los servicios públicos, más cuando solamente el Estado puede garantizar su prestación a todos los habitantes.

Todo servicio público, entendido como la organización para satisfacer necesidades colectivas produce “bienes públicos” de consumo colectivo (cuyo consumo por parte de un individuo no reduce la posibilidad del consumo por otros) o presenta “externalidades económicas” significativas en su producción y consumo. En uno y otro caso, la teoría económica demuestra que, liberados al juego de las fuerzas del mercado, se producirá una oferta subóptima en términos sociales y se marginaría de su acceso a un número considerable de habitantes del territorio. Este solo hecho hace indispensable la intervención del Estado para asegurar su prestación generalizada.

(...)

Más adelante en este proyecto de acto reformativo, al referirse de forma específica al articulado propuesto, los autores expresaron:

(...)

Servicios Públicos

(Artículos 5 a 9)

(...)

El artículo 6 propuesto prescribe, además, que toda entidad territorial, empresa pública o privada que participe en la prestación de servicios públicos estará sometida al control, inspección y vigilancia de entidades especializadas del Estado. Esto resulta indispensable para proteger los derechos de los usuarios, asegurar la eficiencia y el manejo correcto del servicio y, en general, para hacer eficaz la regulación y el control del Estado. Resulta difícil entender cómo lo que se ha encontrado necesario en el caso de los servicios financieros, sometidos al estricto control de la Superintendencia Bancaria, no se ha generalizado a la prestación de los servicios públicos domiciliarios y a los servicios sociales, en los que empresas públicas y privadas abusan de los usuarios y se desvían con frecuencia del criterio de servicio público.

(.....)

Es evidente que con este tipo de regulación legal, el Estado estará en capacidad de cumplir con la norma que se le obliga a

“asegurar la prestación eficiente, oportuna, continua y equitativa de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional”. Además con este tipo de regulación, de inspección y vigilancia, en muchos casos se hará posible que participen en la prestación de servicios públicos en pie de igualdad, las empresas privadas con las empresas públicas y que, en ambos casos, queden igualmente protegidos los derechos de los usuarios y garantizada la eficiencia en la prestación del servicio.

Por último, es necesario determinar cómo la responsabilidad del Estado en asegurar la prestación de los servicios públicos debe distribuirse entre las distintas entidades territoriales. La norma Constitucional debe darle una orientación básica a la ley, a saber: en general, la competencia debe estar en cabeza de los municipios, quienes pueden asociarse para estos propósitos. **Sin embargo, la Nación, en todos los casos, debe retener la función normativa,** de inspección y vigilancia.

1. PONENCIA SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS. Ponente EDUARDO VERANO DE LA ROSA. Gaceta Constitucional No. 51, abril 16 de 2001, páginas 17 y siguientes:

(...)

EL PROYECTO

(...)

1. El Derecho de todas las personas a los servicios públicos.

El Estado debe Procurar el bien común y la satisfacción de las necesidades colectivas, entre ellas las de los servicios públicos, cuyo tratamiento en el Derecho moderno los consagra como uno de los derechos fundamentales de los asociados. Dicho planeamiento se recoge y se reitera que corresponde al Estado asegurar, mediante la utilización de sus recursos y mecanismos, el acceso en forma igualitaria, a todos los ciudadanos.

Igualmente, corresponde al Estado garantizar la prestación en forma continua, eficiente y oportuna. Características que le son propias a todos los servicios públicos.

2. Régimen.

(...)

En los demás servicios se prevé la participación de los particulares o de las comunidades organizadas, en su prestación. Con ello se consagran alternativas distintas a la puramente estatal en su organización y atención, procurando crear condiciones de competencia que, en últimas, conlleven el mejoramiento en el manejo de los recursos y, por ende, en la calidad de los servicios entregados a la comunidad.

(.....)

3. Dirección, vigilancia y control por parte del Estado.

Si bien se introduce la posibilidad de que algunos servicios públicos sean atendidos por los particulares, la dirección, vigilancia y control de los

mismos, se radica en cabeza del Estado, a través de instituciones especializadas que se organizarían con tal fin.

Dichos organismos fiscalizadores se crearían atendiendo la naturaleza y particularidades de los servicios públicos, por ejemplo los domiciliarios, etc.etc.

Con dicha norma, se persigue la creación de un verdadero control a la gestión de las entidades que prestan esta clase de servicios, evitando los excesos y las deficiencias administrativas que tienen muchas de ellas. Así mismo, se protege al usuario, mediante la creación de mecanismos que aseguren un correcto y eficiente uso de los recursos y la calidad de los servicios que se le suministran.

(...)

ARTÍCULO TERCERO

*Este artículo titulado “DIRECCIÓN Y CONTROL” ubica en el Estado la dirección y **regulación** en la prestación de los servicios, creando entidades especializadas de naturaleza estatal, mediante las cuales el Estado tenga la posibilidad de intervenir a aquellas empresas cuyo resultado en la prestación del servicio haya resultado crítico.*

(...)”

2. INFORME PONENCIA PARA PRIMER DEBATE EN PLENARIA - SERVICIOS PÚBLICOS. Constituyentes: Carlos Lemos Simmonds; Rodrigo Lloreda Caicedo; Carlos Ossa Escobar; Oscar Hoyos Naranjo; Ignacio Molina Giraldo y Antonio Yepes Parra. Gaceta Constitucional No. 85, mayo 29 de 2001, páginas 21 y 22.

“ (...)

El primer artículo (artículo 6) que se refiere a los Servicios Públicos en general y en abstracto, contiene lo siguiente:

*El primer inciso califica a los Servicios Públicos, como parte de la soberanía del Estado, diciendo que “son inherentes” a la finalidad social de aquel. Es ésta la parte más importante del articulado, pues considera a este sector de la economía íntimamente ligado a la responsabilidad del cuerpo social, obligando al Estado a asegurar la prestación eficiente de los Servicios Públicos a todos los habitantes del territorio nacional. **El encabezamiento del articulado reconoce, entonces, la importancia sustantiva que han adquirido los Servicios Públicos como realidad y como entelequia Constitucional.***

*El segundo inciso del artículo (art. 6) establece un marco de generalidades para entender **los distintos aspectos de esta nueva teoría constitucional.** Dice que todos los Servicios Públicos (incluidos obviamente los Domiciliarios) deben estar sometidos a un régimen jurídico fijado por la Ley. Régimen que en los artículos siguientes se explica en que consiste. Reserva al Estado de manera exclusiva la Administración de Justicia y la Fuerza Pública, pero abre la posibilidad para que otros servicios puedan ser prestados, además del Estado, por*

las comunidades organizadas (Junta de Usuarios o de Acción Comunal, por ejemplo) y por los particulares. Establece que en todo caso, el Estado mantiene la dirección, control y vigilancia de la prestación de todos los servicios, actividad que en el siguiente artículo 10 deposita en cabeza del Presidente de la República a través de la Superintendencia que allí se crea.

(...) (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Tenemos entonces que los servicios públicos, por mandato de la misma Constitución, tienen una calidad especial, se les ha dado en la Carta una preponderancia e importancia por sus implicaciones en la vida de las personas, se los calificó como inherentes a la FINALIDAD SOCIAL DEL ESTADO. Siendo así al permitir y garantizar la Constitución y la Ley que ellos pueden ser prestados por particulares y que estos particulares son EMPRESAS COMERCIALES, no quiere decir que quedan sometidos a la misma libertad comercial, empresarial, de negocios y de contratación de las demás actividades comerciales de los particulares y de las empresas comerciales, pues ante todo, retomando lo expresado por los constituyentes, **“considera a este sector de la economía íntimamente ligado a la responsabilidad del cuerpo social”**.

La Ley es clara y expresa, los contratos de INTERCONEXIÓN, ACCESO Y USO de telecomunicaciones, se rigen por el Derecho Privado, dentro del marco y con las limitaciones que le imponen el régimen de intervención del Estado y la Regulación especial sobre la materia, no es dable en consecuencia pretender entrar en una disquisición sobre si se trata de un Contrato que se rige por el Derecho Privado o por el Derecho Público y mucho menos pretender revivir discusiones ya superadas con relación a “contratos administrativos”. Basta recordar, aunque no es materia de este tribunal, que por expresa disposición de la ley, inclusive los contratos estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes (artículo 13 ley 80).

Insisto, en mi concepto ese no es el punto central, de lo que se trata es del poder de intervención y regulación del Estado en los contratos que se rigen por el derecho privado y en este caso en particular de los contratos atinentes servicios públicos domiciliarios, para este caso en particular del CONTRATO ESPECIAL DE INTERCONEXIÓN, ACCESO Y USO.

Efectuado el análisis anterior y teniendo en cuenta que la controversia contractual suscitada entre las partes, materia de este Tribunal, se refiere a los CARGOS DE ACCESO Y USO DE LAS REDES, es entonces necesario analizar y determinar si las partes tienen libertad de contratación en esta materia o si ella

esta comprendida dentro de los aspectos regulados por el Estado. Para este efecto habrá que analizar entre otros puntos lo inherente a la RED DE TELECOMUNICACIONES; INTERVENCIÓN Y CAPACIDAD DE REGULACIÓN DEL ESTADO Y SI EL CARGO DE ACCESO PACTADO, MODALIDAD Y PRECIO FUERON ACORDADOS LIBREMENTE, MEDIANTE NEGOCIACIÓN CONTRACTUAL POR LAS PARTES EN EL CONTRATO SUSCRITO EN FEBRERO 28 DE 2000.

LA RED DE TELECOMUNICACIONES

Lo atinente a las redes de Telecomunicaciones ha sido regulado por diversas normas. De estas normas y para los efectos de este proceso arbitral es importante hacer énfasis en las siguientes:

1. DECRETO LEY 1900 de 1990, *“Por la cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines”*. En este Decreto Ley:
 - a. Se califica la Red de Telecomunicaciones como RED DE TELECOMUNICACIONES DEL ESTADO, definiendo que *“es el conjunto de elementos que permite conexiones entre dos o más puntos definidos para establecer la telecomunicación entre ellos, y a través de la cual se prestan los servicios al público.”*; (Artículo 14);
 - b. Dispone que hacen parte de la Red de Telecomunicaciones del Estado todos los equipos, cables, elementos, uso de soportes lógicos y la parte del espectro electromagnético asignada a la prestación de los servicios y demás actividades de telecomunicaciones; (Artículo 14)
 - c. Establece (artículo 15) que la RED DE TELECOMUNICACIONES DEL ESTADO la componen tanto los elementos de la red instalados por las entidades Estatales, como las autorizadas, instaladas, usadas y explotadas por particulares. Al respecto el Decreto Ley dispone:
 - d. Dispone (artículo 22) que constituyen motivos de utilidad pública e interés social el establecimiento, la instalación, la expansión, la modificación, la ampliación, la renovación y la utilización de la red de telecomunicaciones del Estado, o de cualquiera de sus elementos. **Se debe llamar la atención que, por la naturaleza de los servicios públicos, la finalidad de los mismos y por ser estos de interés general y necesarios para la vida y desarrollo de las personas, la ley ha establecido que constituyen motivos de utilidad pública la realización de las citadas actividades y obras NO SOLO POR PARTE DE**

ENTIDADES ESTATALES, SINO DE EMPRESAS COMERCIALES PRIVADAS.

