



RESOLUCIÓN No. **5370** DE 2018

"Por la cual se resuelve una solicitud de solución de controversia entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. relacionada con la determinación del valor que por concepto de cargos de acceso"

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, y especialmente las que le confieren el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 y,

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

1.1. Antecedentes generales de la controversia

El 28 de marzo de 1994 se celebró el contrato de concesión número 000004 en el cual, el entonces Ministerio de Comunicaciones, le concedió a **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.** (en adelante **COMCEL**), licencia para la prestación de servicio público de telecomunicaciones de telefonía móvil celular.

En la cláusula Vigésima Cuarta del contrato de concesión referido, se dispuso lo siguiente: *"EL CONCESIONARIO para interconectar su red con otras redes, deberá celebrar un acuerdo de interconexión con los operadores, que regulen entre otros, los siguientes aspectos: (...) Tarifas de interconexión, cuando no sean fijadas por la autoridad competente, costos administrativos y por facturación de cargos y su correspondiente distribución. (...)".*

El 13 de noviembre de 1998, la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** (en adelante **ETB**) y **COMCEL S.A.** (en adelante **COMCEL**), celebraron un contrato de interconexión (en adelante el **CONTRATO**), donde en la CLÁUSULA PRIMERA se estableció el siguiente objeto contractual: *"El presente contrato tiene por objeto establecer el régimen que regulará las relaciones entre las partes del mismo, y las condiciones técnicas, financieras, comerciales, operativas y jurídicas originadas en el acceso, uso e interconexión directa de la red TPBCLD de ETB, con la red de TMC de COMCEL S.A., de conformidad con los términos establecidos en el mismo contrato así como en sus anexos (...)".* El referido **CONTRATO** establece expresamente el valor del mismo y las condiciones y costo de la interconexión, en las cláusulas Sexta, Decima Tercera, y Vigésima Sexta, respectivamente. Asimismo, en el desarrollo del **CONTRATO** se acordó que la **ETB** se obligaba a pagar a **COMCEL** unas sumas de dinero por concepto de los cargos de acceso por la utilización de la red celular para terminar las comunicaciones de larga distancia internacional, en los términos dispuestos en el mismo. Al respecto, en la Cláusula Sexta del Anexo No. 2 Financiero, Comercial y Administrativo del **CONTRATO** celebrado entre **COMCEL** y la **ETB** pactaron lo siguiente:

"CLAUSULA SEXTA: TRÁFICO INTERNACIONAL ENTRANTE. - ETB pagará a COMCEL S.A. por minuto o proporcionalmente por fracción de minuto cursado, en la terminación de las llamadas internacionales entrantes a través de la interconexión directa entre las partes, el valor equivalente al cargo de acceso que pagan los operadores de larga distancia por el acceso a la red TPBC local de acuerdo al valor estipulado en la regulación vigente o que se establezca por la CRT como cargo de acceso a pagar por los operadores de larga distancia a los operadores de TPBCL. Este valor es provisional mientras las partes definen el valor definitivo a pagar por este concepto.

La determinación definitiva del valor a pagar por parte de ETB a COMCEL S.A. por la terminación de llamadas internacionales entrantes, será establecida entre las partes en un plazo máximo de 90 días contados a partir de la suscripción del presente acuerdo.

Dentro del plazo de los 90 días indicado anteriormente, ETB hará sus mejores esfuerzos en las negociaciones con los operadores internacionales, para la obtención de un aumento diferencial en la tasa contable o tasa de terminación para las llamadas cuyo destino sea la red TMC. En caso de obtenerse este aumento diferencial, el mismo se trasladará en su totalidad al operador celular.

No obstante, si en el plazo anteriormente descrito no se obtiene aumento diferencial superior al cargo de acceso que en ese momento reconozca el operador celular a los operadores de TPBCL, ETB reconocerá a COMCEL S.A. por la terminación de las llamadas internacionales entrantes, como valor definitivo, el cargo de acceso establecido por el ente regulador competente que debe pagar el operador celular a los operadores de TPBCL.

Lo indicado en el párrafo anterior, se aplicará automáticamente al vencimiento del plazo anteriormente señalado, sin necesidad de acuerdo entre las partes, en el evento en que no se logre un acuerdo comercial mutuo con condiciones favorables

ETB se compromete a pagar el valor establecido en la presente cláusula, siempre y cuando COMCEL S.A. cobre a los demás operadores de larga distancia una suma de dinero por este mismo concepto.

Las partes reconocen y acuerdan, que los valores acordados en la presente cláusula no están referenciados al costo por el uso de la red celular de COMCEL S.A., sino que son productos de negociaciones comerciales."

La entonces Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), el 28 de abril de 2000 expidió la Resolución 253 (publicada en el Diario Oficial N° 43995 del 6 de mayo de 2000), la cual modificó la Resolución CRC 087 de 1997. Los artículos 5.10.6 y 5.10.2 de la referida resolución dispusieron, respectivamente, lo siguiente:

"ARTÍCULO 5.10.6 CARGOS DE ACCESO Y USO DE OPERADORES DE TELEFONÍA MÓVIL (TMC Y PCS). Los operadores de redes móviles tendrán derecho a cobrar a los operadores de Larga Distancia Internacional (LDI) por las llamadas entrantes a sus redes, un cargo de acceso y uso equivalente al establecido en el numeral 5.10.2.1 del artículo 5.10.2 de la presente resolución"

"ARTÍCULO 5.10.2 CARGOS DE ACCESO Y USO DE LAS REDES DE TPBCL. Los operadores de TPBCL, TPBCLC y TMR recibirán, por concepto del acceso y uso de sus redes de TPBCL, los siguientes cargos:

5.10.2.1. 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 pesos (\$30) por cada minuto cursado o proporcionalmente por fracción de minuto de cada llamada completada, el primero (1°) de marzo de 1997, continuará actualizándose conforme con el Índice de Actualización Tarifaria (IAT) descrito en el presente Capítulo, cuyo cálculo se describe en el Anexo 008"

Posteriormente, el 27 de diciembre de 2001 la CRT expidió la Resolución CRT 463 de 2001, mediante la cual se modificó el Título IV y el Título V de la Resolución 087 de 1997. En la mencionada Resolución se dispuso que la remuneración de las redes atendería al cargo de acceso máximo por minuto o por capacidad. Asimismo, el artículo quinto de la citada resolución dispuso lo siguiente:

"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"

Por otra parte, el 4 de enero de 2002 la CRT profirió la Resolución CRT 469, "por medio de la cual se modifica la Resolución CRT 087 de 1997 y se expide un Régimen Unificado de Interconexión, Rudi", publicada en el Diario Oficial No. 44.674 de 12 de enero de 2002. Para efectos de lo que interesa el presente trámite, en el artículo 3° de dicha Resolución se dispuso lo siguiente:

Artículo 3. Derogatoria y vigencia. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las normas expedidas con anterioridad a la misma que le sean contrarias, **en particular el Título IV de la Resolución 087 de 1997** y los artículos 3.7 y 19.4 del Decreto 2542 de 1997. [Subrayas y negrillas fuera del texto]

Adicionalmente, la CRT el 12 de abril de 2002 expidió la Resolución 489 de 2002 la cual fue publicada en el Diario Oficial el 24 de abril de 2002. Dicha resolución, entre otras cosas, compiló los títulos I, IV, V y VII de la Resolución 087 de 1997, incluyendo en sí las normas completas de la Resolución CRT 463 de 2002.

El 24 de enero de 2003, **COMCEL** envió a **ETB** una comunicación en la cual le solicitó a dicho operador, lo siguiente: "*la realización de un ajuste a la liquidación de los cargos de acceso, desde el 1 de enero de 2002 a la fecha, según los valores definidos en el numeral (3) del artículo 4.2.2.19 de las resoluciones CRT 463 y 489 de 2001 y 2002, respectivamente*"¹, solicitud rechazada por **ETB** según consta en comunicación del 4 de febrero de 2003.

El 5 de agosto de 2003, **COMCEL** solicitó a la **CRT** su intervención para efectos de dirimir el conflicto surgido con la **ETB**, y que en consecuencia procediera a: "*(i) la modificación de las condiciones de interconexión existentes entre la red de TMC de COMCEL y la red de TPBCLD de ETB, en relación con el cargo de acceso que ETB debe reconocer a COMCEL por el tráfico de larga distancia existente hacia la red de TMC de COMCEL, (ii) Que de conformidad con las Resoluciones CRT 463 y 489 de 2001 y 2002 respectivamente, la modificación de las condiciones de interconexión sea efectiva a partir del 1 de enero de 2002 y, (iii) Declarar que desde el 1 de enero de 2002 la ETB debió haber reconocido y pagado a COMCEL el cargo de acceso por tráfico de LDI entrante previsto en la Resolución CRT 463 de 2001.*"²

El 2 de abril de 2004, la **CRT** expidió la Resolución CRT 980 mediante la cual resolvió: "*Artículo 1. Negar la solicitud de controversias presentada por COMCEL, por carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001.*"

Mediante escrito con radicado interno No. 200431169, el representante legal de **COMCEL** interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución CRT 980 de 2004, el cual fue resuelto por la CRT mediante la Resolución 1038 del 9 de julio de 2004, negando las peticiones y confirmando la citada Resolución CRT 980.

El 31 de mayo de 2005, la CRT expidió la Resolución CRT 1237 de 2005, "*por medio de la cual se modifican los Títulos II, IV, V y VII de la Resolución CRT 087 de 1997 y se dictan otras disposiciones*".

El 5 de diciembre de 2007, la **CRT** expidió la Resolución CRT 1763 de 2007, donde se establecen las reglas sobre cargos de acceso y uso a redes fijas y móviles. En su Artículo 15 se estableció un tope máximo respecto a los cargos de acceso acordados entre los operadores o establecido por la **CRT**:

"ARTÍCULO 15. APLICACIÓN DE LOS CARGOS DE ACCESO MÁXIMOS. A partir de la entrada en vigencia de la presente resolución, los cargos de acceso acordados por los operadores o definido por la CRT mediante actos administrativos de carácter particular y concreto, que sean mayores a los cargos de acceso máximo fijados en la presente resolución, se reducirán a los valores aquí definidos. Lo anterior, sin perjuicio de que los operadores puedan negociar cargos de acceso menores a los máximos fijados en esta resolución".

El 13 de enero de 2008, **ETB** notificó a **COMCEL** que se acogía a los cargos por capacidad que establece el Título IV de la Resolución 087 (Resolución CRT 1763 de 2007) y que lo hacía a partir del 1 de marzo de 2008.

El 21 de agosto de 2008, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, conociendo de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. presentada por algunos operadores de telecomunicaciones³ tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 del artículo 2º y el artículo 9º de la Resolución CRT 489 de 24 de abril de 2002, profirió sentencia resolviendo textualmente lo siguiente:

¹ Resolución CRT 980 del 2 de abril de 2004, pág. 1

² Resolución CRT 980 del 2 de abril de 2004, pág. 1

³ EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. EPPM; EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTÁ ETB; EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI -EMCALI-; UNITEL S.A. E.S.P.; CAUCATEL S.A. E.S.P.; BUGATEL S.A. E.S.P.; TELEPALMIRA S.A. E.S.P.; TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P.; TELEJAMUNDI S.A. E.S.P.; EMPRESA DE SERVICIOS CARVAJAL E.S.P.-ESCARSA; EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DEL LLANO E.S.P. S.A. -ETELL-; y EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE GIRARDOT S.A. E.S.P.