2. Lo atinente a la Red de telecomunicaciones es regulado también por la CRT en la Resolución 87 de 1.997, “*Por medio de la cual se regula en forma integral los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC) en Colombia.*”, la cual en su parte pertinente dispone:

“ARTICULO 2.1.2. RED DE TELECOMUNICACIONES DEL ESTADO. *La red de telecomunicaciones del Estado es el conjunto de elementos que permite conexiones entre dos o más puntos definidos para establecer la telecomunicación entre ellos y a través de la cual se prestan los servicios al público. Hacen parte de la red los equipos de conmutación, transmisión y control, cables y otros elementos físicos, el uso de los soportes lógicos, y la parte del espectro electromagnético asignada para la prestación de los servicios y demás actividades de telecomunicaciones. La red de telecomunicaciones del Estado comprende además aquellas redes cuya instalación, uso y/o explotación se autoricen a personas naturales o jurídicas privadas para la operación de servicios de telecomunicaciones en las condiciones que se determinan en la presente Resolución.”.*

Tenemos entonces que la Resolución CRT 087 de 1997 recoge en su totalidad lo consagrado en el Decreto Ley 1900 de 1990, reiterando una vez más que LA RED DE TELECOMUNICACIONES, sea instalada o de propiedad de Sociedades Comerciales de capital público, privado o mixto, es una RED DE TELECOMUNICACIONES DEL ESTADO, calificación está que obedece al hecho de que es una red instalada para prestar un SERVICIO INHERENTE A LA FINALIDAD SOCIAL DEL ESTADO, y como el Estado está constitucionalmente obligado a asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, esta RED tiene una connotación especial y por su uso, destino y finalidad se reputa del ESTADO.

La Resolución CRT 87 de 1997, transcribe el artículo 22 del Decreto Ley 1900 de 1990 que dispone que son motivos de utilidad pública e interés social, el establecimiento, instalación, expansión, modificación, ampliación, renovación y utilización de la red de telecomunicaciones del Estado.

Es así como cuando se trata una controversia contractual con relación a un contrato de Interconexión, Acceso y Uso, y más específicamente con relación a los cargos de acceso, lo que se está discutiendo es con relación a lo que debe pagar un operador de TPBCLD al operador de TPBCL por el uso de su red, pero que esta red pese a ser de propiedad privada tiene una

característica especial, como es que está afectada a la prestación de un servicio público que es inherente a la finalidad social del Estado, y por ello hace parte de la RED DE TELECOMUNICACIONES DEL ESTADO. Aspecto este de importancia en este caso para determinar si el ente regulador del Estado tiene capacidad y competencia para fijar la tarifa del cargo de acceso.

INTERVENCIÓN Y REGULACIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Ha quedado absolutamente claro que por expresa disposición Constitucional el Estado tiene capacidad y obligación de Intervención en los servicios públicos domiciliarios, así como le reservó a este la capacidad y función de regulación, a la cual se deben someter las empresas que presten estos servicios.

Veamos ahora como ha desarrollado la legislación este precepto Constitucional, en aquellos aspectos que puedan tener incidencia con el asunto materia de la controversia contractual para la cual fue constituido este Tribunal.

Al respecto en la Ley 142 de 1994:

1. Establece la facultad de intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios en los términos de la Constitución y para los fines determinados en ella (Artículo 2);
2. Establece como instrumentos de intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios la regulación de la prestación del servicio y la definición del régimen tarifario (Artículo 3);
3. Ordena que todos los prestadores quedan sujetos a las regulaciones de las Comisiones de Regulación (Artículo 3);
4. Fija como una de las competencias de la Nación asegurar que se realice en el país, por medio de empresas oficiales, mixtas o privadas, la interconexión a la red pública de telecomunicaciones (Artículo 8.3);
5. Reitera que es derecho de las personas, dentro de los límites de la Constitución y la ley, organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos (Artículo 10);

6. Reitera la función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos y como consecuencia de ello les establece obligaciones, entre las cuales se encuentra el facilitar el acceso e interconexión de otras empresas que presten servicios públicos a los bienes empleados para la organización y prestación de los servicios (Artículo 11);
7. Define la Posición Dominante, siendo ésta la que tiene una empresa cuando sirve el 25% o más de los usuarios que conforman el mercado (Artículo 14);
8. Define **regulación de los servicios públicos domiciliarios como** la facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de la ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos. (Artículo 14);
9. **Establece que las normas sobre contratos que contiene la Ley SE INTERPRETARAN** (Artículo 30):
 - a. De acuerdo con los principios que contiene el Título preliminar [Intervención del Estado (artículos 2 y 3); Regulación por parte del Estado (Artículo 3); Definición del Régimen Tarifario por parte del Estado (artículo 3.3.); Servicios Públicos Esenciales (artículo 4); No abuso de posición dominante (artículo 2); Garantizar la interconexión (artículo 8); Derecho del usuario a la libre elección del prestador (artículo 9); Libertad de empresa dentro de los límites de la Constitución y la Ley (artículo 10); Función Social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos (Artículo 11)];
 - b. En forma que garantice la libre competencia e impida abusos de posición dominante;
 - c. En la forma que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.
10. Dispone que EL RÉGIMEN DE LOS ACTOS Y CONTRATOS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, **SALVO QUE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA O LA LEY DISPONGAN OTRA COSA**, SE RIGEN POR EL DERECHO PRIVADO; (Artículo 32);
11. Autoriza la celebración de CONTRATOS ESPECIALES para la gestión de los servicios públicos. Entre ellos incluye el

contrato en virtud del cual se **regula LA INTERCONEXIÓN de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos**, mediante el pago de remuneración o peaje razonable.(artículo 39);

Dispone este artículo que si las partes no celebran el contrato la comisión impone servidumbre de acceso o interconexión. De conformidad con el párrafo de este artículo (modificado por el artículo 4 de la ley 689) estos contratos se rigen por el Derecho Privado.

12. Dispone que las Comisiones de Regulación son competentes para Regular el Servicio Público respectivo (artículo 69);
13. Dispone que es función general de las Comisiones de Regulación. **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** (Artículo 73.22);
14. **Dispone que es función General de las Comisiones de Regulación establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo con las reglas de la misma ley.** (Artículo 73.22);
15. Fija como **FUNCIÓN ESPECIAL DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES 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.** (Artículo 74.3.c);
16. Establece como **FUNCIÓN ESPECIAL DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES FIJAR LOS CARGOS DE ACCESO Y DE INTERCONEXIÓN A LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES DEL ESTADO.**

En este punto es muy importante precisar que mientras la facultad establecida en el artículo 73.22 de la ley 142 es una función general para todas las comisiones de regulación, función referida a establecer formulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes; la función a que se refiere el artículo 74.3.c. **ES UNA FUNCIÓN ESPECIAL ATRIBUIDA A LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES**, nos encontramos pues no solo ante norma posterior, sino ante norma especial.

Siendo así, mientras en materia de tarifas de interconexión de redes de los distintos servicios (energía, agua potable, alcantarillado, gas, etc.) la regla general faculta a las comisiones para establecer formulas tarifarias, en el caso específico y concreto de los cargos de acceso e interconexión a las redes de telecomunicaciones, la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES TIENE UNA FUNCIÓN ESPECIAL, **NO DE ESTABLECER FORMULAS TARIFARIAS, SINO DE FIJAR LOS CARGOS DE ACCESO Y DE INTERCONEXIÓN.**

Por su parte en el Decreto 1130 de 1999, “*Por el cual se reestructuran el Ministerio de Comunicaciones y algunos organismos del sector administrativo de comunicaciones y se trasladan funciones a otras entidades públicas*”, sobre la materia dispone que son funciones de la CRT las conferidas por la ley 142 de 1994 y el Decreto 2167 de 1992, precisando entre ellas (artículo 37):

1. Regular los aspectos técnicos y económicos relacionados con las diferentes clases de servicios de telecomunicaciones;
2. **Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen tarifario; el régimen de interconexión;**
3. **Regular los aspectos 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;
4. Imponer servidumbres de interconexión y de acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión o conexión de redes de telecomunicaciones. Señalar la parte responsable de cancelar los costos correspondientes;
5. Determinar el régimen de tarifas aplicable a las distintas clases de servicios y a cada operador; fijar los parámetros, las fórmulas o las tarifas correspondientes a los servicios y a los operadores;

Tenemos entonces que en virtud de la Constitución y de la Ley, el Estado tiene competencia y facultad para intervenir en el servicio público domiciliario de Telecomunicaciones y expedir la reglamentación a la cual se obligan los prestadores del servicio,

y que si bien es cierto la ley establece que los contratos de estas empresas en general y en particular los de interconexión, acceso y uso, se rigen por el Derecho Privado, dicha disposición se debe entender en los términos de los principios generales de la ley y con las limitantes y condicionamientos que ella y la regulación establecen.

Es clara, expresa y específica la ley al disponer que la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES TIENE ENTRE SUS FUNCIONES ESPECIALES no solo la de establecer los requisitos generales para garantizar a los operadores de TPBCLD la utilización de las redes de Telecomunicaciones del Estado, sino para FIJAR LOS CARGOS DE ACCESO.**

No existe en consecuencia una total libertad de negociación y contratación de los operadores de TPBCL y TPBCLD en los contratos de interconexión, acceso y uso. Es más, lo que la ley establece es una obligación de interconectarse y si no llegan las partes a un acuerdo y con base en él suscriben el contrato, la CRT impone una servidumbre y están obligados los operadores a permitir la interconexión, el acceso y deben, con base en lo establecido por la CRT, pactar las condiciones de interconexión y celebrar el contrato respectivo.

No nos encontramos pues ante un contrato que se suscriba en ejercicio de la autonomía y voluntad contractual absoluta de las partes, sino de un contrato que se somete a la intervención y regulación del Estado, así la ley haya establecido que se rige por el Derecho Privado, pues **EL CONTRATO DE INTERCONEXIÓN, ACCESO Y USO SE RIGE POR EL DERECHO PRIVADO PERO DENTRO DEL MARCO DE LA INTERVENCIÓN Y LA REGULACIÓN DEL ESTADO.**

Pero no sólo eso, sino que **NO** existe libertad para pactar los cargos de acceso, ellos se deben incluir en el contrato de conformidad con lo que haya establecido la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en ejercicio de su **FUNCIÓN ESPECIAL DE “FIJAR LOS CARGOS DE ACCESO”**. Esto, como veremos más adelante, da la posibilidad que la CRT fije de forma expresa, clara, precisa y perentoria los **CARGOS DE ACCESO**, la modalidad de pago y valores; que la CRT fijé opciones, con sus respectivos valores determinando en consecuencia que una de las partes en el contrato sea la que haga uso de la opción o inclusive puede determinar que una parte, un operador, ofrezca al otro operador opciones de modalidades y valores de cargos de acceso, para que este opte por una de las ofrecidas.

Es importante hacer énfasis en que el artículo 39.4 de la ley 142 de 1994 fija de manera precisa el alcance, objeto y finalidad del contrato especial para el acceso compartido o interconexión y dice que en virtud de este contrato las partes **REGULAN EL ACCESO COMPARTIDO O DE INTERCONEXIÓN.**

Lo atinente al contrato de acceso, uso e interconexión está regulado en la Resolución CRT 087 de 1997, y ella determina, en ejercicio de la función especial otorgada en la ley a la CRT (artículo 74.3.c de la ley 142), que los cargos de acceso se deben fijar conforme a lo establecido en ella, esto sin perjuicio de la negociación económica que se realice sobre otros aspectos, como por ejemplo los COSTOS DE INTERCONEXIÓN, ACCESO Y USO, que es un concepto diferente, o de negociaciones que se adelanten sobre otros aspectos técnicos o económicos.

Este punto es muy importante para efectos de la controversia contractual materia de este tribunal, pues uno era el régimen establecido por la CRT en la Resolución 087 de 1997 y otro el establecido en la Resolución CRT 463 de 2001, como veremos más adelante.