"DECLÁRESE la nulidad de la expresión <<a partir del primero de enero de 2002>>, contenida en el artículo 2º, numerales 4.4.4.19 y 4.3.8 de la Resolución CRT 489 del 12 de abril de 2002; y de la expresión <<o acogerse en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones >>, contenida en el artículo 9º *Ibidem*"

1.1.1. Sobre el primer trámite arbitral (cargos de acceso 2002-2006)

El 7 de diciembre de 2004, **COMCEL**, ante la negativa de la **ETB** de remunerar la interconexión con dicho proveedor aplicando las condiciones establecidas en la Resolución CRT 463 de 2001, solicitó a la Cámara de Comercio de Bogotá convocar un Tribunal de Arbitramento para que conociera la demanda formulada contra **ETB**, en la cual solicitó que aquel proveedor fuera condenado a pagarle por concepto de cargo de acceso los valores previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002. Igualmente, **COMCEL** solicitó que la **ETB** pagara la diferencia entre lo que había venido pagando y lo que había debido pagar por dicho concepto desde enero de 2002.

Mediante laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, el Tribunal de Arbitramento convocado condenó a la **ETB** a pagar el valor actualizado de la interconexión en la forma prevista en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001, pero negó la condena a intereses moratorios.

Por su parte, el 15 de enero de 2007 la **ETB** interpuso recurso de anulación contra el referido laudo ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, el cual fue resuelto mediante sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 27 de marzo de 2008 y del 21 de mayo de 2008, por las cuales se concluyó que los recursos no prosperaban, por no acreditar las causales dispuestas en la normatividad vigente.

Posteriormente, el 10 de abril de 2008 la **ETB** radicó ante el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, un memorial con el propósito de que se solicitara la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

El Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el 8 de agosto de 2008 profirió auto mediante el cual negó la solicitud de suspensión del proceso y de consulta para la Interpretación Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante **TJCA**).

Mediante comunicación del 5 de noviembre del 2008, la **ETB** presentó reclamo ante la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante **SGCAN**), por posible incumplimiento de la República de Colombia de los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 del Estatuto, al emitir "*sentencia sin solicitar interpretación prejudicial, a pesar de mediar solicitud expresa de ETB, en tres procesos de anulación de laudos arbitrales sobre interconexión en telecomunicaciones.*"

Adicionalmente, la **ETB** presentó demanda el 26 de mayo de 2010 ante el **TJCA** con el propósito de que "*el Honorable Tribunal Comunitario constate y declare que la República de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha incumplido sus obligaciones contenidas en el ordenamiento jurídico andino, en particular las relacionadas con la obligación objetiva de envío a Interpretación Prejudicial a este H. Tribunal prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500 y ordene a la República de Colombia tomar las medidas necesarias para que cese el incumplimiento, así como, la no repetición de este tipo de omisiones.*"

Por su parte, el **TJCA** el 26 de agosto de 2011, decidió: "*declarar a (SIC) lugar la demanda interpuesta por la Empresa Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ETB S.A. E.S.P., contra la República de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por no haber solicitado oportunamente interpretación prejudicial dentro del proceso de anulación de tres (03) laudos arbitrales, de acuerdo a lo sentado por este Tribunal en la parte considerativa de la presente sentencia. Debe en consecuencia, la República de Colombia proceder conforme lo establece el artículo 111 de la Decisión 500 de la Comisión de la Comunidad Andina, a dar cumplimiento a esta sentencia.*"

El 9 de agosto de 2012, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en el marco del derecho comunitario, profirió sentencia mediante la cual decidió dejar sin efectos la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2008, mediante

la cual se declaró infundado el recurso de anulación impetrado contra el laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, y su aclaratorio del 15 de enero de 2007, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias surgidas entre **COMCEL** y **ETB** en virtud del **CONTRATO**. En la referida sentencia, el Consejo de Estado, además, declaró la nulidad del referido laudo "con fundamento en la causal de anulación precedentemente mencionada, consistente en la omisión en que ocurrió el Tribunal de Arbitramento, en relación con el deber de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso que fue sometido a la decisión de dicho Tribunal de Arbitramento."

El 6 de septiembre de 2012 la Sección Tercera del Consejo de Estado negó todas y cada una de las solicitudes de aclaración, complementación y enmienda formuladas por **COMCEL**, respecto de la providencia dictada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el 9 de agosto de 2012, con el propósito de dar cumplimiento a lo ordenado por el **TJCA** en su sentencia del 26 de agosto de 2011 y su respectivo auto aclaratorio del 15 de noviembre del mismo año, dentro del expediente 03-AI-2010.

Luego de la anulación del laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006 y mediante escrito presentado el 21 de diciembre de 2012⁴, **COMCEL** solicitó al Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá la reintegración del Tribunal de Arbitramento, para que resolviera las diferencias surgidas con la **ETB** con ocasión del tantas veces referido **CONTRATO**, presentando las siguientes pretensiones declarativas y de condena:

*"PRIMERA (1ª). - Que la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP.**, está obligada a pagar a **OCIDENTE Y CARIBE CELULAR. OCCEL S.A.**, por concepto de Cargo de Acceso los valores establecidos bajo la opción 1: Cargos de Acceso Máximos por minuto previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002.*

*SEGUNDA (2ª) -Como consecuencia de la Declaración anterior, o de una semejante, condenar a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP.**, a pagar a **OCIDENTE Y CARIBE CELULAR. OCCEL S.A.**, la diferencia entre lo que ha venido pagando y lo que ha debido pagar por dicho concepto desde enero de dos mil dos (2002) y hasta la fecha en que se profiera el Laudo o la más próxima a éste. En subsidio hasta la fecha de presentación de la corrección de la demanda.*

En la condena se incluirán tanto la corrección monetaria como los correspondientes intereses El valor total de las sumas anteriores, será el que se establezca en el curso del proceso."

Surtidos los trámites pre arbitral y arbitral previstos en la ley, habiendo el Tribunal solicitado la Interpretación Prejudicial ante el **TJCA** de conformidad con el inciso segundo del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 123 y 124 de la Decisión 500 de la Comunidad Andina, y habiendo sido la misma respondida mediante oficio 413-S-T-TJCA-2014, del 11 de julio de 2014, mediante el cual remitió al respectivo Tribunal de Arbitramento copia certificada de la providencia del 11 de junio de 2014, proferida dentro del proceso 255-IP-2013, el 10 de octubre de 2014 se cumplió la audiencia de lectura de fallo, en la cual se profirió laudo arbitral. Así, y mediante laudo arbitral de la referida fecha, el Tribunal de Arbitramento convocado al estudiar su competencia para decidir la controversia en el asunto convocado por **COMCEL**, señaló que la Interpretación Prejudicial que sobre las normas comunitarias realiza el **TJCA** es obligatoria en algunos casos y vinculante en todos los eventos (sea obligatoria o facultativa); por ende, debe ser acatada por los jueces nacionales.

En ese sentido, el Tribunal Arbitral explicó que el **TJCA**, en la interpretación prejudicial solicitada por el mismo para decidir la referida controversia, expresó que el competente para dirimir los conflictos en temas relacionados con interconexión entre operadores de los países miembros de la Comunidad Andina es la autoridad nacional que el ordenamiento interno disponga y que, para el caso de Colombia, es la Comisión de Regulación de Comunicaciones, organismo que goza de competencia exclusiva y excluyente para resolver tales conflictos. Al punto, afirmó textualmente el Tribunal Arbitral:

⁴ Obrante en los folios 1 a 81, Cd. Principal 1., del expediente No. 11001032600020150001800 (No. Interno 53-054), remitido a esta Entidad por la Secretaría de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante Oficio No. A 2016-00013-D.

"El objeto de esta controversia consiste en decidir si se aplican, a la interconexión ejecutada entre las partes a partir de 2002 y por el período reclamado, los cargos de acceso pactados en el contrato de interconexión de 13 de noviembre de 1998 o los establecidos en la Resolución 463 de 27 de diciembre de 2001 de la CRT.

En la medida en que el 2 de octubre de 2000 fue expedida la Resolución 432 de la SGCAN, la que adopta un régimen integral en materia de interconexión en telecomunicaciones, régimen que es prevalente y de aplicación inmediata a los países miembros de la Comunidad (sic) Andina (sic), la interconexión que se venía ejecutando entre las partes desde 1998 fue ajustada a lo dispuesto por dicha Resolución (sic).

Conforme a lo ordenado por la Resolución 432 tantas veces mencionada, con apoyo en la 255-IP-2013, la competencia para conocer de las controversias que surjan en ejecución de una interconexión son de conocimiento exclusivo y excluyente de la Autoridad (sic) Nacional (sic) Competente (sic), CRC, y por consiguiente, este Tribunal decidirá no ser competente para conocer de la competencia aquí sometida a su decisión.

Vista la legislación nacional, encontramos que la facultad para resolver la controversia en el caso concreto, en la actualidad recae en cabeza de la CRC en desarrollo de lo previsto en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, norma que, por demás (sic) ha sido declarada exequible conforme la (sic) Sentencia (sic) C-186 -2011, facultad que antes de la expedición de dicha ley recaía en la antigua CRT en desarrollo de lo previsto en el (sic) 73 numeral 8 y 74 numeral 3 literal b de la Ley 142 de 1994."⁵

Por lo anterior, el Tribunal Arbitral concluyó que no era competente para resolver las pretensiones de la demanda arbitral, lo que quedó consignado en la parte resolutive del laudo, de la siguiente manera:

"**PRIMERO:** Adoptar la Interpretación Prejudicial 255-IP-2013 proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y, en consecuencia, declarar que este Tribunal Arbitral NO es competente para resolver las controversias surgidas entre **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, y la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP-ETB** en razón del Contrato de Interconexión suscrito el 13 de noviembre de 1998."⁶

Dentro del término de ejecutoria, **COMCEL** presentó solicitud de aclaración del Laudo, la cual fue negada mediante auto del 21 de octubre de 2014, al considerar que no resultaba procedente que, a través de la aclaración, se pretendiera "... volver sobre la decisión adoptada."⁷

Posteriormente, y dentro de la oportunidad establecida por el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, **COMCEL** interpuso recurso extraordinario de anulación el 9 de diciembre de 2014, invocando la causal de que trata el numeral 9, artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Mediante sentencia proferida el 23 de septiembre de 2015, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, falló de la siguiente manera:

"**Primero.- DECLÁRESE INFUNDADO** el recurso de anulación interpuesto por Comunicación Celular Comcel S.A., contra el laudo arbitral del 10 de octubre de 2014, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias originadas con ocasión del contrato de interconexión del 13 de noviembre de 1998, celebrado entre Ocel S.A. (ahora Comcel S.A.) y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. -ETB-.

(...)

Tercero.- Por Secretaría de la Sección, REMÍTASE la totalidad el (sic) expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC-, para que dentro del ámbito de sus competencias, decida el conflicto suscitado entre los operadores Comunicación Celular Comcel S.A. y Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. -ETB-, con ocasión de los cargos de acceso relacionados con el contrato de interconexión del 13 de noviembre de 1998."

⁵ Ver, Tribunal de Arbitramento COMCEL (OCCEL) Vs. ETB, Laudo Arbitral, Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil catorce (2014), pg. 43-44.

⁶ Ver, Tribunal de Arbitramento COMCEL (OCCEL) Vs. ETB, Laudo Arbitral, Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil catorce (2014), pg. 47-48.

⁷ Obrante en los folios 12 a 16, Cd. Principal 4., del expediente No. 11001032600020150001800 (No. Interno 53-054), remitido a esta Entidad por la Secretaría de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante Oficio No. A 2016-00013-D.

En la parte motiva de la referida sentencia, el Consejo de Estado respecto de las competencias de esta Comisión en el marco del Régimen de Telecomunicaciones dispuesto comunitariamente, sostuvo lo siguiente:

"El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es claro: los conflictos surgidos entre operadores por temas atinentes a la interconexión deben ser resueltos por la autoridad nacional competente del país donde se realiza (sic) la interconexión, que en Colombia es la CRC, en los términos del artículo 22 (numeral 9) de la Ley 1341 de 2009 (...)