CARGO DE ACCESO PACTADO EN EL CONTRATO SUSCRITO EN FEBRERO 28 DE 2000

Corresponde ahora analizar lo pactado en el contrato suscrito el 28 de febrero de 2000 con relación al CARGO DE ACCESO.

Dice así el contrato:

“CONTRATO DE INTERCONEXIÓN, ACCESO Y USO ENTRE TELEPALMIRA S.A. E.S.P. Y ORBITEL S.A. E.S.P.

.....Acuerdan celebrar el contrato de acceso, uso e interconexión de que trata el Art. 39 Num. 4 de la ley 142 de 1994, en concordancia con el Art. 74 num. 3 Literal c) de la misma y el Título IV de la Resolución 87 de la CRT, y demás normas que las reglamentan, modifican, adicionan o sustituyan según lo estipulado en las siguientes cláusulas....

(...)

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 TELEPALMIRA, 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.***

b. Los montos acordados por las partes para la prestación de los servicios adicionales y para el uso de las instalaciones esenciales y suplementarias, sumas todas que serán pagadas por ORBITEL de acuerdo con los principios establecidos en la normatividad, y bajo las condiciones indicadas en el Anexo No.2.

(...)

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 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.

(...)

*ANEXO NÚMERO 2
FINANCIERO-ADMINISTRATIVO*

(...)

CLÁUSULA TERCERA. CARGOS DE ACCESO, USO Y CONCILIACIONES

3.1. CARGOS DE ACCESO.

(...)

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 1997 y CRT 104 de 1.998, o lo definido en las normas que modifiquen, adicionen o sustituyan a las normas citadas.

(...) (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Tenemos entonces que de forma expresa las partes, establecieron en el contrato que:

1. Lo que celebran es el CONTRATO ESPECIAL de acceso, uso e interconexión de que trata el artículo 39 numeral 4 de la ley 142 de 1994;
2. El contrato lo celebran en concordancia con el artículo 74 numeral 3 Literal c) de la misma. **Como hemos visto, en el artículo 74.3 literal c de la Ley 142 de 1994 SE ATRIBUYÓ A LA CRT LA FUNCIÓN ESPECIAL DE FIJAR LOS CARGOS DE ACCESO Y DE INTERCONEXIÓN A LA RED DE TELECOMUNICACIONES DEL ESTADO;**

3. El Contrato lo celebran en concordancia con el *Título IV de la Resolución 87 de la CRT*;
4. El contrato lo celebran de conformidad con demás normas que las reglamentan, modifican, adicionan o sustituyan. **Son claras las partes que como son concedoras que se trata de un contrato sometido a ley especial, a la intervención y regulación del Estado, todo lo cual ha limitado su capacidad de negociación, aceptan y pactan de antemano que cuando se modifiquen normas de la Resolución CRT 087 de 1997, de aquellas de obligatoria inclusión en el contrato o que han condicionado y limitado la facultad de negociación, las nuevas normas que se expidan, las normas que modifiquen las obligatorias que condicionaron el contrato al momento de suscribirlo, se entienden, esas nuevas normas, incorporadas al contrato Y ASÍ LO PACTARON EXPRESAMENTE.**
5. El contrato se rige por el Derecho Privado, pero reconociendo de forma expresa que ello es **EN LO NO REGULADO ESPECÍFICAMENTE POR LAS DISPOSICIONES ESTABLECIDAS EN LA LEY DE SERVICIOS PÚBLICOS, Y POR LAS DEMÁS NORMAS EMANADAS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES O DEMÁS AUTORIDADES COMPETENTES.**

Es así como las partes en el contrato, desde su celebración conocían y reconocían que si bien el Régimen Legal del Contrato es el Derecho Privado, este no es absoluto y total, sino que el mismo está subordinado a las NORMAS SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, A LA REGULACIÓN ADOPTADA POR LA CRT y a las disposiciones emanadas de las demás autoridades competentes. **Debo hacer énfasis que esto es una realidad jurídica reconocida por las partes en el contrato, hoy partes en este proceso arbitral.**

6. En cuanto al Valor en el contrato se incluyeron, con precisión y discriminados, dos conceptos diferentes, a saber:
 - a. Los cargos de Acceso; y
 - b. Los “MONTOS ACORDADOS POR LAS PARTES para la prestación de los servicios adicionales y para el uso de las instalaciones esenciales y suplementarias”. En este segundo componente del valor del contrato se está refiriendo a los COSTOS DE INTERCONEXIÓN, que son distintos a los CARGOS DE ACCESO.

Es importante hacer énfasis en que cuando se refiere a los costos de interconexión, para la prestación de los servicios adicionales y uso de las instalaciones, **ES CLARO Y EXPRESO EL CONTRATO EN REFERIRSE A LOS MONTOS ACORDADOS POR LAS PARTES. Y es que estos costos son los que al momento de celebrarse el contrato podían pactar las partes mediante negociación económica.** Cuando se refiere el contrato a los cargos de acceso y uso de la red, dice que ellos “serán pagados por ORBITEL conforme a las condiciones establecidas en los Anexos No. 1 y 2, las Resoluciones 097 y 104 de la CRT y demás normas que lo reglamenten, regulen o modifiquen”

Analicemos este último punto, que es el atinente a la controversia contractual:

- **En el anexo 2 se establece que el cargo de acceso se pagará por Minuto de acuerdo a lo definido en la Resolución 087 de 1997, o lo definido en las normas que modifiquen, adicionen o sustituyan a las normas citadas.**

En consecuencia, se pactó de forma expresa en el contrato que EL CARGO DE ACCESO se pagaría de acuerdo a lo definido en la Resolución CRT 087 de 1.997 y que en el evento que lo establecido en esta resolución fuera modificado, los cargos de acceso se pagarían conforme a lo definido en la norma que MODIFICARÁ, ADICIONARÁ O SUSTITUYERA lo en ese momento dispuesto en la resolución CRT 087 de 1997.

- **Y a su vez la Resolución No. 087 de 1997, en su texto vigente al momento de suscribirse el contrato disponía:**

(...)

TÍTULO V
TARIFAS

(...)

CAPÍTULO IV
CARGOS DE ACCESO Y USO DE LAS REDES DE TPBCL, TMR Y
TPBCLE

ARTÍCULO 5.23. UNIFICACIÓN DE CARGOS DE ACCESO. *La CRT definirá la metodología para unificar los cargos de acceso del servicio de TPBCL basada en costos más una utilidad razonable.*

ARTICULO 5.24. PAGO POR EL ACCESO Y USO DE LAS REDES LOCALES. *El pago a favor de operadores de TPBCL, TPBCLE y TMR por concepto del acceso y uso de sus redes a cargo de los operadores de TPBCLD, deberá hacerse únicamente en la forma de cargos de acceso y uso por minuto cursado o por fracción de minuto de cada llamada, en sentido entrante o saliente.*

ARTICULO 5.25. VALOR DEL CARGO POR ACCESO Y USO DE LAS REDES LOCALES POR PARTE DE LOS OPERADORES DE TPBCLD.

El valor de los cargos de acceso que las empresas prestadoras de los servicios de TPBCL reciben de los operadores de TPBCLD cuando éstos hacen uso de sus redes, tanto en sentido entrante como saliente, y que fue fijado en treinta (\$30) pesos por cada minuto cursado o fracción en primero (1º) de marzo de 1997, continuará actualizándose conforme con el índice de Actualización Tarifaria descrito en el presente capítulo.

(...)

Es así como la Resolución 087 de 1997 NO PERMITÍA NINGUNA POSIBILIDAD DE NEGOCIACIÓN DE LOS CARGOS DE ACCESO, ella disponía de forma taxativa y perentoria que:

- a. EL PAGO POR EL ACCESO Y USO DE LAS REDES LOCALES podía hacerse ÚNICAMENTE EN LA FORMA DE CARGOS DE ACCESO Y USO POR MINUTO CURSADO O POR FRACCIÓN DE MINUTO DE CADA LLAMADA;**
- b. Y que el pago de los cargos de acceso lo harían los operadores de TPBCLD con una tarifa de \$30 por cada minuto cursado o fracción, precio a 1 de marzo de 1997, el cual se actualizaba con el índice previsto en la misma resolución CRT 087 de 1997.**

Siendo así, las partes en el contrato NO TENÍAN NINGUNA POSIBILIDAD DE NEGOCIACIÓN, NO PODÍAN ACORDAR NADA DISTINTO por concepto del valor del contrato en lo atinente a los cargos de acceso, diferente a lo expresamente estipulado en la Resolución CRT 087 de 1997.

En otras palabras, lo pactado en la cláusula tercera del contrato de INTERCONEXIÓN, ACCESO Y USO suscrito entre TELEPALMIRA S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P. en cuanto al cargo de acceso, no fue consecuencia de una negociación libre, no fue pactado entre las partes, sino que lo que se hizo en el contrato fue determinar que EL CARGO DE ACCESO SE PAGARÍA COMO LO ESTABLECÍA LA RESOLUCIÓN CRT 087 DE 1997, la cual no establecía en ese momento posibilidad distinta al cargo de acceso por minuto cursado, con un valor minuto establecido en la misma resolución.

En otras palabras, la Resolución CRT No. 087 de 1997 no permitía la negociación de este elemento entre las partes del contrato. He ahí una diferencia fundamental entre el contrato de INTERCONEXIÓN, ACCESO Y USO, en el cual

pese a regirse por el Derecho Privado las partes no tenían libertad para negociar y acordar uno de los elementos esenciales del contrato, como es el precio, aunque otra parte del precio si se podía negociar, con los demás contratos que se rigen por el Derecho Privado en los cuales las partes acuerdan el precio.

La CRT en cuanto a los cargos de acceso, en ejercicio de la función especial que le atribuyó el artículo 74.3 literal c de la ley 142 de 1994, en el texto original de la Resolución 087 de 1997, FIJÓ EL CARGO DE ACCESO que debía pagar el operador de TPBCLD al operador de TPBCL.

Es precisamente por ello, por que las partes en el contrato, al momento de suscribirlo, son concedoras y entienden que no tienen ninguna posibilidad de disposición sobre la materia, que en la cláusula tercera y en el anexo 3 incluyeron que el cargo de acceso sería reconocido y pagado en la forma establecida en la resolución CRT 087 de 1997 **“y demás normas que lo reglamenten, regulen, modifiquen”** (cláusula tercera del contrato) o **“lo definido en las normas que modifiquen, adicionen o sustituyan a las normas citadas”**. (Cláusula tercera del anexo No. 2)

En otras palabras, lo establecido en el contrato en cuanto al cargo de acceso NO ES EL RESULTADO DE UN ACUERDO DE VOLUNTADES ENTRE LAS PARTES DEL CONTRATO, **sino que es el acatamiento a una disposición de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, a la cual la Ley le ha dado la FACULTAD ESPECIAL de Fijar los Cargos de Acceso y de interconexión a las redes de Telecomunicaciones del Estado. (Ley 142 de 1994, artículo 74.3.c).**

Lo anterior lo reconoce el mismo convocante TELEPALMIRA S.A. E.S.P. en su alegato de conclusión cuando luego de transcribir los numerales 4.12, 5.24 y 5.25 de la Resolución CRT 087 de 1997, expresó (página 10 del texto escrito entregado):

(...)

De lo anterior se desprende que:

(...)

(ii) *Los operadores de TPBC y TPBCLD tenían que negociar la interconexión bajo los parámetros de la Resolución 087, la cual establecía que el pago de los cargos de acceso debía hacerse **únicamente** por minuto cursado o por fracción de minuto de cada llamada.*

(iii) *El **valor** de los cargos de acceso se fijo en treinta (\$30) pesos por cada minuto cursado o fracción de minuto a partir del primero (1°) de marzo de 1.997. Así mismo se estableció que dicho valor se*

actualizaría conforme al índice de actualización tarifaria descrito en el capítulo IV del Título V de la Resolución 087 de 1997.”

Dentro de este orden de ideas, cuando en el contrato se establece que el cargo de acceso será pagado de acuerdo a lo definido en las Resoluciones CRT 087 de 1997 y CRT 104 de 1.998, o lo definido en las normas que modifiquen, adicionen o sustituyan a las normas citadas, **lo que las partes hicieron fue declarar que como el cargo de acceso determinado en el contrato no era el resultado de un acuerdo entre las partes, sino que era el cargo establecido por la CRT en ejercicio de su función especial, en el evento que dicha norma fuera modificada, al contrato se aplicaba la norma que sustituyera la de la Resolución CRT 087 de 1997.**

Siendo así, el tema en este caso, para efectos de la controversia contractual planteada no era si la CRT tenía o no facultad de modificar mediante resoluciones de carácter general los contratos de Interconexión, Acceso y Uso suscritos entre los operadores de TPBCL y TPBCLD, sino que tiene la facultad de fijar EL CARGO DE ACCESO que debe pagar el operador de TPBCLD al operador de TPBCL por el derecho a utilizar las redes de Telecomunicaciones del Estado.

Es pertinente advertir que en el contrato no se hizo referencia a una modalidad de pago del cargo de acceso diferente al minuto cursado, por que en la Resolución CRT 087 de 1997 está era la única modalidad que se establecía, permitía, autorizaba, fijaba.

RESOLUCIÓN CRT 463 DE 2001

Se establece en la convocatoria al Tribunal, que el conflicto contractual se origina a raíz de la expedición de la Resolución CRT 463 de 2001, “Por medio de la cual se modifica el Título IV y el Título V de la Resolución 087 de 1.997 y se dictan otras disposiciones”.

Es premisa fundamental que no tiene competencia el Tribunal para hacer pronunciamiento alguno con relación a los Actos Administrativos expedidos por la CRT. En cuanto ellos estén vigentes, el Tribunal se debe pronunciar a la Luz de ellos.

Dentro del orden de ideas que se ha venido desarrollando en este Salvamento de Voto, corresponde ahora entonces analizar que fue lo efectivamente realizado por la CRT al expedir la Resolución 463 de 2001. Para el efecto nos debemos referir tanto al texto de la Resolución propiamente dicho, como a la Circular 040 del 15 de marzo de 2002, expedida por el Director

Ejecutivo de la CRT, en la cual expresa que lo hace con el fin de **“aclarar algunos de los temas cubiertos en dicha resolución, así como el alcance de los mismos”..**

Como hemos visto, en la Resolución CRT 087 de 1997, según el texto vigente al momento en que se suscribió el contrato de Interconexión, Acceso y Uso, se FIJABA EL CARGO DE ACCESO (TÍTULO V, tarifas, CAPÍTULO IV, cargos de acceso y uso de las Redes TPBCL, TMR y TPBCLE, artículos 5.24 y 5.25) estableciendo de forma precisa, expresa y perentoria que el pago por el acceso y uso de la red, solo se PODÍA HACER EN LA MODALIDAD DE MINUTO CURSADO, estableciendo en la resolución el valor del minuto a pagar por el operador de TPBCLD a los operadores de TPBCL, TPBCLE y TMR. Bajo esta norma, acatando lo en ella ordenado y por lo tanto sin negociación alguna sobre la modalidad y valor del cargo de acceso, sino remitiéndose a lo en ella dispuesto, se suscribió el contrato.

Por su parte en la Resolución CRT 463 de 2001:

1. Dice que mediante ella se modifican los títulos IV y V de la Resolución 087 de 1997.

Al respecto debe tenerse en cuenta que en el Título V estaban incluidas las normas sobre cargos de acceso con base en las cuales se suscribió el contrato;

2. En la parte considerativa establece su fundamento, finalidad y alcance así:

(...)

Que el literal c) del artículo 74.3 de la ley 142 de 1994 señala como función especial de la CRT, la de 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 como la de fijar los cargos de acceso y de interconexión de estas redes a otras redes de telecomunicaciones.

Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 555 del 2000, todos los operadores de telecomunicaciones deben permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso de sus instalaciones esenciales a cualquier otro operador de telecomunicaciones que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

(...)

Que los cargos de acceso son un componente importante en la estructura de costos de los operadores que solicitan la interconexión y, en consecuencia, un determinante fundamental en las tarifas finales a los usuarios de los servicios de TPBCLDN, TPBCLDI, TPBCLE, TMC y PCS.” (Subrayas fuera de texto)

Siendo así en la resolución se precisa que:

- a. Lo que en ella se está haciendo es ejercer la función especial de FIJAR LOS CARGOS DE ACCESO Y DE INTERCONEXIÓN **que deben pagar los operadores de TPBCLD;**
- b. Que los cargos de acceso los deben pagar los operadores de TPBCLD para **EJERCER EL DERECHO DE UTILIZAR LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES DEL ESTADO;**
- c. Que todos los operadores de telecomunicaciones **DEBEN PERMITIR LA INTERCONEXIÓN Y ACCESO A SUS REDES** de acuerdo a los términos y condiciones establecidas por la CRT;
- d. Que los cargos de acceso son componente importante de los costos de los operadores de TPBCLD y por ende determinantes de las tarifas finales a los usuarios.

Es entonces clara y expresa la motivación y finalidad de la resolución, la cual no es otra que fijar los cargos de acceso para que los operadores que soliciten interconexión ejerzan sus derechos, y al hacerlo están controlando y regulando un componente de los costos para proteger a los usuarios finales en cuanto a la incidencia de ellos en las tarifas.

3. En su artículo 1 Adiciona la sección II del Capítulo II del Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997.

Lo que hace en este artículo es SUSTITUIR las normas contenidas en el Capítulo IV del Título V de la resolución 087 de 1997, para el caso específico de este Tribunal los artículos 5.24 y 5.25, por el nuevo artículo 4.2.2.19.

4. El nuevo Artículo 4.2.2.19, en su inciso primero es del siguiente tenor literal: “*CARGO DE ACCESO A LAS REDES DE TELEFONÍA: a partir del primero de enero de 2002, los operadores telefónicos **DEBERÁN OFRECER POR LO MENOS LAS SIGUIENTES DOS OPCIONES DE CARGOS DE ACCESO** a los operadores que les demanden interconexión”.*

Las dos opciones que establece la CRT para cobrar los cargos de acceso son:

- a. Opción 1: Cargos de acceso máximos por minuto.
- b. Opción 2: Cargos de acceso máximos por capacidad.

En cada opción se fijan los valores de los cargos de acceso que los operadores de TPBCL reciben de los operadores de otros servicios cuando estos hacen uso de sus redes. Y en el artículo 4.3.8, que también se adiciona, se establece la fórmula para la actualización de los valores de los cargos de acceso fijados en este artículo 4.2.2.19.

5. En el Artículo 5 dispone: *“Los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrá mantener las condiciones y valores vigentes en las interconexiones actualmente existentes a la fecha de expedición de la presente resolución o acogerse en su totalidad a las condiciones previstas en la presente resolución para todas sus interconexiones”.*

De lo anterior tenemos que lo realizado por la CRT en la resolución CRT-463 de 2001, la cual hace parte integral de la Resolución CRT 087 de 1997, con el texto compilado en la Resolución CRT 489 de 2002, fue sustituir la MODALIDAD ÚNICA Y OBLIGATORIA DE CARGO DE ACCESO POR MINUTO CURSADO con un valor único para los distintos operadores establecido en la resolución CRT 087 de 1997, por:

- La obligación del operador telefónico de la red de **OFRECER** a los operadores que demanden interconexión; y
- La obligación para el operador telefónico de la red de ofrecer por lo menos dos **OPCIONES. Opciones las cuales se determinan con precisión en la resolución, tanto en modalidades como en los respectivos valores por modalidad.**

Es clara y expresa la resolución:

- a. Ordena OFRECER: O sea que ordena al propietario de la red realizar una OFERTA al operador que demande la Interconexión.

Tratándose de una OFERTA para un contrato que se rige, con limitaciones, restricciones y bajo regulación especial, por el Derecho Privado ello nos lleva a lo dispuesto en los artículos 845 y siguientes del Código de Comercio, los cuales determinan que:

- i. La oferta es un negocio jurídico;
 - ii. La propuesta es irrevocable;
 - iii. El proponente, en este caso el operador telefónico de la red, no puede retractarse;
 - iv. Quien tiene la potestad o facultad de aceptar la oferta es el destinatario de ella.
- b. Pero no solo eso, sino que le ordena, al operador telefónico de la red, que la OFERTA debe contener por lo menos las dos OPCIONES que de forma expresa, con modalidades y precios, fija en el mismo artículo 4.2.2.19.

Al establecer la resolución que el operador de la red debe presentar al operador que demande interconexión por lo menos DOS OPCIONES, lo que está disponiendo es que **EL OPERADOR QUE DEMANDE INTERCONEXIÓN, para este caso EL OPERADOR DE TPBCLD, es el que tiene la libertad, la facultad, la capacidad, el derecho de elegir entre las alternativas que se le ofrecen.**

Al respecto el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos dice:

“OPCIÓN: Libertad o facultad de elegir/ 2. La elección misma/ .../4. Convenio, en que, bajo condiciones, se deja al arbitrio de una de las partes ejercitar un derecho o adquirir una cosa.”

No queda lugar a duda del tenor de la resolución CRT 463 de 2001 en el artículo 4.2.2.19, que lo realizado en ella fue ejercer la FACULTAD ESPECIAL DE FIJAR LOS CARGOS DE ACCESO, estableciendo estos por modalidades con sus respectivos valores y ordenando que el operador de la Red está obligado a formular oferta al operador que demande interconexión, oferta que debe contener como mínimo las DOS OPCIONES fijadas en la resolución y que en consecuencia **quien tiene la facultad legal para decidir sobre cual modalidad con su respectivo valor acepta para el contrato, ES EL OPERADOR DE TPBCLD.**

La CRT en la resolución 463 de 2001 faculta al operador telefónico de la red para que que en su OFERTA además de las dos opciones obligatorias por ella establecidas con precisión, incluya otras OPCIONES, caso en el cual el operador que demande la interconexión tiene el derecho y la facultad de decidir con base en todas las opciones incluidas en la oferta.

En este caso, las demás opciones que incluya en su oferta el operador telefónico de la red, deben ser completas, deben contener todos los elementos esenciales de ella o sea que deben

contener con precisión la modalidad y valores, de tal manera que el operador que demande la interconexión pueda evaluarlas y compararlas con las otras dos opciones obligatorias fijadas por la CRT.

No le es dable entonces a este Tribunal pretender dar una interpretación distinta al tenor literal y a lo expresamente dispuesto por la CRT en la Resolución 463 de 2001.

Siendo así, lo establecido por la CRT en la resolución 463 de 2001 generó de por sí un cambio en la regulación, por cuanto pasó de un CARGO DE CONEXIÓN OBLIGATORIO con valor fijo establecidos en la Resolución CRT 087 de 1997, a la obligación del operador telefónico de OFRECER, al operador que demande la interconexión, LAS DOS OPCIONES QUE DE FORMA PRECISA FIJÓ LA CRT en ejercicio de la facultad especial que le otorga la ley 142 en su artículo 74.3.c, para que el OPERADOR DE TPBCLD ejerza el derecho a escoger a su arbitrio una de las OPCIONES incluidas en la oferta.