La norma en cita fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-186 de 2011, por cuanto, desde el punto de vista constitucional es válido que el legislador restrinja la libertad que tienen los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones de acudir al arbitraje, en ciertos casos, para entregarle la función de resolver ciertos conflictos a un organismo administrativo, pues tal publicidad constituye una de las formas de intervención del Estado, en los términos del artículo 334 de la Constitución Política.

(...)

Por lo anterior, el recurso extraordinario de anulación no está llamado a prosperar; pero, para evitar que el conflicto suscitado entre las partes quede sin resolver, se ordenará remitir la totalidad del expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para que, con sujeción a las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico, resuelva de fondo las solicitudes por Comcel S.A."

1.1.2. Sobre el trámite arbitral que precede a la presente actuación administrativa (cargos de acceso periodo comprendido 2006-2008)

Obra en el expediente de la presente actuación administrativa que, mediante escrito presentado el 6 de junio de 2013, **COMCEL** solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá convocar un Tribunal de Arbitramento para que conociera la demanda formulada contra **ETB**, con ocasión del **CONTRATO**, presentando, entre otras, las siguientes pretensiones declarativas y de condena:

*"PRIMERA (1ª). Declarar que la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP.**, está obligada a pagar a **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, por concepto de "Cargo de Acceso" los valores establecidos bajo la opción 1: "Cargos de Acceso Máximos por Minuto" previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001, CRT 489 de 2002 y en la "Tabla 3. Cargo de Acceso máximo por uso de redes móviles" previsto en el artículo 8º de la Resolución CRT 1763 de 2007".*
*SEGUNDA (2ª) -Como consecuencia de la Declaración anterior, o de una semejante, condenar a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB S.A. ESP.**, a pagar a **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, la diferencia entre lo que ha venido pagando y lo que ha debido pagar por dicho concepto, desde febrero de dos mil seis (2006) y hasta febrero de dos mil ocho (2008), ambos inclusive.*

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

El valor total de las sumas anteriores, será el que se establezca en el curso del proceso⁸.

Surtidos los trámites previstos en la ley, el 4 de agosto de 2015 el Tribunal de Arbitramento solicitó la Interpretación Prejudicial ante el **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA** (en adelante **TJCA**), de conformidad con el inciso segundo del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 123 y 124 de la Decisión 500 de la Comunidad Andina. Por lo que el 10 de agosto de 2015, el Tribunal de Arbitramento remitió al **TJCA** la solicitud de interpretación prejudicial ordenada en dicho trámite arbitral.

El **TJCA** mediante oficio 1398-S-T-TJCA-2015 del 14 de diciembre de 2015, remitió al respetivo Tribunal de Arbitramento copia certificada de la Interpretación Prejudicial proferida por el **TJCA** dentro del proceso 385-IP-2015. En dicho pronunciamiento se manifestó lo siguiente:

"SEGUNDO: De conformidad con los artículos 32 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General, la Autoridad de Telecomunicaciones, que para el caso colombiano es la "CRC", tiene competencia exclusiva

⁸ Tribunal de Arbitramento COMCEL Vs. ETB, Laudo Arbitral, Bogotá D.C., veinte y ocho (28) de diciembre de dos mil quince (2015), Cuaderno Principal No. 1, pág. 1 - 2.

y excluyente para la solución de controversias en materia de telecomunicaciones al presentarse los siguientes eventos concurrentes:

-Cuando estemos en frente de cualquier controversia en la "ejecución de la interconexión", es decir, cuando se esté poniendo en práctica el contrato de interconexión. Cuando se habla de cualquier controversia se debe entender en relación con asuntos o temas incluidos en el contrato, o que aunque no se incluyan en el mismo se desprenden de él, o se presenten con ocasión de la ejecución del contrato. Esto quiere decir que la competencia de la autoridad de comunicaciones no se da únicamente en relación con los asuntos contenidos en los artículos 16,17 y 19 de la Resolución 32, sino de cualquier asunto que se desprenda del contrato a ser ejecutado o de situaciones que se presenten o se desprenda del contrato a ser ejecutado o de situaciones que se presenten o se desprendan de su propia puesta en marcha.

(...)

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

En consecuencia, si la Autoridad Nacional goza de funciones su decisión tendrá las características de una sentencia, y podrá ser apelada judicialmente de conformidad con las previsiones del derecho procesal interno. Si no goza de funciones jurisdiccionales estaríamos ante un acto administrativo que se puede impugnar en la vía gubernativa si así lo permite el ordenamiento interno, y podrá ser demandado ante el contencioso administrativo de conformidad con las previsiones del derecho interno.

CUARTO: Como la normativa comunitaria andina guarda silencio sobre la naturaleza de las funciones de la Autoridad Nacional en Comunicaciones, sobre la base del principio de complemento indispensable le corresponde a la normativa interna definir si tiene o no funciones jurisdiccionales."

El 28 de diciembre de 2015 se realizó la Audiencia de lectura del Laudo Arbitral de la referida fecha, en el cual el Tribunal de Arbitramento⁹ convocado para decidir la controversia en el asunto convocado por **COMCEL**, señaló al estudiar su competencia, y basado en la providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 23 de septiembre de 2015 que resolvió el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral del 10 de octubre de 2014, que la Interpretación Prejudicial que sobre las normas comunitarias realiza el **TJCA** es vinculante para el juez nacional, tanto en los casos en que es obligatoria como en aquellos que es facultativa.

En ese sentido, el Tribunal Arbitral explicó que el **TJCA**, en la interpretación prejudicial solicitada por el mismo para decidir la referida controversia, expresó que el competente para dirimir los conflictos en temas relacionados con interconexión entre operadores de los países miembros de la Comunidad Andina es la autoridad nacional que el ordenamiento interno disponga y que, para el caso de Colombia, es la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES** (en adelante **CRC**), organismo que goza de competencia exclusiva y excluyente para resolver tales conflictos. En relación con este punto, afirmó textualmente:

"[E]l pronunciamiento 385-IP-2015, concluye que la Autoridad de Telecomunicaciones del orden nacional, en el caso colombiano la CRC, "... es quien tiene la competencia exclusiva y excluyente para solucionar conflictos en la ejecución de interconexión ... El incumplimiento de esta previsión generaría un incumplimiento de la normativa andina con todas las implicaciones que esto acarrea." (numeral 84) (subrayado fuera de texto)."

Con esta afirmación, el **TJCA** señala que el Tribunal Arbitral deberá determinar si la controversia se presentó por asuntos acaecidos en la etapa de ejecución del contrato de

⁹ Los árbitros que conformaron este Tribunal de arbitramento fueron: María Clara Gutiérrez Gómez, Edgar González López y Francisco Castro Córdoba.

acceso, uso e interconexión entre las partes, para así determinar su competencia para conocer el caso, respetando el ordenamiento comunitario, según el numeral 85 de la IP.

(...)

En desarrollo de lo previsto en esta IP, este Tribunal advierte y confirma que la controversia sometida a su consideración, corresponde a asuntos acaecidos en la etapa de ejecución del contrato de interconexión entre las partes, lo cual, a juicio del TJCA, deviene la competencia exclusiva y excluyente de la CRC para solucionar los conflictos en la ejecución de la interconexión"¹⁰

Y más adelante el Tribunal de Arbitramento concluyó en su Laudo Arbitral lo siguiente:

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

En efecto, el Tribunal, como es su obligación, acata el planteamiento del TJCA, en el sentido de que este tipo de controversias debe ser solucionado por la autoridad nacional de comunicaciones, que en el caso de Colombia es la CRC."¹¹

Por lo anterior, el Tribunal de Arbitramento concluyó que no era competente para resolver las pretensiones de la demanda arbitral, lo que quedó consignado en la parte resolutive del laudo, de la siguiente manera:

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

Por tal razón, se declara probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia en los precisos términos señalados en la parte motiva de este laudo, sin lugar a pronunciamiento sobre las restantes."¹²

1.2. El trámite surtido ante la CRC

Por medio de oficio radicado en esta Comisión el 19 de febrero de 2016¹³, el Secretario del Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir la controversia entre **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** contra **LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 5 de la parte resolutive del laudo arbitral proferido por el tribunal el 28 de diciembre de 2015, allegó a esta Comisión el expediente contentivo de dicho proceso arbitral.

Teniendo en cuenta lo anterior, mediante comunicación del 8 de marzo de 2016 dirigida al Doctor Juan Carlos Archila Cabal¹⁴, en su calidad de representante legal de **COMCEL**, esta Comisión acusó recibo del referido expediente recordando el marco de sus competencias administrativas dispuestas en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, y solicitando que "*radique, si así lo decide, la respectiva solicitud de solución de controversias, de conformidad con los requisitos previstos para el efecto en la Ley 1341, con las pretensiones declarativas y de condena debidamente individualizadas, si fuere el caso. (...) En la mencionada solicitud, COMCEL podrá indicar qué pruebas, de las que conforman el expediente remitido por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la*

¹⁰ Tribunal de Arbitramento COMCEL Vs. ETB, Laudo Arbitral, Bogotá D.C., veinte y ocho (28) de diciembre de dos mil quince (2015), Cuaderno Principal No. 5, pág. 106-107.

¹¹ Tribunal de Arbitramento COMCEL Vs. ETB, Laudo Arbitral, Bogotá D.C., veinte y ocho (28) de diciembre de dos mil quince (2015), Cuaderno Principal No. 5, pág. 118.

¹² Tribunal de Arbitramento COMCEL Vs. ETB, Laudo Arbitral, Bogotá D.C., veinte y ocho (28) de diciembre de dos mil quince (2015), Cuaderno Principal No. 5, pág. 120-121.

¹³ Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 1 a 3.

¹⁴ Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 4.

Cámara de Comercio de Bogotá, hará valer dentro de la actuación administrativa, sin que sea necesario que las allegue nuevamente."

Mediante comunicación del 6 de octubre de 2016, con número de radicación 201633733¹⁵, **COMCEL** solicitó ante la **CRC** la iniciación del trámite administrativo de solución de controversia, con el fin de que se dirima la controversia surgida con la **ETB**, relacionada con la determinación del valor que por concepto de cargos de acceso debe pagar la **ETB** a **COMCEL** desde febrero de 2006 hasta febrero de 2008 inclusive, en virtud del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre ambos el 13 de noviembre de 1998 y de la reglamentación vigente para la época.

En atención a lo anterior, el 12 de octubre de 2016¹⁶, la **CRC** dio inicio a la respectiva actuación administrativa, para lo cual fijó en lista el traslado de la solicitud y remitió a **ETB** copia de esta y de la documentación asociada a la misma, para que se sirviera allegar sus observaciones, comentarios y argumentos sobre el asunto puesto en conocimiento de esta Comisión, tiempo durante el cual la actuación administrativa se encontró suspendida. Dicha actuación se encuentra recogida en el Expediente Administrativo No. 3000-92-531.

Posteriormente, mediante comunicación del 20 de octubre de 2016¹⁷, con número de radicado 201633922, **ETB** dio respuesta al traslado efectuado por la **CRC**, pronunciándose sobre la solicitud de solución de controversias promovida por **COMCEL**.

Atendiendo a que **ETB** solicitó en su escrito la intervención del Ministerio Público¹⁸, el 27 de octubre de 2016 la **CRC** remitió una comunicación a la Procuraduría General de la Nación para que, de considerarlo pertinente, se procediese a la designación de un Agente Especial en representación del Ministerio Público¹⁹, tiempo durante el cual la actuación administrativa se encontró suspendida.