Ahora bien, con relación a los contratos en ejecución al momento de expedición de la resolución CRT 463 de 2001, como hemos visto ella dispone:

“Artículo 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 sus interconexiones”.
(Artículo compilado en el artículo 9 de la Resolución CRT 489 de abril 12 de 2002)

Este artículo es totalmente congruente con el resto del contenido de la resolución al que nos hemos referido.

Como lo que se hizo en la resolución CRT 463 de 2001 fue derogar las normas contenidas en el Capítulo IV del Título V de la resolución 087 de 1997, para el caso específico de este Tribunal los artículos 5.24 y 5.25, SUSTITUYÉNDOLAS por el nuevo artículo 4.2.2.19. **y como los contratos de INTERCONEXIÓN, ACCESO Y USO** se habían suscrito con base en la normas que perdían vigencia, normas que establecían obligatoriamente la modalidad y valor de los CARGOS DE ACCESO que debía pagar el operador que ejerciera su derecho de interconexión al operador de la red a la cual se interconectará, o sea que al perder vigencia la norma y ser sustituida por otra, perdía vigencia la modalidad y valor del CARGO DE ACCESO con que remuneraba el operador de TPBCLD al operador telefónico de la red a la cual se interconectaba; era necesario definir esta situación generada

por la nueva norma, se generaba una situación que exigía norma de transición que la regulará.

Dentro de este orden de ideas, como lo establecido en la NUEVA NORMA OBLIGATORIA sobre CARGOS DE ACCESO, fue fijar dos modalidades con sus respectivos valores, modalidades con las cuales el operador telefónico debe formular oferta a los posibles operadores interesados en interconectarse, oferta que debe incluir como mínimo estas dos opciones, para que estos escojan y decidan cual era el cargo de acceso que pagarían, aplicando el mismo principio y regulación general establecida en la resolución, en el artículo 5 lo que dispuso la CRT fue que EL OPERADOR de TPBCLD que tuviera vigente un contrato de interconexión podía mantener las condiciones y valores del contrato vigente, o sea los de los artículos 5.24 y 5.25 de la Resolución CRT 087 de 1997, modalidad y valor del cargo de acceso obligatorios al momento de suscribir el contrato o acogerse a alguna de las dos modalidades que con su respectivo valor la CRT había establecido en esta resolución.

En otras palabras, siendo congruente con lo dispuesto en el artículo 1 de la resolución CRT 463 de 2001, en este artículo lo que se dispone para los contratos vigentes, es que el operador de TPBCLD tiene 3 opciones, a saber:

- a. EL CARGO DE ACCESO POR MINUTO CURSADO con el valor fijado en al Resolución CRT 087 de 1997, artículos 5.24 y 5.25 (O sea el cargo de acceso que regía el contrato en virtud de la norma vigente al momento de su celebración);
- b. EL CARGO DE ACCESO MÁXIMO MINUTO con su valor , fijado en el nuevo articulo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997;
- c. EL CARGO DE ACCESO MÁXIMO POR CAPACIDAD con su valor, fijado en el nuevo articulo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997

Con relación a lo dispuesto en la resolución CRT 463 de 2001 y su alcance, el Director Ejecutivo de la CRT expidió la Circular 40 de marzo 15 de 2002, la cual en sus apartes pertinentes es del siguiente tenor:

(..) LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES CRT desea aclarar algunos de los temas cubiertos en dicha resolución, así como el alcance de los mismos, los cuales se exponen a continuación:

1. Vigencia de la Resolución CRT número 463 del 27 diciembre de 2001.
(...)

Al respecto la CRT aclara que las resoluciones No. 463 y 469 fueron aprobadas en la misma sesión de la Comisión del 21 de diciembre del 2001 y que forman un cuerpo normativo integral, como las conoció el sector durante todo el tiempo de discusión de los proyectos, siendo por lo tanto las dos resoluciones complementarias y nunca contrarias.

De hecho, el Régimen Unificado de Interconexión (Resolución CRT No. 469 de 2002), es una regulación integral sobre interconexión, materia que se encontraba regulada en el Título IV de la Resolución 087, mientras que las normas sobre cargos de acceso, incluso, hacían parte de un cuerpo normativo distinto, como era el Título V.
(..)

3. Procedimiento para la aplicación de la Resolución No. CRT No. 463 de 2001.

De todas las posibles opciones de cargo de acceso los operadores interconectantes **deben ofrecer** como mínimo **las opciones** de cargos de acceso basadas en minutos o de capacidad sin perjuicio de que las partes puedan acordar otra opción. El operador solicitante deberá acogerse para la interconexión a la opción elegida para todos sus enlaces a menos que las partes acuerden algo distinto. **En caso que el operador solicitante escoja** una de las opciones contempladas en la Resolución **deberá acogerse** integralmente a ella para cada interconexión en cada lugar, de manera que no puede pedir que se le cobre por capacidad para algunos enlaces y pagar por minutos el tráfico que genere por otros enlaces, a menos que el interconectante así lo acepte.
(...)

6. Valor de los cargos de acceso diferenciales por minuto.

De acuerdo al párrafo 2 del artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT No. 087, los operadores pueden acordar cargos de acceso diferenciales para distintos horarios, pero el ponderado de éstos no debe superar los toques de referencia establecidos. En todo caso, el operador solicitante tiene derecho a que se le aplique el valor de cargo de acceso por minuto previsto en la Resolución.

7. Aplicación del nuevo régimen para operadores de TMC y TPBCLD.

Inicialmente, **el operador de TMC o de TPBCLD debe definir si se acoge** voluntariamente a lo dispuesto en la resolución CRT No. 463 o si continúa aplicando el régimen anterior en materia de cargos de acceso.

Cuando el operador de TMC o de TPBCLD voluntariamente **solicite** a cualquier operador la aplicación de lo dispuesto en la resolución CRT No. 463 deberá hacerlo de manera integral. Cuando el operador de TMC o de TPBCLD solicite a cualquier operador alguna de las opciones previstas en el artículo 5 de la resolución CRT No. 463 de 2001, **se entenderá que se acoge** en su integridad y para la totalidad de sus

interconexiones, a lo previsto en este régimen, sin perjuicio de que pueda escoger en caso de que elija acogerse a la Resolución CRT No. 463, cualquiera de las opciones previstas en dicha resolución.

(..)" (Subrayas fuera de texto)

Tenemos entonces que la CIRCULAR 40 del Director Ejecutivo de la CRT, mediante la cual se aclaran los temas y el alcance de la resolución CRT 463 de 2001 es precisa en manifestar, como lo he venido expresando en este Salvamento de Voto, que **QUIEN TIENE LA FACULTAD DE DECISIÓN tanto en caso de contrato nuevo, como del contrato en curso, de escoger entre todas las opciones previstas en la resolución y aún con relación a cualquier otra opción ofertada por el operador de la red , ES EL OPERADOR DE TPBCLD.**

En ninguna parte de la resolución CRT 463 de 2001, ni de la Circular 40 del Director Ejecutivo de la CRT se establece que la determinación del CARGO DE ACCESO obedecerá a un proceso de negociación entre las partes. Es clara la ley y es expresa la resolución, LA CRT fija los cargo de acceso y en este caso la CRT los fijó disponiendo que ellos consistían en OPCIONES que se debían ofertar al Operador que solicitara la Interconexión o que sobre ellos escogería libremente el operador de TPBCLD que tuviera contrato vigente.

No existe norma alguna en la ley, ni en la regulación que disponga, como se pretende en el laudo con relación al cual salvo voto, que EL CARGO DE ACCESO DEBE SER PRODUCTO DE UN PROCESO DE NEGOCIACIÓN. Es cierto que se debe suscribir un contrato y es cierto que las partes deben negociar algunas cláusulas del contrato, pero estas son las cláusulas que se refieren a aspectos técnicos o aspectos económicos pero, esos aspectos, los económicos, solo tiene libertad, facultad de negociación, cuando ellos son solo del interés de las partes y no del interés general, como son los cargos de acceso, que inciden directamente en la tarifa a los usuarios y por lo mismo la ley estableció que el competente para fijarlos, por función especial, es la CRT.

Como lo dice el Director Ejecutivo de la CRT en la Circular 40, la Resolución CRT 463 de 2001 **es parte de una regulación integral sobre interconexión, por lo tanto su aplicación debe hacerse dentro del contexto integral de la regulación. Veamos pues que dice esa regulación, la cual está contenida en la Resolución CRT 087 de 1997:**

1. En el artículo 1.2 de la resolución se adoptan definiciones para efectos de interpretación de la resolución. Entre las definiciones adoptadas está:

“Oferta Básica de Interconexión –OBI: Es el proyecto de negocio que un operador pone en conocimiento general y que contiene los elementos esenciales para la interconexión (Definición adicionada por la resolución 469 de 2002, artículo 2).

Llamo la atención sobre esta definición por que, como he manifestado, ella demuestra que la CRT en la regulación sobre interconexión (la cual está comprendida en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 469 de 2002, aprobadas el mismo día como regulación integral, según lo ha manifestado el Director Ejecutivo de la CRT) lo que decidió es que la interconexión de redes se hace mediante un PROCESO DE OFERTA QUE DEBE HACER EL OPERADOR TELEFÓNICO DE LA RED A todo operador que pueda tener interés en interconectarse a ella.

2. El **TÍTULO IV de la Resolución contiene el RÉGIMEN UNIFICADO DE INTERCONEXIÓN – RUDI. En este régimen:**

a. En el **artículo 4.1.2. se establece el OBJETO DE LA INTERCONEXIÓN así:**

“La interconexión tiene por objeto hacer posible el ejercicio del derecho de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones a comunicarse con otros usuarios de dichos servicios, ya sea de Colombia o del exterior, así como a disfrutar de las facilidades de la red sobre la cual se prestan, sin distinción del operador que les preste el servicio, de conformidad con la ley y la regulación.”

Es importante hacer énfasis que LA INTERCONEXIÓN es UN DERECHO DE LOS USUARIOS y por lo mismo una obligación de los operadores.

- b. En el artículo 4.2.1.1. se establece el derecho de todos los operadores a solicitar y a que se les otorgue interconexión;
- c. En el artículo 4.2.1.3. se regula el principio de la buena fe y el derecho y la obligación de adelantar *“de buena fe un proceso de negociación directa para la celebración de contratos de acceso, uso e interconexión con otros operadores que así lo soliciten”*.

Es entonces cierto que la resolución CRT 087 de 1997 dispone que el operador de la red tiene que adelantar un proceso de negociación de buena fe con el operador que le solicite interconexión, **pero ese proceso es únicamente**

en aquellos aspectos que SON NEGOCIABLES, QUE LAS PARTES TIENEN CAPACIDAD DE NEGOCIACIÓN y como hemos visto, la facultad de FIJAR LOS CARGOS DE ACCESO es de la CRT y está ha fijado los cargos de acceso disponiendo dos opciones que el operador de la red debe ofrecer al operador solicitante de interconexión.