El 21 de noviembre de 2016²⁰, mediante comunicación, con número de radicado 201634330, el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, informó a esta Comisión la designación del doctor RODRIGO BUSTOS BRASBI como Agente Especial del Ministerio Público (en adelante Agente Especial) dentro del trámite de la referencia.²¹ A su turno, este mismo funcionario informó a la Comisión sobre su designación mediante comunicación del 22 de noviembre de 2016²².

Mediante comunicación del 23 de noviembre de 2016²³, con número de radicado 2016508477, el Dr. **GERMÁN DARÍO ARIAS PIMIENTA**, Director Ejecutivo de la **CRC** le solicitó al Ministro de Tecnologías de la información y las Comunicaciones (MINTIC) aceptar el impedimento declarado, de conformidad con lo establecido en el numeral 11 del artículo 11 del CPACA, y en consecuencia designar un Director Ejecutivo ad hoc de la **CRC** y un comisionado experto Ad-Hoc de la **CRC**, tiempo durante el cual la actuación administrativa se encontró suspendida.

El 25 de noviembre de 2016²⁴, la **CRC** informó a **COMCEL**, **ETB** y al Ministerio Público que el Director Ejecutivo de la Comisión radicó ante el Señor Ministro impedimento para actuar dentro del trámite de la referencia.

El Señor Ministro mediante Resolución No. 2550 del 5 de diciembre de 2016²⁵, aceptó el impedimento manifestado por el Director Ejecutivo de la **CRC** para actuar en el trámite, designando como director Ejecutivo Ad-Hoc de la Comisión al Dr. GERMÁN ENRIQUE BACCA MEDINA para que dé impulso al trámite administrativo de solución de controversias de la referencia. Por otra parte, a través del mismo acto administrativo, la Doctora LILIAM AMPARO CUBILLOS VARGAS fue designada como Comisionada Experta Ad-Hoc de la Comisión para conocer el presente trámite.

¹⁵ Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 5 a 58.

¹⁶ Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 59 a 62.

¹⁷ Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 63 a 132.

¹⁸ Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 103.

¹⁹ Radicado 201656491. Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 133.

²⁰ Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 138.

²¹ Radicado 201634305. Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 135.

²² Radicado 201634330. Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 136 a 138.

²³ Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 139 a 140.

²⁴ Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 141-146.

²⁵ Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 147-152.

Con comunicaciones del 29 de diciembre de 2016²⁶ la Comisión de Regulación de Comunicaciones, a través de su Director Ejecutivo Ad-hoc informó a **COMCEL, ETB** y al **AGENTE ESPECIAL** respecto de la referida Resolución No. 2550 del 5 de diciembre de 2016.

Mediante comunicación del 29 de diciembre de 2016²⁷, la **CRC** remitió al **AGENTE ESPECIAL** la totalidad de los documentos que reposan en el expediente administrativo, para que de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la Ley 1341 de 2009, remitiera sus observaciones, comentarios y argumentos sobre el asunto puesto en conocimiento de esta Comisión, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de dicha comunicación, tiempo durante el cual la actuación administrativa se encontró suspendida.

Obra en el expediente administrativo del caso que el **AGENTE ESPECIAL**, una vez vencido el término de traslado conforme lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 1341 de 2009, no presentó en tiempo sus observaciones, comentarios y argumentos sobre el asunto puesto en conocimiento de esta Comisión.

En tal sentido, el 18 de enero de 2017 mediante comunicaciones dirigidas a los representantes de **COMCEL, ETB** y al **AGENTE ESPECIAL** del Ministerio Público²⁸, el Director Ejecutivo *Ad-hoc* citó a la audiencia de mediación de que trata el artículo 45 de la Ley 1341 de 2009, tiempo durante el cual la actuación administrativa se encontró suspendida hasta el día 10 de febrero de 2017, fecha en que la referida audiencia se llevó a cabo sin que hubiere un acuerdo directo entre las partes sobre los asuntos en divergencia.²⁹

El Agente del Ministerio Público designado, mediante comunicación del 26 de enero de 2017³⁰ con número de radicado 201730159, presentó sus observaciones al trámite administrativo de solución de controversias de la referencia en atención al traslado que esta Comisión efectuó mediante comunicación del 29 de diciembre de 2016³¹.

El 2 de febrero de 2017, **COMCEL** presentó escrito con número de radicado 201730243, donde complementa las consideraciones presentadas en documento de solicitud de solución de controversias³².

El 6 de marzo de 2017, **ETB** presentó escrito con número de radicado 201730546, complementado sus consideraciones presentadas en la respuesta a la solicitud de solución de controversias presentada por **COMCEL**³³.

Mediante comunicación del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de fecha 10 de marzo de 2017, se le informa a esta Comisión de la Resolución No. 466 de 28 de febrero de 2017, mediante la cual el Viceministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones encargado de las Funciones del Despacho del Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones resolvió "*Modificar el artículo segundo de las Resoluciones No. 1071 del 7 de junio de 2016, 2550 del 5 de diciembre de 2016 y 2786 del 19 de diciembre de 2016, en el sentido de designar como Comisionado Experto Ad-hoc de la Comisión de Regulación de Comunicaciones al Dr. JUAN DAVID DUQUE BOTERO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.941.784 de Bogotá, quien se desempeña en el cargo Secretario General del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en reemplazo de la Dra. LILIAM AMPARO CUBILLOS VARGAS.*"³⁴

De conformidad con lo previsto en los artículos 34 y 40 del CPACA y el artículo 47 de la Ley 1341 de 2009, con el fin de atender en debida forma la solicitud presentada por **COMCEL** referida a la controversia surgida con **ETB**, el Director Ejecutivo *Ad-hoc* de la CRC, conforme con la delegación prevista en el artículo 1º de la Resolución CRC 2202 de 2009, y previa aprobación del Comité de Comisionados, el día 13 de marzo de 2017 mediante auto notificado el 15 de marzo de 2017 decretó pruebas³⁵, requiriendo la información que se describe en la siguiente Tabla:

²⁶ Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 170-172.

²⁷ Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 169.

²⁸ Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 173 a 175.

²⁹ Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 196.

³⁰ Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 153-168.

³¹ Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 169.

³² Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 176-195.

³³ Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 197 a 203.

³⁴ Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 211 a 212.

³⁵ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 204 a 210.

Tabla 1. Auto de pruebas del 13 de marzo de 2017

Artículos	Requerimiento	Plazo
Segundo	[A]clarar si en los cuadros de costos administrativos y de interconexión anexos a las actas de conciliación, el producto titulado "LARGA DISTANCIA-007 MUNDO - 718" corresponde a lo conciliado entre de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., ETB S.A. , pues el nombre de COMCEL no parece mencionado en ningún producto, como sí sucede con OCCEL y CELCARIBE .	Quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.
Tercero	[A]clarar el rubro "ajuste cargos de acceso" que aparece en las actas de conciliación, cuentas de cobro y facturas del mes de marzo de 2006 y agosto 2006.	Quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.
Cuarto	[A]clarar el rubro "ajuste cantidad minutos internacional" y "ajuste costo entrantes internacional" que aparece en la factura de noviembre de 2007.	Quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.
Quinto	[E]xplicar a qué corresponde el rubro "ingresos por facturación", que aparece identificado en todas las facturas de los cargos de acceso cobradas a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., ETB S.A.	Quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.
Sexto	[A]llegar copia legible del Acta de Conciliación del Comité Mixto de Interconexión No. 007-2007 que se refiere al tráfico del mes de julio de 2007.	Quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.
Séptimo	[E]xplicar si el ajuste en el cargo de acceso de julio de 2006 que aparece en el acta de conciliación y factura del mes de agosto de 2006, corresponde a tráfico cursado con OCCEL o con COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. En caso que sea con COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A sírvase allegar el soporte del mismo.	Quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.

Octavo	ETB debe diligenciar la Tabla 2. con información relacionada con los valores pagados y las fechas de pago de las facturas relativas al pago de cargos, para los periodos objeto del presente trámite, referenciadas en la siguiente tabla	Quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.
Noveno	COMCEL debe allegar con destino al Expediente Administrativo No. 3000-92-531, información y soportes relacionados con el periodo de facturación, fecha de pago y valor total cancelado por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., ETB S.A por concepto de cargos de acceso durante el periodo comprendido entre febrero de 2006 y febrero de 2008, inclusive.	Quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que en el artículo 13° del referido Auto de Decreto de Pruebas, se indicó que: *"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 1341 de 2009 el término para la adopción de la decisión que ponga fin al presente trámite se encontrará suspendido durante el periodo probatorio"*.

El día 5 de abril 2017³⁶, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 2°, 3°, 4°, 6° y 8° del Auto de Decreto de Pruebas del 13 de marzo de 2017, **ETB** remitió a esta Comisión la información que le fue requerida en el referido Auto.

El día 6 de abril de 2017³⁷, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7° y 9° del Auto de Decreto de Pruebas 13 de marzo de 2017, **COMCEL** remitió a esta Comisión la información que le fue requerida en el referido Auto.

Mediante oficio del 2 de mayo de 2017³⁸, la Coordinadora Ejecutiva de la CRC corrió traslado a **ETB** de la información presentada por **COMCEL** en relación con los artículos 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7° y 9° del Auto de Decreto de Pruebas del 13 de marzo 2017, para que de conformidad con lo previsto en el artículo 40 del CPACA cuente *"con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte la decisión de fondo"* de la actuación administrativa de solución de controversias en curso, tiempo durante el cual la actuación administrativa se encontró suspendida

De igual forma, mediante oficio del 2 de mayo de 2017³⁹ la Coordinadora Ejecutiva de la CRC corrió traslado a **COMCEL** de la información presentada por **ETB** en relación con los artículos 2°, 3°, 4°, 6°, 7° y 8° del Auto de Decreto de Pruebas del 13 de marzo 2017, para que de conformidad con lo previsto en el artículo 40 del CPACA cuente *"con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte la decisión de fondo"* de la actuación administrativa de solución de controversias en curso, tiempo durante el cual la actuación administrativa se encontró suspendida.

Adicionalmente, el día 9 de mayo de 2017 fue radicada en esta Comisión con número de radicado 201731285, un escrito en el que se informaba a la CRC de la presentación, ante el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC), de un memorial de recusación

³⁶ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 213 a 704.

³⁷ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 706 a 835.

³⁸ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 836.

³⁹ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 837.

respecto del Doctor JUAN DAVID DUQUE BOTERO, designado como "*Comisionado experto Ad-hoc, en el marco de la controversia entre ETB S.A. ESP Y COMCEL S.A.*"⁴⁰

Mediante memorial del 11 de mayo de 2017 con radicado de salida número 2017573219, esta Comisión solicitó al Señor Ministro de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, "*para que dentro del trámite de la recusación en comento, indagara respecto de qué trámite(s) administrativo(s) de los que la Comisión de Regulación de Comunicaciones actualmente se encuentra adelantando entre los referidos proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, debe predicarse la referida recusación.*"⁴¹

Esta Comisión mediante comunicaciones del 16 de mayo de 2017 comunicó a **COMCEL**, la **ETB** y al **AGENTE ESPECIAL** designado para la presente actuación administrativa, respecto del memorial de recusación presentado ante el Señor Ministro de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en contra del Doctor JUAN DAVID DUQUE BOTERO. Asimismo, les informó esta actuación administrativa se entendería suspendida hasta tanto se decida la recusación presentada, o se identifique que la misma no se predica del presente trámite⁴².

El Contralor General de la República, Dr. Edgardo José Maya Villazón, mediante memorial allegado a la presente actuación administrativa el día 22 de mayo de 2017⁴³, en el marco del artículo 268 numeral 4 de la Constitución Política, solicitó a esta Comisión que se le informe "*sobre la aplicación que se le ha dado a la Interpretación Prejudicial que para estos casos fuera emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en particular, lo concerniente a la aplicación del principio andino de costos eficientes de interconexión*"⁴⁴

De manera paralela, el apoderado de **ETB** el día 22 de mayo de 2017⁴⁵ presentó a esta Comisión un memorial en el que allegan consideraciones a la solicitud de recusación contra el Doctor Juan David Duque Botero.

COMCEL, mediante comunicación del 23 de mayo de 2017⁴⁶, presentó a esta Comisión sus comentarios y observaciones a las aclaraciones y complementaciones presentadas por **ETB** relacionadas con los artículos pertinentes del Auto de Decreto de Pruebas del 13 de marzo de 2017.

De manera paralela, el apoderado de **COMCEL** el día 23 de mayo de 2017⁴⁷ presentó a esta Comisión un memorial en el que allegan consideraciones a la solicitud de recusación contra el Doctor Juan David Duque Botero.

En atención al memorial presentado por el Contralor General de la República el día 22 de mayo de 2017, mediante comunicación del 25 de mayo de 2017 esta Comisión informó lo siguiente: "*la CRC en aplicación de las reglas previstas en el CPACA y en el derecho andino, deberá valorar y analizar los elementos y argumentos planteados por las partes dentro de los diferentes trámites administrativos de solución de controversias entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. ETB., para así adoptar una decisión (...) De esta forma y, atendiendo a su solicitud y al principio de coordinación entre entidades públicas, una vez sean proferidas las decisiones de los trámites a los que se ha hecho referencia, se hará llegar copia de las mismas a su Despacho para su información*"⁴⁸

Con comunicado del 1 de junio de 2017, esta Comisión remitió al Señor Ministro de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones los memoriales presentados por **COMCEL** y **ETB** relacionados con la solicitud de recusación presentada contra el Doctor JUAN DAVID DUQUE BOTERO, en atención a que el H. Despacho del Señor Ministro es donde se encuentra tramitando la recusación formulada, conforme con el artículo 21 del CPACA⁴⁹.

⁴⁰ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 838 a 840.

⁴¹ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 841.

⁴² Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 842 a 844.

⁴³ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 845.

⁴⁴ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 845.

⁴⁵ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 846 a 848.

⁴⁶ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 849 a 856.

⁴⁷ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 857 a 858.

⁴⁸ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 859.

⁴⁹ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 862.

El 16 de junio de 2017 mediante comunicación dirigida al Señor Ministro de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, esta Comisión solicitó que se *"informe, con destino al trámite de la referencia, el estado de la recusación, con el fin de poderles brindar una respuesta a las inquietudes formuladas por las partes."*⁵⁰

De otra parte, el Contralor General de la República, Dr. Edgardo José Maya Villazón, mediante nuevo memorial allegado a la presente actuación administrativa el día 16 de junio de 2017⁵¹, en el marco del artículo 268 numeral 4 de la Constitución Política, reiteró a esta Comisión *"la solicitud en torno a que una vez expedidas las decisiones de estos trámites copia de ellas se alleguen a este organismo de control. En especial, se requerirán sobre este asunto los apartes de esas decisiones en los cuales se aluda a la aplicación al principio andino de costos eficientes de interconexión desarrollado por el artículo 20 de la Resolución 432 de 2000 de la CAN (disposición presente al momento de ser radicadas las controversias de la referencia)".* De igual forma, en el mismo memorial se solicitó a esta Comisión la siguiente información: *"a. Copia íntegra y autenticada de los actos administrativos expedidos por la CRC que dieron cuenta de las controversias de la referencia entre los años 2004-2005. A su vez, se deberá informar, si la CRC tuvo conocimiento o hubiere sido notificada que dentro del respectivo término de caducidad contra dichos actos se hubiere formulado acción de nulidad contenciosa por parte del operador COMCEL. b. Copia de la totalidad de los conceptos emitidos por la Procuraduría en las citadas controversias que cursan ante la CRC donde consten sus oposiciones y advertencias frente a las pretensiones del operador COMCEL".*

El 28 de junio de 2017, el Sr. Señor Ministro de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones informó a esta Comisión que *"procedió a dar archivo de la solicitud presentada por el señor JOSE ANTONIO MOLINA RUSSO en los términos del artículo 17 del CPACA"*⁵², situación que fue informada por parte de esta Comisión a **COMCEL**, **ETB** y al **AGENTE ESPECIAL** mediante comunicaciones del 4 de julio de 2017.

Mediante comunicación del 6 de julio de 2017⁵³ esta Comisión, en atención al memorial presentado por el Contralor General de la República el día 16 de junio de 2017, le informó: *"que una vez sean expedidos los referidos actos administrativos se remitirán a su despacho."* Asimismo, se remitió copia de los actos administrativos solicitados junto con la copia de todos los documentos radicados por el **AGENTE ESPECIAL** designado para el presente trámite administrativo y, adicionalmente, se informó que, a la fecha, esta Comisión tiene conocimiento de una demanda contra la Resolución CRT 1148 de 2005, la cual se adelanta ante la Sección Primera del Consejo de Estado, cuyo número de radicado es 2005-1152.

El 25 de julio de 2017, el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, presentó Oficio 002497 para que obre en la presente actuación administrativa, en la que sostuvo que *"[o]brando por instrucción del señor Procurador General de la Nación, y en defensa del ordenamiento jurídico, del patrimonio público y de los derechos e intereses de la sociedad, (...) ratifica los conceptos presentados por los agentes allí designados (...)"*⁵⁴

El día 28 de julio de 2017, en la ciudad de Bogotá D.C., sesionó la Comisión de Regulación de Comunicaciones, de forma extraordinaria en la sala de Juntas de la CRC, en donde ordenó que, en el marco de los principios de debido proceso y publicidad, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 42 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se les diera conocimiento a las partes de la Resolución 1922 de la SGCAN.

El 4 de agosto de 2017⁵⁵, la Coordinadora Ejecutiva de la CRC, en cumplimiento de lo ordenado en Sesión de Comisión del 28 de julio de 2017, y en el marco de los principios de debido proceso y publicidad y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 42 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, remitió a **COMCEL** y a **ETB** la Resolución 1922 de la SGCAN, por medio de la cual se modificó la Resolución 432 "Normas Comunes sobre interconexión", otorgándoles quince (15) días hábiles para que presentaran, si lo estimaban pertinente, sus consideraciones y observaciones frente a la referida información; tiempo durante el cual la actuación administrativa se encontró suspendida.

⁵⁰ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 863.

⁵¹ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 864.

⁵² Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 865.

⁵³ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-231. Folios 866 a 871.

⁵⁴ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 872 a 875.

⁵⁵ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 876 a 877.

En atención a lo anterior, mediante comunicaciones del 22 y del 24 de agosto de 2017, **COMCEL**⁵⁶ y **ETB**⁵⁷, respectivamente, presentaron consideraciones a la comunicación remitida por esta Comisión el 3 de agosto de 2017 relacionadas con la Resolución 1922 de la SGCAN, por medio de la cual se modificó la Resolución 432 "Normas Comunes sobre interconexión".

Adicionalmente, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado mediante memorial de fecha del 31 de agosto de 2017 con radicado interno No. 201732750 allegado al presente trámite administrativo, se permitió *"reiterar los planteamientos expuestos (...), para cuyo propósito anex[ó] fotocopia del mismo, solicitando de manera respetuosa que sean puestos a consideración de los integrantes de la sesión de la CRC en la que habrá de debatirse el tema."*

En atención a lo dispuesto en el artículo 40 del CPACA, mediante oficio del 1 de septiembre de 2017⁵⁸, la CRC puso en conocimiento de **ETB** las consideraciones presentadas por **COMCEL** relacionadas con la Resolución 1922 de la SGCAN, otorgando quince (15) días hábiles para remitir sus consideraciones y observaciones frente a la referida información, tiempo durante el cual la actuación administrativa se encontró suspendida.

De igual forma, y en el marco de lo dispuesto en el artículo 40 del CPACA, mediante oficio del 1 de septiembre de 2017⁵⁹, la CRC puso en conocimiento de **COMCEL** las consideraciones presentadas por **ETB** relacionadas con la Resolución 1922 de la SGCAN, otorgando quince (15) días hábiles para remitir sus consideraciones y observaciones frente a la referida información, tiempo durante el cual la actuación administrativa se encontró suspendida.

De otra parte, el Contralor General de la República, Dr. Edgardo José Maya Villazón, mediante memorial allegado a la presente actuación administrativa el día 13 de septiembre de 2017, en el marco del artículo 268 numeral 4 de la Constitución Política, requirió a esta Comisión *"allegar a este despacho copia del Concepto No. 002497 de fecha 14 de julio de 2017 (...)"* De igual forma, en el mismo memorial se solicitó a esta Comisión lo siguiente: *"poner de presente los requerimientos presentados por la Contraloría en este asunto a todos los servidores públicos y asesores externos que han o hubieren podido intervenido directa o indirectamente en el desarrollo de las actuaciones de la referencia, así como expresamente a cada uno de los funcionarios encargados de decidir las de fondo en la respectiva sesión de Comisión que se realice para el efecto."*⁶⁰

De otro lado, **COMCEL** mediante comunicación del 15 de septiembre de 2017⁶¹, presentó memorial en relación con las observaciones allegadas por **ETB** relacionadas con la Resolución 1922 de la SGCAN, sosteniendo que *"en relación con el escrito presentado por ETB del cual se ha corrido traslado, manifiesto que por el momento no me referiré a él, lo cual haré posteriormente en la etapa procesal oportuna."*

Mediante comunicación del 19 de septiembre de 2017⁶² esta Comisión, en atención al memorial presentado por el Contralor General de la República el día 13 de septiembre de 2017, le informó lo siguiente: *"(i) Respecto a su solicitud de información: (...) se adjunta la misma a la presente comunicación. (ii). Respecto a su solicitud de poner de presente sus requerimientos a los servidores públicos y asesores externos que han o hubieren podido intervenir directa o indirectamente en el desarrollo de las actuaciones de la referencia: Esta Comisión le informa que ha puesto de presente su comunicación de la referencia, así como lo ha efectuado anteriormente frente a las demás comunicaciones allegadas por su H. Despacho a los trámites administrativos de solución de controversias que esta Comisión se encuentra tramitando en el marco de sus competencias (...)."* Así mismo, en dicha fecha, fueron remitidas⁶³ copias de los requerimientos efectuados por el Contralor General de la República a los miembros de la Sesión de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

⁵⁶ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 878.

⁵⁷ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 879 a 891.

⁵⁸ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 892.

⁵⁹ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-525. Folio 893.

⁶⁰ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 894.

⁶¹ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 896.

⁶² Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 898 a 901.

⁶³ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 902 a 914.

Por su parte, **ETB** mediante comunicación del 19 de septiembre de 2017⁶⁴, presentó a esta Comisión sus consideraciones y observaciones a la documentación aportada por **COMCEL** relacionadas con la Resolución 1922 de la SGCAN.

Así mismo, el 26 de septiembre de 2017, el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, presentó Oficio 003149 solicitando a esta Comisión lo siguiente: "1. *Se sirvan certificar y/o informar la fecha en la cual se puso de presente el Oficio No. 002497 de fecha 14 de julio de 2017 a cada uno de los funcionarios encargados de adoptar la definición de fondo del asunto de la referencia. Cabe recordar que en esa comunicación la Procuraduría General de la Nación expone su posición en la controversia de la referencia (...)* 2. *Se sirva expedir copia de los conceptos para el asunto emitidos ante la Comisión de Regulación de Comunicaciones por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en respaldo a las argumentaciones de la ETB y advirtiéndole que la concesión de las pretensiones de COMCEL generaría daño antijurídico, de fechas 3 de noviembre de 2016 y 28 de agosto de 2017.*"⁶⁵

Mediante oficio del 26 de septiembre de 2017⁶⁶, la Coordinadora Ejecutiva de la CRC corrió traslado al **AGENTE ESPECIAL** de toda la información presentada tanto por **COMCEL** como por **ETB** relacionada con la Resolución 1922 de la SGCAN, junto con sus respectivos traslados, para que de conformidad con lo previsto en el artículo 40 del CPACA cuente "con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte la decisión de fondo" de la actuación administrativa de solución de controversias en curso. Disponiendo, para tales efectos, de quince (15) días hábiles, para remitir sus consideraciones y observaciones frente a la referida información, tiempo durante el cual la actuación administrativa se encontró suspendida.