- d. En el artículo 4.2.1.5 “*NO DISCRIMINACIÓN Y NEUTRALIDAD*”, establece que los contratos de acceso, uso e interconexión se deben regir por este principio. Dispone que “*se considera discriminatorio, el incumplimiento del principio de Acceso igual – Cargo igual*”, pero en ningún momento dice que los cargos de acceso lo negocian las partes y no lo puede decir, por cuanto ello sería contradictorio con relación al resto de la regulación.
- e. En el artículo 4.2.1.6. “*REMUNERACIÓN*”, se refiere a la remuneración que debe recibir el operador de la red, disponiendo que ella debe ser “*una contraprestación razonable por el uso de su infraestructura y por la prestación de servicios a otros operadores con motivo de la interconexión*”. Este artículo al referirse a la remuneración comprende los dos aspectos como son LOS CARGOS DE ACCESO, los cuales remite al “*régimen de prestación de cada servicio*”, el cual como hemos visto son CARGOS DE CONEXIÓN FIJADOS POR LA CRT, y a los costos de interconexión, los que son materia del artículo siguiente.
- f. En el **Artículo 4.2.1.7. “Costos De Acceso, Uso e Interconexión”** establece que “*Los operadores podrán negociar libremente los costos de acceso, uso e interconexión a sus redes...*”.

Debo hacer énfasis en este punto, por cuanto ES EXPRESA LA REGULACIÓN AL DISPONER QUE LOS COSTOS DE ACCESO SI PUEDEN SER NEGOCIADOS LIBREMENTE POR LOS OPERADORES.

En otras palabras, mientras la regulación FIJA LOS CARGOS DE ACCESO, ESTABLECE DOS OPCIONES y dispone que el operador de la red debe ofrecer por lo menos estas dos opciones al operador que demande interconexión, en materia de COSTOS DE ACCESO si establece que estos se negocian libremente.

Si la CRT hubiera establecido en la regulación que los cargos de acceso son negociables, así lo hubiera dispuesto

de forma clara y expresa y no hubiera FIJADO dichos cargos y establecido como obligación del operador de la red que ofrezca opciones al operador que demande interconexión.

- g. El artículo 4.2.1.8 se refiere a los costos para la provisión de los elementos, funciones y servicios necesarios para efectuar la interconexión. O sea a un factor económico del contrato, pero diferente a los CARGOS DE ACCESO.
- h. El artículo 4.2.1.9 se refiere a los costos adicionales por conceptos de puntos de interconexión.
- i. El artículo 4.2.1.10 se refiere a los costos de los servicios adicionales, la provisión de instalaciones no esenciales y la utilización de espacio físico. Al respecto dispone la regulación:

“Los operadores tienen la obligación de negociar de buena fe la prestación de servicios adicionales, la provisión de instalaciones no esenciales y la utilización de espacio físico para la colocación de los equipos requeridos para la interconexión.

Los precios por la prestación de estos servicios y la provisión de las mencionadas instalaciones o espacio físico, deben estar orientados a costos más una utilidad razonable.

La facturación y el cobro por cada servicio adicional y por la provisión de espacio físico o de instalaciones no esenciales, debe hacerse en forma separada.

Las condiciones para la prestación de los servicios anteriormente mencionados, deben aparecer explícitamente en el contrato suscrito entre los operadores o en el acto administrativo de imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión.”

Tenemos nuevamente que la regulación del servicio de telecomunicaciones y específicamente la atinente a interconexión, establece que puede haber una negociación económica en estos costos, pero no en todo lo atinente a valor del contrato, pues para los CARGOS DE ACCESO no hay norma que autorice negociación, sino que se fijaron las modalidades con sus valores y se ordenó ofrecerlas.

- j. En el artículo 4.2.1.2. se establece que *“Los operadores de servicios de telecomunicaciones están en libertad de negociar con los demás operadores la adopción de la norma de señalización ...”*.

Tenemos nuevamente que la regulación establece de forma expresa y taxativa que es lo que puede ser materia de negociación entre las partes.

k. En el “CAPITULO IV NEGOCIACIÓN DIRECTA E IMPOSICIÓN DE SERVIDUMBRES”, la regulación establece:

“ARTICULO 4.4.11. CONTENIDO DE LA OFERTA BÁSICA DE INTERCONEXIÓN - OBI - Y DE LOS CONTRATOS Y SERVIDUMBRES DE ACCESO, USO E INTERCONEXIÓN

La Oferta Básica de Interconexión - OBI, y los contratos y servidumbres de interconexión, deben contener por lo menos la siguiente información:

1 . Parte General: *Descripción de los servicios y facilidades de interconexión, de los servicios adicionales y de la provisión de instalaciones no esenciales incluyendo las requeridas para la interconexión y sus precios debidamente desglosados; los procedimientos que serán utilizados para el intercambio de la información necesaria para el buen funcionamiento y la adecuada calidad de las redes o de los servicios de telecomunicaciones; las medidas a tomar por cada una de las partes para garantizar la privacidad de las comunicaciones de los usuarios y de la información manejada en las mismas, cualquiera que sea su naturaleza y su forma; los procedimientos a seguir para el intercambio de cuentas, aprobación de facturas y liquidación y pago de las mismas; la duración del contrato o servidumbre y procedimientos para su renovación; el procedimiento para revisar el contrato; los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión; las causales para la suspensión o terminación del contrato o servidumbre de interconexión; los cargos de acceso y uso de la red, cuando a ello haya lugar; el cronograma de labores o desarrollo de la interconexión; las garantías; y las sanciones por incumplimiento.*

(...)

Como lo hemos manifestado, la regulación establece la obligación del operador de la red telefónica de formular oferta, oferta que debe contener los cargos de acceso, consistiendo estos en opciones que como mínimo deben ser las dos establecidas por la CRT en la resolución 463 de 2001.

Es clara y expresa la regulación en que para la celebración del contrato de Interconexión, Acceso y Uso se debe adelantar una negociación entre los operadores, **pero esa negociación solo es en cuanto a los aspectos que permite la regulación, y en materia de los aspectos económicos la regulación es taxativa sobre qué puede ser materia de negociación, NO ESTANDO INCLUIDA EN ESA POSIBILIDAD DE NEGOCIACIÓN LOS CARGOS DE ACCESO, pues ellos son**

FIJADOS POR LA CRT y ella, en la regulación vigente a partir del 1 de enero de 2002, dispuso que EL OPERADOR DE LA RED DEBE OFRECER OPCIONES DE CARGOS DE ACCESO AL OPERADOR QUE SOLICITE INTERCONEXIÓN, OPCIONES QUE COMO MÍNIMO DEBEN SER LAS DOS FIJADAS POR LA CRT y corresponde al operador que demande la interconexión escoger libremente sobre las opciones ofertadas.

MODIFICACIÓN DEL CONTRATO SUSCRITO ENTRE TELEPALMIRA S.A. E.S.P. Y ORBITEL S.A. E.S.P.

Realizado el análisis anterior y habiendo establecido con claridad absoluta:

- ✓ Que la Ley otorga facultad especial a la CRT para fijar los CARGOS DE ACCESO;
- ✓ Que el CARGO DE ACCESO que regía la relación contractual materia del contrato de Interconexión, Acceso y Uso suscrito entre TELEPALMIRA S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P. el 28 de febrero de 2000, no fue el producto de una negociación o acuerdo entre las partes, sino que el mismo, tanto en modalidad como valor, era el establecido por la CRT en la resolución 087 de 1997, CARGO DE ACCESO OBLIGATORIO para las partes en virtud de la intervención del Estado y Regulación del servicio público;
- ✓ Que de forma expresa TELEPALMIRA S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P. establecieron en el contrato que el Valor de los cargos de acceso serían pagados por ORBITEL conforme a las condiciones establecidas en la Resolución 087 de la CRT **y las demás normas que lo reglamenten, regulen o modifiquen; lo cual se precisó en el anexo 2 financiero, estableciendo que los cargos de acceso se pagarían “DE ACUERDO A LO DEFINIDO EN LAS RESOLUCIONES CRT 087 DE 1997 O LO DEFINIDO EN LAS NORMAS QUE MODIFIQUEN, ADICIONEN O SUSTITUYAN A LAS NORMAS CITADAS”;**
- ✓ Que la CRT en la resolución 463 de 2001 derogó la modalidad y valor de cargo de acceso establecido originalmente en la resolución CRT 087 de 1997, introduciendo a ella nuevo articulado en el cual estableció nuevas modalidades y valores para los cargos de acceso, disponiendo que el operador telefónico debía ofrecer a los operadores solicitantes por lo menos las opciones

establecidas por la CRT y que en el caso de los contratos vigentes los operadores de TPBCLD podían escoger entre mantener los cargos de acceso que regían el contrato según lo dispuesto en la norma vigente cuando se suscribieron o escoger algunas de las opciones establecidas en los nuevos cargos de acceso fijados por la CRT.

Corresponde ahora analizar el desarrollo del contrato a la luz de esta nueva regulación, según las pruebas aportadas por las partes al expediente:

1. Cuaderno No. 2 Prueba Documental aportada por la Convocante, folios 001 y 002; y Cuaderno No. 3 Contestación Demanda y Pruebas, folios 111 y 112.

Con fecha enero 11 de 2002 mediante comunicación 31436 el Segundo Suplente del Representante Legal de ORBITEL se dirigió al Gerente de TELEPALMIRA en los siguientes términos:

*“ASUNTO: Liquidación de cargos de acceso por capacidad.
(..)*

De conformidad con lo establecido por la Resolución CRT-463 del 2001, Orbitel se permite informar que a partir del primero de enero del presente año se acoge a la opción de cargos de acceso por capacidad para remunerar el uso de la red de Telepalmira, según el valor de arrendamiento mensual de enlaces E1 de 2.048 Kbps que fijó la citada Resolución.

En la tabla adjunta se presenta el número de enlaces E1 requeridos por Orbitel para la interconexión; este número de enlaces fue calculado teniendo en cuenta los criterios y condiciones indicados en la Resolución arriba mencionada.

(..)

Tenemos entonces que ORBITEL S.A. E.S.P., operador de TPBCLD, ejerció el derecho, la facultad establecida en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001, de escoger entre mantener **las condiciones y valores** que regían el contrato según EL CARGO DE ACCESO FIJADO POR LA CRT en la resolución 087 de 1997, norma vigente al suscribir el contrato y las OPCIONES DE CARGOS DE ACCESO FIJADAS POR LA CRT en la resolución 463 de 2001, nuevos artículos de la Resolución CRT 087 de 1997, o sea los CARGOS DE ACCESO FIJADOS POR LA CRT para que rigieran a partir del 1 de enero de 2002;

2. Cuaderno No. 3 Contestación Demanda y Pruebas, folio 113.

Con fecha marzo 11 de 2002 el Gerente General de TELEPALMIRA S.A. E.S.P. mediante comunicación 017793 da respuesta a la comunicación de ORBITEL S.A. E.S.P. La comunicación es del siguiente tenor:

“Marzo 11 de 2002 . 017793.

“Referencia: Su comunicación de enero 11 de 2002.

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

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

(...)

Con el fin de agilizar el proceso propuesto le informamos que en representación de TELEPALMIRA actuarán en el proceso los doctores: Claudia María Jiménez Isaza, Fernando Camacho y Amparo Lucy Lombana, personas que han estado presentes a través de los Comités Mixtos de Interconexión y, quienes se pondrán en contacto con ustedes para concretar el procedimiento que seguiremos en la negociación.”. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Con relación a esta comunicación es importante hacer énfasis en:

- a. Reconoce TELEPALMIRA S.A. E.S.P. que la resolución CRT 463 de 2001 por si sola tiene IMPLICACIONES DE ORDEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL en el contrato;
- b. Reconoce que la Resolución CRT 463 de 2001 SE APLICA al contrato;

- c. Reconoce que la Resolución CRT 463 de 2001 tiene implicaciones económicas tanto para TELEPALMIRA S.A. E.S.P., como para todo el sector de telecomunicaciones;
- d. Propone adelantar negociación sobre la disponibilidad de capacidad en cargos por acceso. La negociación que propone no es sobre los cargos de acceso, sino sobre capacidad;
- e. CONSIDERA que *la negociación es el instrumento eficaz para materializar la eficiencia del uso de infraestructura de telecomunicaciones en cuanto a la interconexión se refiere*. Siendo así, la negociación propuesta es sobre aspectos técnicos y administrativos y no sobre los cargos de acceso;
- f. Designa a los representantes de TELEPALMIRA S.A. E.S.P. en el CMI para concretar el procedimiento de la negociación que sugiere.