Mediante oficio del 29 de septiembre de 2017⁶⁷, la Coordinadora Ejecutiva de la CRC dio alcance al Oficio 003149 presentado por el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, de la siguiente manera: "Con todo, en aras de atender la solicitud del Señor Procurador Delegado, una vez recibida la solicitud de la referencia fueron expedidas sendas comunicaciones tanto al señor Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como al Señor Director del Departamento Nacional de Planeación, con copia a sus respectivos asesores, las cuales fueron identificadas con el radicado interno No. 2017596328. En todo caso, debe precisarse que el oficio en mención fue incorporado en debida forma a los expedientes administrativos antes señalados, los que se encuentran a disposición de los miembros de la Sesión de Comisión que habrían de adoptar la decisión que ponga fin a los mismos y han sido puestos de presente en los escenarios de discusión respectivos. Ahora bien, en lo que respecta a su segunda solicitud, se anexan a la presente comunicación las copias simples de los dos documentos elaborados por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (...)"

Adicionalmente, a través de comunicación del 2 de octubre de 2017⁶⁸, el Doctor Isaac Alfonso Devis Granados, presentó poder otorgado por **COMCEL** para efectos de ser reconocido como apoderado sustituto en el trámite administrativo de la referencia. Mediante la misma comunicación allegó a la actuación administrativa que nos convoca un documento relacionado con la aplicación en el tiempo de la Resolución SGCAN 1922, y una declaración para fines extraprocesales rendida por el Dr. Carlos Eduardo Balén y Valenzuela⁶⁹.

El apoderado sustituto de **COMCEL** también presentó memorial el 2 de octubre de 2017 solicitando a esta Comisión información respecto de "si esa entidad ha tomado las acciones tendientes a lograr la designación de un nuevo Comisionado Ad-Hoc, en reemplazo del Dr. Juan David Duque (...)"⁷⁰

Adicionalmente, mediante memorial de fecha del 9 de octubre de 2017⁷¹, **COMCEL** solicitó a esta Comisión "requerir al apoderado de ETB para que dentro del término que la Comisión tenga a bien fijarle (...)", se pronuncie respecto de ciertas afirmaciones que dicho apoderado había presentado en el trámite de la referencia en relación con las comunicaciones presentadas en este expediente por los organismos de control y la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

⁶⁴ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 915 a 828.

⁶⁵ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 929.

⁶⁶ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 930.

⁶⁷ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 931 a 934.

⁶⁸ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 935 a 941.

⁶⁹ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 946 a 948.

⁷⁰ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 944.

⁷¹ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 949.

Mediante oficio del 10 de octubre de 2017⁷², la Coordinadora Ejecutiva de la CRC dio respuesta a la comunicación presentada por el apoderado sustituto de **COMCEL** del 2 de octubre de 2017, informándole que en el trámite de la referencia no hay información alguna respecto de la designación de un nuevo comisionado Ad hoc, informándole que conforme al artículo 21 del CPACA, daría traslado al señor Ministro de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para que en el marco de sus competencias conozca de la solicitud presentada.

Mediante oficios del 13 de octubre de 2017, la Coordinadora Ejecutiva de la CRC corrió traslado a **ETB**⁷³ y al **AGENTE ESPECIAL**⁷⁴ de la información presentada por el apoderado sustituto de **COMCEL** relacionada con la Resolución 1922 de la SGCAN, para que de conformidad con lo previsto en el artículo 40 del CPACA contara "*con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte la decisión de fondo*" de la actuación administrativa de solución de controversias en curso, otorgando cinco (5) días hábiles, para remitir sus consideraciones y observaciones frente a la referida información, tiempo durante el cual la actuación administrativa se encontró suspendida.

Adicionalmente, mediante oficios del 13 de octubre de 2017, la Coordinadora Ejecutiva de la CRC corrió traslado a **ETB** y al **AGENTE ESPECIAL** de la información presentada por el apoderado sustituto de **COMCEL** relacionada con la Resolución 1922 de la SGCAN, para que de conformidad con lo previsto en el artículo 40 del CPACA contara "*con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte la decisión de fondo*" de la actuación administrativa de solución de controversias en curso, otorgando cinco (5) días hábiles, para remitir sus consideraciones y observaciones frente a la referida información, tiempo durante el cual la actuación administrativa se encontró suspendida.

Mediante comunicación del 13 de octubre de 2017⁷⁵, el apoderado sustituto de **COMCEL** presentó "*algunos contra argumentos (sic) a lo manifestado por la Procuraduría y el Contralor General de la república (...)*".

Por medio de oficio del 17 de octubre de 2017⁷⁶, la Coordinadora Ejecutiva de la CRC informó al apoderado de **ETB**, con copia al apoderado sustituto de **COMCEL**, de la comunicación presentada por este último el día 9 de octubre de 2017 para que, conforme con los principios de imparcialidad y transparencia que rigen todas las actuaciones administrativas, dentro de los "*cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente a la recepción del presente escrito remita, si lo estima pertinente, sus consideraciones y observaciones frente a la referida comunicación*". De la misma comunicación se remitió copia al **AGENTE ESPECIAL**.

ETB mediante comunicación del 19 de octubre de 2017⁷⁷, presentó a esta Comisión sus consideraciones y observaciones a la comunicación aportada por el apoderado sustituto de **COMCEL** el día 9 de octubre de 2017.

El **AGENTE ESPECIAL** no presentó consideraciones o argumentos dentro del término otorgado para tales efectos, respecto del oficio del 26 de septiembre de 2017, por medio del cual la Coordinadora Ejecutiva de la CRC corrió traslado al mismo de toda la información presentada tanto por **COMCEL** como por **ETB** relacionada con la Resolución 1922 de la SGCAN, junto con sus respectivos traslados.

El 24 de octubre de 2017, el apoderado sustituto de **COMCEL** presentó memorial a esta Comisión en el que adjunta respuesta de la Dra. Gloria Amparo Alonso Másmela, Contralora General de la República (E), en la que indica que esa entidad en el caso de referencia: "*(...) no ha intervenido con pronunciamientos de ninguna índole, ni menos ha fijado sentido ni indicación alguna sobre las decisiones que de modo autónomo solo corresponden en exclusiva a la citada Comisión*"⁷⁸.

La Contraloría General de la República, mediante comunicación del 27 de octubre de 2017, se refirió al traslado efectuado por la CRC, en el que manifiesta su falta de competencia para pronunciarse acerca del memorial del apoderado sustituto de **COMCEL** en el que este proveedor solicita que se

⁷² Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 950 a 953.

⁷³ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 964 a 967.

⁷⁴ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 960 a 963.

⁷⁵ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 968 a 985.

⁷⁶ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 986 y 987.

⁷⁷ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 988 a 992.

⁷⁸ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 993 a 994.

requiera a **ETB** para que entregue información relacionada con calificativos de valor supuestamente formulados por las cabezas de los organismos de control y la Agencia de Defensa Jurídica del Estado dentro de la presente controversia⁷⁹.

Mediante comunicación del 8 de noviembre de 2017⁸⁰ el apoderado de **ETB** se pronunció sobre el memorial de **COMCEL** del 9 de octubre de 2017 en respuesta al traslado efectuado por la CRC de dicho documento, en relación con lo cual allegó copia de una serie de pronunciamientos de Procuraduría General de la Nación y de la ANDJE.

El 14 de noviembre de 2017⁸¹, mediante auto de decreto de pruebas, la CRC ordenó oficiar a la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a efectos de que determine si la orden tercera contenida en la sentencia de 23 de septiembre de 2015, proferida dentro del Recurso de Anulación del Laudo Arbitral de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. contra Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, Expediente 11001-03-26-000-2015-00018-00(53054), se vio afectada luego de la expedición de la Resolución 1922 de 2017 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Mediante comunicaciones del 20 de noviembre de 2017, la Coordinadora Ejecutiva de la CRC informó a **ETB**⁸², a **COMCEL**⁸³, al **AGENTE ESPECIAL**⁸⁴ y al Consejo de Estado⁸⁵ respecto de la notificación por estado del Auto de pruebas de oficio del 14 de noviembre de 2017.

El 24 de noviembre de 2017⁸⁶, la Secretaría del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, informó a esta Comisión que el oficio con radicado CRC No. 201721573 fue remitido al Despacho del Magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera para su conocimiento y fines pertinentes.

Con memorial del 27 de noviembre de 2017⁸⁷, el apoderado sustituto de **COMCEL** presentó argumentos con el fin de indicar las razones por las cuales habría de dejarse sin efectos el Auto de pruebas de oficio del 14 de noviembre de 2017.

Asimismo, el apoderado sustituto de **COMCEL** el día 29 de noviembre de 2017⁸⁸ allegó a esta Comisión memorial en el que adjunta copia de oficio de la Contraloría relacionada con el trámite administrativo de la referencia.

Mediante comunicación del 29 de noviembre de 2017, el Contralor General de la República, solicitó a esta Entidad adoptar en cuanto fuera posible la decisión que pusiera fin a la presente controversia, *"en el ámbito de autonomía propia de las atribuciones y competencias de esa Comisión de Regulación"*⁸⁹.

Mediante comunicación radicada internamente bajo el radicado 2017814725, el Secretario General del Consejo de Estado, solicitó a esta Entidad el préstamo del expediente 2015-00018-00 relacionado con la providencia del 23 de septiembre de 2015 proferida por dicha Sección, tramitado internamente en la CRC bajo el expediente administrativo CRC No. 3000-92-525, atendiendo a la admisión de la acción de tutela interpuesta, por el señor Wilson Albeiro Murillo Herrera, contra el Consejo de Estado - Sección Tercera - Subsección A.

En atención a la solicitud en mención, el 7 de diciembre de 2017⁹⁰ la CRC remitió a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el expediente 11001-03-26-000-2015-00018-00(53054) que fuere allegado por la Secretaría de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso

⁷⁹ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 995.

⁸⁰ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 996 a 1055.

⁸¹ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 1056 a 1059.

⁸² Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 1060.

⁸³ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 1062.

⁸⁴ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 1061.

⁸⁵ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 1063.

⁸⁶ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 1065.

⁸⁷ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531, Folios 1066 a 1072.

⁸⁸ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 1073 a 1075.

⁸⁹ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folio 1076.

⁹⁰ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 1077 a 1082.

Administrativo del Consejo de Estado mediante el Oficio No. A 2016-00013-D el día 13 de enero de 2016 bajo el radicado No. 201630067.

Esta Comisión informó a **COMCEL, ETB** y al **AGENTE ESPECIAL**, mediante comunicaciones⁹¹ del 14 de diciembre de 2017, que el expediente 3000-92-525, fue dado en préstamo al Consejo de Estado.

Por su parte, el apoderado sustituto de **COMCEL** el día 19 de diciembre de 2017⁹², allegó a esta Comisión memorial aportando la sentencia dentro del proceso 293 IP-2016 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la cual dicho Tribunal hizo referencia a la Resolución 1922 de la Secretaría General de la CAN.