3. Cuaderno No. 2 Prueba Documental aportada por la Convocante, folios 003 al 005; y Cuaderno No. 3 Contestación Demanda y Pruebas, folios 258 al 263.

El día 19 de marzo de 2002 se reunió el COMITÉ DE CONCILIACIÓN DE CUENTAS del contrato. En el acta respectiva consta:

*“ACTA DE CONCILIACIÓN 0033
TELEPALMIRA S.A. E.S.P. – ORBITEL S.A. E.S.P.*

FECHA: 19 de marzo de 2002.

LUGAR: Oficina TELEPALMIRA

Hora:

*ASISTENTES: Amparo Lucy Lombana por TELEPALMIRA
Carlos Arturo Orozco por ORBITEL*

.....

INFORMACIÓN RELEVANTE EN LA CONCILIACIÓN

.....

Orbitel solicitó conciliar los cargos de acceso por capacidad según resolución No. 463 de la CRT y Telepalmira considera que estos se deben liquidar por minuto, mientras se define al interior del CMI o por decisión de las autoridades del Sector. Por consiguiente las partes acuerdan liquidar por minuto y por tanto la presente conciliación queda como provisional.

El valor del cargo de acceso esta sujeto a cambio de acuerdo con los lineamientos que indique la CRT, según consulta

realizada por los operadores. Igualmente en la próxima conciliación se procederá a realizar el ajuste respectivo.

.....” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De lo que consta en esta acta del comité de conciliación de cuentas, en el cual representó a TELEPALMIRA S.A. E.S.P. una de las personas delegadas por el Representante Legal de esta sociedad para dar trámite al memorial de ORBITEL por el cual se acogió a la modalidad de CARGOS DE ACCESO POR CAPACIDAD establecido en la resolución CRT 463 de 2001, es importante hacer énfasis en los siguientes puntos:

- a. ORBITEL S.A. E.S.P., operador de TPBCLD que se había acogido al CARGO DE ACCESO POR CAPACIDAD en los términos de la resolución CRT 463 de 2001, insiste que se liquide con base en esta modalidad;
 - b. La representante autorizada por el representante legal de TELEPALMIRA S.A. E.S.P., manifiesta que se debe seguir liquidando el cargo de acceso por minuto hasta que decida el CMI o hasta que se pronuncie la CRT según consulta realizada por los operadores.
 - c. No obra en el expediente, pero es un acto administrativo publicado por la CRT, la circular 40 del Director Ejecutivo de la CRT de fecha marzo 15 de 2002, en la cual dando respuesta a varias consultas de los operadores aclara algunos temas de la resolución y el alcance de los mismos. Circular a la cual ya me he referido.
4. Cuaderno No. 2 Prueba Documental aportada por la Convocante, folios 006 al 008 y Cuaderno No. 3 Contestación Demanda y Pruebas, folios 114 y 115.

El día 22 de marzo de 2002 se realizó reunión del CMI entre ORBITEL y las empresas filiales de TRANSTEL S.A.

Es importante precisar, como consta en el expediente, que TELEPALMIRA S.A. E.S.P. es una EMPRESA FILIAL DE TRANSTEL S.A.

En el acta de esta reunión consta que a ella asistieron:

CLAUDIA MARÍA JIMÉNEZ, FERNANDO CAMACHO y AMPARO LUCY LOMBANA, o sea los miembros del CMI de Telepalmira, delegados por el Representante Legal de Telepalmira S.A. E.S.P. en la comunicación 017793 de marzo 11 de 2003, para que dieran trámite al memorial de ORBITEL

S.A. E.S.P. en el cual esta empresa se acogió a la opción de CARGOS DE ACCESO POR CAPACIDAD.

En el acta de esta reunión del CMI consta:

(..)

2. Aplicación Resolución CRT-463.

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

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

Orbitel está de acuerdo en cuanto a fijar un plazo de negociación de 40 días para acordar las condiciones a las que se refiere el parágrafo 3 del Artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT-87, y para que las partes examinen la posibilidad de adoptar por mutuo acuerdo un esquema alternativo al de minutos o al de capacidad para liquidar cargos de acceso. Sin embargo Orbitel no está de acuerdo con que se continúen liquidando por minutos los cargos de acceso donde optó por la alternativa de cargos por capacidad, ya que la circular CRT-40 aclaró la vigencia y alcance de la Resolución CRT-463, y por lo tanto los cargos de acceso por el tráfico cursado en febrero deben liquidarse por capacidad para Unitel, Telepalmira, Bugatel y Teléfonos de Cartago, lo anterior sin perjuicio de que se modifique esta situación para las telefónicas donde se llega a un mutuo acuerdo.

No obstante lo que se acaba de plantear, los representantes a este CMI harán consultas internas y se comprometen a promover una respuesta formal de sus Representantes legales sobre las propuestas formuladas en esta reunión. Se buscará que dichas respuestas sean enviadas antes del 7 de abril, fecha en que deben comenzar a realizarse las conciliaciones de cuentas que involucran tráfico cursado en febrero.

(..)

En esta acta es claro que:

- a. Las partes han estudiado el alcance de la Resolución CRT 463 de 2001 y de la Circular CRT-40 de marzo 15 de 2002;
- b. ORBITEL S.A. E.S.P. insiste que ya se ha acogido al CARGO DE ACCESO POR CAPACIDAD en los

terminos de la resolución CRT 463 de 2001 y que la vigencia y alcance de esta resolución ya fueron aclarados por la CRT en la circular 40;

- c. Los representantes designados por el Representante Legal de TELEPALMIRA S.A. E.S.P. en la comunicación 017793, pese a lo dispuesto en la resolución CRT 463 de 2001 y la circular 40, insisten en que se deben continuar liquidando los cargos por acceso con base en minutos, pero manifestando y aceptando que **“Si el proceso de negociación no ha concluido en los 40 días arriba indicados, en TELEPALMIRA ... se liquidarían cargos por capacidad por el trafico cursado a partir de marzo.”**;
- d. Se manifiesta que, sin perjuicio de la posición expresada por cada parte, los representantes del CMI harán consultas internas y se tendrá una respuesta *“antes del 7 de abril, fecha en que deben comenzar a realizarse las conciliaciones de cuentas que involucran tráfico cursado en febrero.”*

5. Cuaderno No. 3 Contestación Demanda y Pruebas, folios 269 a 273.

El día 22 de mayo de 2002 se reunió el Comité de Conciliación de cuentas de TELEPALMIRA S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P. En esta reunión por TELEPALMIRA participó la doctora AMPARO LUCY LOMBANA, o sea una de las delegadas por el Representante Legal de Telepalmira.

En la parte pertinente del acta consta:

“INFORMACIÓN RELEVANTE EN LA CONCILIACIÓN

Según lo acordado en el último CMI celebrado el día 22 de marzo 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.

*El valor del cargo de acceso por capacidad para la liquidación del presente mes presentada por Telepalmira es de \$ 12.277.515 y a la fecha se tiene un total de **8 E1's** en la interconexión entre Telepalmira y Orbitel.*

Orbitel manifiesta que la tarifa que tiene calculada para el pago de cargos de acceso por capacidad para Telepalmira es de \$12'277.758, las partes acuerdan realizar una consulta interna para verificar cual de las dos tarifas es la correcta y si es del caso en la próxima conciliación realizar los respectivos ajustes.

(...).

REVISIÓN ASUNTOS PENDIENTES DE LA ANTERIOR CONCILIACIÓN

- *Esta pendiente aclarar la diferencia por tarifa de cargo de acceso de las liquidaciones realizadas para los meses de enero y febrero de 2002.*

(...)

Tenemos entonces que en este comité de conciliación de cuentas, la representante designada por el representante legal de TELEPALMIRA S.A. E.S.P, haciendo referencia al CMI de marzo 22 de 2002, reconoce de forma expresa que los CARGOS DE ACCESO se cancelarán a partir de este mes por capacidad, según la metodología de la resolución CRT 489 de 2002 (Resolución que compiló la CRT 463 de 2001).

Es de recordar que en el CMI de marzo 22 se había manifestado que sobre el tema se realizarían consultas internas y que se tendría respuesta de los representantes legales antes del 7 de abril de 2002, para con base en ello proceder a las conciliaciones de cuentas, que es lo que se está haciendo en esta acta.

Siendo así y sin perjuicio que en los términos de la ley y de la resolución 463 de 2001 los cargos de ACCESO son fijados por la CRT; que esta los fijó y dispuso que en los contratos en curso el operador de TPBCLD tenía derecho a escoger entre las condiciones y valores vigentes o las opciones establecidas en la resolución 463 de 2001, TELEPALMIRA S.A. E.S.P. reconoció de forma expresa que a partir del mes materia de esa conciliación de cuentas se CANCELABAN LOS CARGOS DE ACCESO POR CAPACIDAD SIGUIENDO LA METODOLOGIA DE LA RESOLUCIÓN 489 DE LA CRT.

6. Cuaderno No. 2 Prueba Documental aportada por la Convocante, folios 009 al 012

El día 31 de mayo de 2002 se efectuó reunión de CMI entre ORBITEL y las Empresas Filiales de Transtel. A esta reunión, según consta en el acta No. 2, asistieron CLAUDIA MARÍA JIMÉNEZ, FERNANDO CAMACHO y AMPARO LUCY LOMBANA, o sea las personas delegadas por el Representante Legal de TELEPALMIRA para tramitar el memorial de ORBITEL S.A. E.S.P. de enero 11 de 2002, mediante el cual se acogió al sistema de CARGOS DE ACCESO POR CAPACIDAD.

En el acta de esta reunión del CMI consta:

“1. Visión de la nueva regulación sobre cargos de acceso.

Se intercambiaron puntos de vista sobre el efecto que la Resolución 463/489 y el proyecto de Resolución sobre local extendida, generarán en la competencia en los servicios local y de larga distancia, así como en las ofertas comerciales y las tarifas que desarrollarán los operadores de telefonía fija (local, larga distancia, regional y nacional) en los segmentos masivo y corporativo.

Se planteó la importancia de establecer acuerdos comerciales, que permitan lograr el incremento de tráfico, con el fin de que los operadores locales puedan compensar la disminución de ingresos que en el corto plazo causará el nuevo marco regulatorio para los cargos de acceso.

2. Acciones de mercadeo que agregarían valor al negocio de telefonía fija:

*Para el negocio de larga distancia, el esquema de cargos por capacidad rompe el paradigma de un costo de acceso a las redes locales de \$116/minuto (7 x 24). Este cambio dinamizará el mercado de larga distancia regional y nacional (y posiblemente el mercado local) Seguramente el negocio de telefonía fija seguirá la línea:
(...)*

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. **Las compañías Unitel y Telepalmira ya se concilian 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.*

(...)

Según esta acta, la cual no solo es del CMI, órgano contractual que, como consta en el contrato tiene capacidad para resolver conflictos entre las partes, sino que para este caso específico quienes participaron estaban expresamente autorizados por el representante legal de TELEPALMIRA:

- a. TELEPALMIRA S.A. E.S.P y ORBITEL S.A. E.S.P. Reconocen que es un nuevo marco regulatorio que se aplica al contrato;
- b. Que el marco regulatorio contenido en las resoluciones 463 y 489 tienen efecto económico en el contrato;

- c. Que el cambio introducido con el esquema de cargos de acceso por capacidad dinamizará el mercado de larga distancia regional y nacional;
- d. Proponen adelantar acciones conjuntas para la formulación de planes comerciales más atractivos para los usuarios;
- e. **Se deja expresa constancia que a la interconexión entre TELEPALMIRA S.A. E.S.P y ORBITEL S.A. E.S.P. YA SE LE APLICA EL CARGO DE ACCESO POR CAPACIDAD, O LO QUE ES LO MISMO YA SE LE APLICA LA OPCIÓN ESCOGIDA POR ORBITEL S.A. E.S.P. de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001;**
- f. Se acuerda que se debe redactar un acta modificatoria de los contratos, acta en la cual se definan los siguientes temas:
 - Subdimensionamiento y penalizaciones;
 - Grado de Servicio;
 - Sobredimensionamiento y tiempo mínimo de permanencia.

Tenemos entonces que es absolutamente clara el acta del CMI; la interconexión materia del contrato de INTERCONEXIÓN, ACCESO Y USO suscrito en el 2000 entre TELEPALMIRA S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P. se paga mediante CARGOS DE ACCESO POR CAPACIDAD en los términos de las resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002.

Se acuerda que se debe redactar una acta modificatoria de los contratos, **pero no para modificar este en lo atinente al cargo de acceso, sino en lo relacionado al Subdimensionamiento y penalizaciones, grado de servicio y Sobredimensionamiento y tiempo mínimo de permanencia. Temas estos consecuencia de que el cargo de acceso se pague por capacidad. No se incluye en el acta que se debe modificar el contrato en cuanto al CARGO DE ACCESO, por cuanto EL CARGO DE ACCESO SE FIJA POR LA CRT y además de ello en el contrato se estableció de forma clara y expresa que los cargos de ACCESO SE PAGARÍAN DE ACUERDO A LO DEFINIDO EN AL RESOLUCIÓN 087 DE 1997 , o lo definido en las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan. O sea que no solo corresponde el CARGO DE ACCESO A UNA REGULACIÓN LEGAL, SINO QUE ASÍ ESTABA CLARAMENTE ESTABLECIDO EN EL CONTRATO.**

7. Cuaderno No. 3 Contestación Demanda y Pruebas, folios 274 a 281.

El día 25 de junio de 2002 se reunió el COMITÉ DE CONCILIACIÓN DE CUENTAS de TELEPALMIRA S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P. Por TELEPALMIRA actuó nuevamente la doctora AMPARO LUCY LOMBANA.

En el acta consta:

“INFORMACIÓN RELEVANTE EN LA CONCILIACIÓN

Según lo acordado en el último CMI celebrado el día 22 de marzo de 2002, a partir del mes de Mayo se cancelan los cargos de acceso por capacidad siguiendo la metodología de la resolución 489 de la CRT.

*El **valor de cargo de acceso por capacidad** para la liquidación del presente mes **presentada por Telepalmira** es de \$ 12'323.015 y a la fecha se tiene un total de **8 E1's** en la interconexión entre Telepalmira y Orbitel.*

*Orbitel manifiesta que la tarifa que tiene calculada para el pago de cargos de acceso por capacidad para Telepalmira es de \$12'322.946, presentándose una pequeña diferencia de \$69 debido a la cantidad de decimales con los cuales se calcula dicho valor. **Se acuerda trabajar con el valor presentado por Telepalmira** y en casos donde la diferencia supere los \$2.000 pesos se debe revisar el cálculo. (...).”*

De todo lo anterior en cuanto a si el contrato se modificó o no, se tiene:

- La Ley otorgó a la CRT la facultad de fijar los cargos de acceso;
- La regulación vigente al momento de suscribirse el contrato materia de este Tribunal, establecía de forma expresa y perentoria LA MODALIDAD DE CARGO DE ACCESO Y TARIFA que debía pagar el operador que solicitará interconexión;
- En el contrato se pactó de forma clara y expresa que el cargo de acceso que pagaría ORBITEL S.A. E.S.P. a TELEPALMIRA S.A. E.S.P. era el fijado por la resolución CRT 087 de 1997 o la norma que la sustituyera o modificara;
- La CRT en la resolución 463 de 2001, compilada en al Resolución CRT 489 de 2002, modificó la MODALIDAD DE CARGO DE ACCESO y sus valores, FIJANDO nuevas modalidades y valores y disponiendo que el operador de TPBCLD escogería entre mantener las condiciones y valores vigentes o acogerse a una de las opciones establecidas en

dicha resolución. Esta nueva regulación SE INCORPORÓ COMO PARTE DE LA RESOLUCIÓN CRT 087 de 1997;

- ORBITEL S.A. E.S.P. ejerció el derecho que le daba la resolución CRT 463 de 2001 y se acogió al CARGO DE ACCESO POR CAPACIDAD con el valor establecido en la resolución;
- TELEPALMIRA S.A. E.S.P. tramitó el memorial de ORBITEL S.A. E.S.P. en que se acogió a la nueva modalidad de cargo de acceso, aceptó que al contrato se aplicaba el cargo de acceso por capacidad y con base en ello, concilió y pagó dos meses con CARGO DE ACCESO POR CAPACIDAD con la metodología establecida en la resolución CRT 463 de 2001, compilada en la CRT 489 de 2002.

No se trata pues de una modificación al contrato propiamente dicho, sino del cumplimiento de la regulación del servicio, del cargo de acceso fijado por autoridad competente y de lo estipulado de forma expresa en el contrato.

Cosa distinta es que posteriormente Telepalmira S.A. E.S.P. desconoció la nueva realidad jurídica y contractual que ella ya había reconocido, no solo en el CMI (órgano legal y contractual con capacidad para solucionar conflictos) y en el comité de conciliación de cuentas, sino que había liquidado y efectuado los pagos con la modalidad de CARGOS DE ACCESO POR CAPACIDAD, con el valor y metodología establecida en la resolución CRT 463 de 2001, compilada por la resolución CRT 489 de 2002.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE ORBITEL S.A. E.S.P. CON RELACIÓN A LOS MECANISMOS ACORDADOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Esta claramente establecido en el proceso que lo que originó la convocatoria de este Tribunal de Arbitramento es un conflicto contractual que surgió con relación a interpretación, aplicación y cumplimiento del contrato de Interconexión, Acceso y Uso suscrito el 28 de febrero de 2000.

Está también claramente establecido que en el contrato las partes pactaron mecanismos de solución de controversias contractuales (Cláusula vigésima tercera del contrato), estipulando que cuando las diferencias no pudieran ser solucionadas de forma amigable por las partes, en cualquier momento la controversia podría ser sometida a decisión de un Tribunal de Arbitramento.

Tenemos en el presente caso, como ha quedado analizado y esta probado en el expediente que el CARGO DE ACCESO aplicable al CONTRATO, ES EL CARGO DE ACCESO MÁXIMO POR CAPACIDAD fijado por la CRT en la resolución 463 de 2001, al cual se acogió ORBITEL S.A. E.S.P., modalidad de CARGO DE ACCESO que TELEPALMIRA S.A. E.S.P. reconoció era la que se aplicaba al contrato y con base en ello concilió cuentas y efectuó pagos, **desconociendo posteriormente TELEPALMIRA S.A. este acuerdo contractual.**

Conflicto que generado se mantiene según consta en las actas de Conciliación de Cuentas que obran en el expediente, siendo la última de ellas el acta de conciliación 0084 de JUNIO 23 de 2006, o sea que inclusive a la fecha en que este Tribunal ya había sido convocado seguían las partes reconociendo en las actas de conciliación de cuentas que existía una controversia contractual que debía ser dirimida por los medios pactados en el contrato.

Siendo así, ORBITEL S.A. E.S.P. para solucionar el conflicto debió haber recurrido al Juez del Contrato, el cual en el presente caso es EL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO, mecanismo pactado entre las partes.

Como ORBITEL S.A. E.S.P. no dio aplicación a la cláusula vigésima tercera del contrato, efectivamente incumplió el contrato.

Sin perjuicio de ello debe tenerse en cuenta que también TELEPALMIRA S.A. E.S.P. incumplió el contrato, pues no obstante lo expresamente pactado en él, ser concedora de la regulación contenida en la resolución CRT 463 de 2001, habiendo recibido el memorial de ORBITEL S.A. E.S.P. en el cual se acogía a la modalidad de CARGOS DE ACCESO POR CAPACIDAD y habiendo reconocido que era la modalidad de CARGOS DE ACCESO que se aplicaba al contrato, habiendo consolidado cuentas con esa modalidad y efectuado pagos con base en ella y según la metodología de las resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002, posteriormente desconoció todos estos hechos e incumplió el contrato, lo cual dio lugar a la controversia contractual que la misma TELEPALMIRA S.A. E.S.P. trajo a conocimiento de este Tribunal de Arbitramento.

Con base en los análisis realizados en este salvamento de voto, al laudar, en el orden de las pretensiones impetradas, se debió haber resuelto:

PRIMERA: El Contrato de Interconexión, Acceso y Uso suscrito entre TELEPALMIRA S.A. E.S.P. y ORBITEL S.A. E.S.P. el 28 de febrero de 2000, se rige por el Derecho Privado, en lo no regulado específicamente por las disposiciones establecidas en la ley de servicios públicos domiciliarios, y por las demás normas emanadas de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones dentro de su competencia, según lo previsto en la ley 142 de 1994 y la cláusula vigésima sexta del contrato;

SEGUNDA Y TERCERA: El Contrato de Interconexión, Acceso y Uso suscrito el 28 de febrero de 2000 en lo relacionado con los CARGOS DE ACCESO, de conformidad con la Constitución y la ley, se rige por los cargos fijados por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y la regulación sobre la materia. En el contrato se estableció de forma expresa que los cargos de acceso serían pagados de acuerdo a lo definido en la resolución 087 de 1997 o lo definido en las normas que modifiquen, adicionen o sustituyan esta resolución. Toda vez que la Resolución 087 en lo relacionado con los cargos de acceso fue adicionada y modificada mediante la resolución 463 de 2001, lo dispuesto en esta resolución compilada en la Resolución 489 de 2002 es lo que rige a este contrato en materia de cargos de acceso.

CUARTA: La forma de remuneración de los cargos de acceso por minutos establecida en el contrato suscrito el 28 de febrero de 2000 no fue pactada por las partes, sino que ella corresponde a lo ordenado en los artículos 5.24 y 5.25 de la Resolución CRT 087 de 1997. La modalidad de cargos de acceso fue modificada por la Resolución 463 de 2001 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de esta Resolución ORBITEL S.A. E.SP. se acogió a la modalidad de CARGO DE ACCESO POR CAPACIDAD, modalidad que rige el contrato desde enero de 2002.

QUINTA: Declarar que ORBITEL S.A. E.S.P. NO INCUMPLIÓ la cláusula Décima del Contrato y si incumplió la cláusula Vigésima Tercera, por cuanto para dirimir el conflicto generado por el Incumplimiento de TELEPALMIRA S.A. E.S.P. en cuanto al CARGO DE ACCESO, no recurrió a Tribunal de Arbitramento como era lo pactado en el contrato.

En los anteriores términos dejo expresadas las razones que muy respetuosamente me llevan a apartarme de la decisión

mayoritaria expresada en el laudo dictado en este proceso arbitral. Cali, marzo 20 de 2007.

FERNANDO JORDÁN MEJÍA
Arbitro