De otra parte, mediante comunicación remitida a la CRC el 18 de enero de 2018⁹³, se notificó y remitió a esta Comisión por Secretaría de la Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, copia simple de la providencia del 1 de diciembre de 2017 proferida por el consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera, en cumplimiento del artículo 1º del Auto de Pruebas del 14 de noviembre de 2017, proferido dentro de la presente actuación administrativa, providencia en la cual se dio respuesta al auto de decreto de pruebas de fecha 27 de noviembre de 2017.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones mediante oficio de fecha 25 de enero de 2018, le informó a esta Comisión de la Resolución No. 3159 de 4 de diciembre de 2017, mediante la cual el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones resolvió: *"Modificar el artículo segundo común de las Resoluciones No. 1071 del 7 de junio de 2016, 2550 del 5 de diciembre de 2016 y 2786 del 19 de diciembre de 2016, el cual fue modificado por la Resolución No. 0466 del 28 de febrero de 2017, en el sentido de designar como Comisionado Experto de la Comisión de Regulación de Comunicaciones al ingeniero NICOLAS SILVA CORTES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.016.916 de Pereira, quien se desempeña en el cargo Director de Industria de Comunicaciones, en reemplazo del Dr. JUAN DAVID DUQUE BOTERO."*⁹⁴

En atención a lo dispuesto en el artículo 40 del CPACA, mediante oficio del 2 de febrero de 2018⁹⁵, la CRC puso en conocimiento de **COMCEL**, de **ETB** y del **AGENTE ESPECIAL** la respuesta de la Sección Tercera, subsección "A" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado al artículo 1 del Auto de Pruebas del 14 de noviembre de 2017, otorgando un plazo de diez (10) días hábiles para remitir sus consideraciones y observaciones frente a la referida información, tiempo durante el cual la actuación administrativa se encontró suspendida. En relación con este particular, el 2 de febrero de 2018, solamente **COMCEL** presentó consideraciones al mismo, manifestando estar de acuerdo con lo decidido por el Consejo de Estado.

Con ocasión del trámite de la acción de tutela incoada contra el Consejo de Estado y la remisión en préstamo del expediente 11001-03-29-000-2015-00018-00(53054) que hiciera esta Comisión el día 7 de diciembre de 2017, la Coordinadora Ejecutiva de la CRC mediante oficio del 5 de febrero de 2018⁹⁶, solicitó al H. Consejo de Estado que otorgara información del *"estado en que se encuentra el trámite de la acción de tutela en comento y se impartan las instrucciones del caso para la remisión del expediente (...), lo anterior dado que los mismos son necesarios para continuar con los trámites administrativos en curso que se adelantan ante esta Comisión y que se relacionan con la providencia del 23 de septiembre de 2015 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado"*.

El 14 de febrero de 2018⁹⁷, mediante comunicación radicada internamente bajo el número 2018300357, el apoderado sustituto de **COMCEL** presentó sus consideraciones a la respuesta de la Sección Tercera, subsección "A" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado al artículo 1 del Auto de Pruebas del 14 de noviembre de 2017.

Mediante Resolución 611 del 20 de febrero de 2018 el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, designó como Director Ejecutivo Ad -hoc de la Comisión de Regulación de

⁹¹ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 1083 a 1085.

⁹² Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 1086 a 1102.

⁹³ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 1103 a 1105.

⁹⁴ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 1106 a 1107.

⁹⁵ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 1108 a 1110.

⁹⁶ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 1111 a 1114.

⁹⁷ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 1115 a 1116.

Comunicaciones, al señor JUAN MANUEL WILCHES DURÁN, *"para que dé impulso"* a la presente actuación administrativa de solución de controversias.

Por medio de oficio del 23 de febrero de 2018⁹⁸, la Coordinadora Ejecutiva de la CRC nuevamente remitió comunicación a la Sala Plena de los Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en relación con la remisión del expediente 11001-03-29-000-2015-00018-00(53054) que hiciera esta Comisión el día 7 de diciembre de 2017, solicitando información del *"estado en que se encuentra el trámite de la acción de tutela en comento y se impartan las instrucciones del caso para la remisión del expediente (...), lo anterior dado que los mismos son necesarios para continuar con los trámites administrativos en curso que se adelantan ante esta Comisión y que se relacionan con la providencia del 23 de septiembre de 2015 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado"*.

Por su parte, mediante memorial del 26 de febrero de 2018, radicado bajo el número 2018300475, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, sostuvo que *"reiteraba"* *"como ya es de conocimiento de la CRC, que la Agencia Nacional de Defensa jurídica del Estado posee legitimación para intervenir en la actuación pues así lo establece el artículo 610 del Código General del Proceso y el Decreto 4085 de 2011"*⁹⁹.

Mediante oficio del 3 de abril de 2018¹⁰⁰, radicado bajo el número 2018512599, la Coordinadora Ejecutiva de la CRC, atendiendo a que la Sección Cuarta del Consejo de Estado emitió fallo dentro del proceso identificado con Radicado 11001-03-15-000-2017-03072-00, remitió comunicación a dicha sección solicitando que *"se impartan las instrucciones del caso para la remisión del expediente (...), toda vez que es requerido para continuar con los trámites administrativos en curso que se adelantan ante esta Comisión y que se relacionan con la providencia del 23 de septiembre de 2015 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado"*.

La Sala Plena del Consejo de Estado mediante Oficio DMMC 634, radicado internamente en esta Comisión el día 17 de abril de 2018¹⁰¹, bajo el número 2018301016, devolvió el expediente 11001-03-29-000-2015-00018-00(53054).

Mediante comunicación del 26 de abril de 2018¹⁰², el apoderado de **COMCEL** solicitó a esta Entidad proceder a resolver de fondo la presente controversia, atendiendo a la devolución del expediente por parte del Consejo de Estado.

El día 8 de mayo de 2018, el señor Guillermo Alberto García Cadena, apoderado general de **ETB** mediante correo electrónico remitido a la CRC, solicitó al Doctor Juan Sebastián Roza, Ministro - Encargado- de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, *"se sirva manifestar si se halla incurso en algún conflicto de interés o en alguna causal de impedimento (...) habida cuenta de las relaciones laborales con alguno de los operadores que pueda incidir en los conflictos de la referencia"*, así mismo requirió que *"se haga el pronunciamiento indicado antes de cualquier intervención del doctor Juan Sebastián Roza en la comisión por razón de los conflictos con COMCEL S.A."*.

Atendiendo a dicha solicitud, el mismo 8 de mayo de 2018, y antes de dar inicio al estudio de los temas incluidos en el orden del día de la Sesión de Comisión que tuvo lugar ese mismo día, el señor Ministro Encargado, como miembro de esta, manifestó que no existe conflicto de interés alguno de su parte para pronunciarse o conocer de las solicitudes de solución de controversias presentadas ante la CRC por parte de **COMCEL** respecto del operador **ETB**, toda vez que con ninguno de dichos operadores ha tenido vínculo laboral alguno, por lo que no se configura ninguna de las causales establecidas en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011. Así mismo, manifestó que en el acta de la respectiva Sesión de Comisión dejaría constancia de lo aquí expuesto. Finalmente, en tanto el solicitante no esgrime ninguna causal por la que eventualmente pueda configurarse una recusación, no se considerará la petición como de las que trata el artículo 12 del CPACA.

Finalmente, debe advertirse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.2.30.4. del Decreto 1074 de 2015¹⁰³, el presente acto administrativo no requiere ser informado a la

⁹⁸ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 1117 a 1118.

⁹⁹ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 1119 a 1121.

¹⁰⁰ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 1122.

¹⁰¹ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 1123.

¹⁰² Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Folios 1124.

¹⁰³ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo.

Superintendencia de Industria y Comercio por tratarse de un acto de carácter particular y concreto al que hace referencia el numeral 3 del artículo antes citado.

2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

2.1. Argumentos expuestos por COMCEL

COMCEL, en el presente trámite administrativo, plantea la siguiente solicitud:

*"Que la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES, solucione la controversia surgida entre EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP-ETB, en adelante ETB y COMCEL S.A., respectivamente, en relación al valor que por concepto de Cargos de Acceso la ETB adeuda a COMCEL por el periodo comprendido entre febrero de 2006 hasta febrero 2008 inclusive, en virtud del Contrato de Acceso, uso e interconexión suscrito entre las partes el 13 de noviembre de 1998 y de la reglamentación vigente para la época, contenida en la Resolución CRT 087 de 1997, modificada parcialmente y en partes expresamente indicadas por las Resoluciones CRT1237 de 2005 -para el periodo de febrero 2006 a diciembre 2007- y la resolución CRT1763 de 2007- para el período de enero 2008 a febrero de 2008"*¹⁰⁴.

Los argumentos en que fundamenta tanto su solicitud como sus pretensiones se resumen de la siguiente manera:

Para **COMCEL**, el valor que **ETB** debe pagar es el tope máximo por concepto de cargo de acceso por minuto o por capacidad contenido en la Resolución CRT 463 de 2001, pues, en su opinión, la misma no fijaba un tope sino un precio máximo o meta al que debían llegar los operadores gradualmente. Sostiene que la CRT adelantó múltiples estudios y *benchmarkings* internacionales que la llevaron a establecer el valor de 9 centavos de dólar, cifra que contemplaba los costos de terminación en una red móvil, más una utilidad razonable.

Como argumentos adicionales en ese sentido, aduce que ese mismo valor había sido reconocido por la CRT en el documento preparado para analizar los comentarios de los operadores sobre el artículo 4.2.3.7 (que en la Resolución CRC 463 fuera el 4.2.2.19 de la Resolución 087 de 1997), en donde afirma que la CRT sostuvo que: *"De acuerdo con el análisis realizado por la CRT con base en la experiencia internacional, el valor del cargo de acceso actual para terminación en redes móviles está muy por debajo de los valores eficientes. El valor objetivo de nueve (9) centavos de dólar para terminación en redes móviles planteado por la CRT está de acuerdo con las tendencias internacionales"*. Asimismo, **COMCEL** también hace referencia a las Resoluciones CRT 916 de 2003 y CRT 957 de 2004, en las que se hace mención a dicho "precio objetivo".

Además, **COMCEL** considera que se estableció un período de transición de 3 años con base en una idea de precio final y no de tope máximo, período que venció el 1 de enero de 2005, para que de manera gradual los operadores de TPBCLD llegaran a pagar el valor previsto para dicho año. Explica que esta transición gradual fue justificada por tratarse, en sus propias palabras, de un *"operador de TPBCLD siempre pagador de cargos de acceso a los operadores de telefonía móvil, al igual que el hecho de coincidir en una misma empresa la calidad de operador local y de TPBCLD en el escenario de una disminución de los cargos de acceso locales (ingreso), sumada al aumento de los cargos de acceso pagaderos a los operadores de telefonía móvil (egreso)"*.

COMCEL concluye que *"cuando en la Resolución CRT 463 de 2001 se dice Cargo de Acceso Máximo, es porque se trata de una escala gradual para llegar a un PRECIO META o VALOR OBJETIVO, en el mes de enero de 2005. Es similar a los peldaños de una escalera que sirven para llegar al nivel deseado."*

Así, y para efectos del periodo reclamado, **COMCEL** sostiene que su solicitud *"cubre exclusivamente el periodo comprendido entre febrero 2006 a febrero 2008, por lo que le son aplicables en su orden: (i) la Resolución CRT 087 de 1997 (la resolución "marco"), modificada, por las Resoluciones CRT 1237 de 2005 -para el período de febrero 2006 a diciembre 2007, (ii) la Resolución CRT 1763 de 2007 -para el período de enero 2008 a febrero 2008. (iii) Principio de integralidad previsto en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001"*

Respecto de la Resolución CRT 1763 de 2007, **COMCEL** se detiene a explicar que el 5 de diciembre de 2007 expidió reglas sobre Cargos de Acceso y uso a redes fijas y móviles y derogó los artículos

¹⁰⁴ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Radicado No. 2018300475.

4.2.2.19., 4.2.2.20., 4.2.2.21., 4.2.2.22., 4.2.2.23., 4.2.2.24., 4.2.2.25., 4.2.2.26., 4.2.2.27., 4.2.2.28, 4.2.3.5. y 4.3.8 de la Resolución CRT 087 de 1997 y anexos 008 y 009 de la misma resolución, la cual es aplicable al periodo reclamado y no ha sido ni demandada ni anulada.

Respecto del alcance y aplicación de la Resolución CRT 463 de 2001, **COMCEL** recuerda que "el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001, estableció para los operadores de TMC y TPBCLD, la posibilidad de: (i) mantener las condiciones (Cargos de Acceso) existentes que tenían pactadas a esa fecha en los contratos de interconexión, o (ii) acogerse en su totalidad, para todas sus interconexiones, a los valores definidos en dicha Resolución. La vigencia del artículo 5° de la Resolución 463 de 2001 se trata en un capítulo LA VIGENCIA DEL ARTICULO 5° DE LA RESOLUCIÓN CRT 463 DE 2001."

COMCEL se refiere a la Circular No. 40 de 2002, sosteniendo que la misma dispuso que los operadores de TMC y TPBCLD debían definir si acogerse a lo dispuesto en la Resolución CRT 463 de 2001 o si continuaban aplicando el régimen anterior en materia de cargos de acceso. Con base en ello, y que en su consideración **ETB** se acogió al régimen de la Resolución CRT 463 en su relación con EDATEL S.A. E.S.P. y TELECOM CÓRDOBA, **COMCEL** afirma que **ETB** de manera integral debe acogerse al mismo régimen en todas sus interconexiones; además, agrega, que **ETB** ha solicitado a la CRT resolver conflictos para acogerse al esquema de cargos de acceso de la Resolución CRT 463 con EMCALI, EMTLSA, ETG, TELEPALMIRA, UNITEL, TELESANTAMARTA, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, TELEARMENIA, TELESANTAROSA y TELETULUÁ.

Para **COMCEL**, el valor del cargo de acceso inicialmente acordado en el **CONTRATO** quedó superado por voluntad de las partes, cuando **ETB** manifestó su voluntad de acogerse para todas sus interconexiones a los valores previstos en la Resolución 463 de 2001. En su sentir no fue esta Resolución la que modificó el **CONTRATO**, sino que fue la misma **ETB** quien lo hizo, pues al aplicar ese esquema para las interconexiones con las empresas ya nombradas, también lo hizo para la que tiene con **COMCEL**, para la cual optó además por la modalidad de minuto (la cual, agrega, ha venido aplicando con la aprobación de **COMCEL**).

Adicionalmente, y respecto de la vigencia del artículo 5° de la Resolución CRT 463, **COMCEL** puntualmente sostuvo que: "(i) nunca fue incorporado a la Resolución CRT 087/97; (ii) no se vio (sic) afectado por la Resolución CRT 469/02, porque ésta se refería exclusivamente a la Resolución CRT 087/97, y en ella no está incorporado el artículo 5° de la Resolución CRT 463; (iii) no se vio (sic) afectado ni fue demandado dentro del proceso que culminó con la sentencia del 21 de agosto de 2008 de la Sección Primera del Consejo de Estado; (iv) no fue declarada su nulidad dentro del proceso que culminó con la sentencia del 15 de noviembre de 2012 de la Sección Primera del Consejo de Estado y, el 14 de marzo de 2013, al declarar la Sección Primera del Consejo de Estado, la nulidad de la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2012, dejó las cosas como estaban anteriormente, es decir, con la plena vigencia del artículo 5 de la Resolución CRT 463/01"

De acuerdo con los anteriores argumentos, **COMCEL** reivindica una serie de valores que considera adeuda **ETB** para los periodos reclamados.

Así las cosas, y como consecuencia de la referida argumentación, como oferta final **COMCEL** propone, puntualmente, lo siguiente:

"COMCEL S.A. acorde con el marco normativo vigente para Cargos de Acceso fijado para todos los actores del mercado a través de la Resolución CRT 087 de 1997, modificada por las Resoluciones CRT 1237 de 2005 y 1763 de 2007 y en la aplicación del principio de integralidad consagrado en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001, propone como valor de Cargo de Acceso para remunerar por parte de ETB a la red móvil de COMCEL, para el periodo comprendido entre febrero de 2006 y febrero de 2008 incluidos ambos, los valores que resulten al liquidar el capital y los intereses adeudados, conforme a lo señalado en los cuadros 1 al 4 incorporados en el punto 10 de la presente solicitud (...)"

Adicionalmente, **COMCEL** a través de su solicitud de controversias y de memoriales de fechas 31 de julio, 12 de septiembre, 2 de octubre y 19 de diciembre de 2017, presentó consideraciones relacionadas con el asunto en controversia, la prescripción y la caducidad, y los efectos de la Resolución SGCAN 1922 del 17 de abril de 2017. A continuación, se transcriben las referidas consideraciones:

- Respecto del asunto en controversia:



"En éste asunto **NO** se debate la forma en la cual la CRT hoy CRC determinó el valor de los cargos de acceso. (...) En éste asunto **LO ÚNICO** que se debate es que la ETB no le ha pagado a COMCEL el valor de los cargos de acceso."

- Respecto de la prescripción y caducidad:

"En éste asunto **NO** hay lugar a prescripción alguna porque: a. Es la **misma** obligación que se deviene cobrando desde la época del primer proceso arbitral. Lo que pasa es que **NO** se ha determinado cuál es el juez o funcionario competente para resolver la Petición; porque la petición es la **misma** desde el principio, **NO** ha cambiado. b. Porque la prescripción, si a ella hubiere lugar, ha debido alegarse por la ETB desde cuando (SIC) contestó la demanda. La prescripción es una excepción que debe alegarse en la Contestación de la demanda, porque la oportunidad es preclusiva. La prescripción **NO** puede ser alegada por el Ministerio Público ni por ningún tercero."

- Respecto de los efectos de la Resolución SGCAN 1922:

"La Resolución 1922 tiene efectos hacia el futuro en las materias sustantivas que modifica. La Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones no estableció regla especial en contrario. La modificación que introduce a los artículos 18 y 22 de la Resolución 432 no aplica a las controversias iniciadas ante la CRC con anterioridad al 17 de agosto de 2017, fecha de adopción y entrada en vigencia de la citada Resolución 1922. Por lo tanto los tramites (SIC) que se adelantan ante la CRC, deben regirse por las normas vigentes a la época de los hechos."

Sobre esto último, el apoderado sustituto de **COMCEL**, en escrito del 2 de octubre de 2017, allegó concepto del Dr. Marcel Tangarife Torres, a propósito de la vigencia de las normas andinas, donde concluye que la Resolución 1922 únicamente puede ser aplicada a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena y solo para conflictos de interconexión que se susciten a partir de su entrada en vigencia.

Adicionalmente, y mediante memorial del 19 de diciembre de 2017, el mismo apoderado de **COMCEL** presentó a esta Comisión copia simple de la Interpretación Prejudicial 293-IP-2016 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Así, y para soportar su argumento "referente a la no aplicación de la Resolución 1922 para los casos como los de los Expedientes Administrativos", realiza las siguientes citas de la referida IP:

"Procede interpretar de oficio los artículos 32 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, por estar en controversia la competencia de la Autoridad Nacional para resolver conflictos sobre interconexión de redes de telefonía pública. Este último fue sustituido mediante la Resolución 1922 del 18 de abril de 2017, la misma que no afecta el análisis de la presente interpretación prejudicial"

(...)

2. La autoridad nacional competente para resolver conflictos de interconexión. La protección de la libre competencia y los servicios de telecomunicaciones

2.1. En el caso sometido a consulta se debate sobre las facultades de la Autoridad nacional competente en materia de telecomunicaciones para resolver conflictos de interconexión, por lo que corresponde desarrollar la temática indicada.

2.2. En primer lugar, debe tenerse presente que de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, si un proveedor que solicita una interconexión considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, recurrirá antes (SIC) las Autoridades Nacionales respectivas de la materia que se trate, las cuales resolverán de acuerdo con su normatividad nacional.

2.3. Queda claro, a partir de dicho artículo, que las actuaciones que impliquen violaciones a las normas o los principios de interconexión, así como las violaciones a la libre competencia, son de competencia de las autoridades nacionales respectivas. Y esto es así porque corresponde a las autoridades administrativas competentes salvaguardar, mediante el ejercicio de sus potestades públicas, las normas y principio (SIC) de orden público y la protección de los intereses generales.

2.4. El literal f) del Artículo 17 de la Resolución 432 establece que tanto los Acuerdos de Interconexión Negociados como las Ofertas Básicas de Interconexión deben contener una cláusula relativa a los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión.

2.5. De esta manera, el Tribunal modula la jurisprudencia anterior manifestando que, si en la relación contractual surgen controversias relacionadas con derechos disponibles o de libre disponibilidad, como aquellos que pueden ser objeto de renuncia, cesión, modificación o extinción, debidamente permitidos por la ley y conforme a la voluntad de las partes podrán resolverlas mediante los mecanismos de solución de controversias previstos en el contrato y aprobados por la autoridad competente (...).

Finalmente, **COMCEL**, actuando a través de apoderado sustituto, allegó comunicación mediante la cual aporta "declaración que bajo la gravedad de juramento prestara (SIC) a solicitud de **COMCEL**, el Dr. Carlos Eduardo balén y Valenzuela (SIC), quien para la época de la expedición de las Resoluciones CRT 463 de 2001, 489 de 2002 y 469 de 2002, se desempeñaba como Director Ejecutivo de la CRT. Como Experto Comisionado y Director de la CRT el Dr. Balén participó del proceso de preparación y aprobación de las mismas. Las resoluciones 463 y 469 de 2002 constituyen el fundamento de las solicitudes de solución radicadas por Comcel ante esa entidad."

2.2. Argumentos expuestos por ETB

En su escrito de respuesta al traslado, **ETB** presentó un apartado sobre aspectos definitorios del presente asunto. Allí, menciona que, como punto central, la CRC debe aplicar la normatividad andina en el presente caso y adoptar las interpretaciones prejudiciales emitidas para estos asuntos. Al punto, sostiene:

"En lo que concierne al objeto de este asunto, es meritorio afirmar que la normatividad andina sobre telecomunicaciones e interconexión y las Interpretaciones prejudiciales sobre la materia proferidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tienen aplicación directa y prevalente en el orden jurídico colombiano (...) Concretamente la Resolución Andina 432 no solo regula el comercio intr.-subregional sino que crea un régimen común andino sobre interconexión, que rige todas las relaciones de interconexión en los países andinos entre todos los operadores, con prescindencia de su nacionalidad y ubicación (...)

Es claro el mandato de la norma comunitaria, según el cual la remuneración de la interconexión debe estar ajustada a costos eficientes (...) Esto se centra con mayor dimensión y asidero el artículo 20 de la Resolución Andina 432 (...)

*Con ocasión de que lo que exclusivamente persigue **COMCEL** en esta controversia es que se le pague un tope tarifario pero sin haber acreditado que el cargo de acceso que le paga la **ETB** no se ajusta a un costo eficiente, este punto es transcendental (...)*

Entonces, sin opción distinta para interconectarse por esa ruta de tráfico, mi representada tendría que terminar pagando injustificadamente valores que no se sustentan en el marco de lo previsto por el Ordenamiento andino, en beneficio excesivo del dueño de la red, y asumiendo una carga onerosa, imprevisible e irresistible, que no tendría alternativa distinta a trasladarla a sus usuarios en contravía del recto entendimiento del derecho a la competencia y de los consumidores".

Continúa **ETB** exponiendo que, a diferencia de lo afirmado por **COMCEL**, el régimen de remuneración del **CONTRATO** es y siempre ha sido el de "minuto real", y no el de "minuto redondeado" de que trata la Resolución CRT 463 de 2001, y que dicha norma, además de ser inexistente, en el caso que se entendiera que se encuentra vigente, no podía entenderse que deroga los regímenes de remuneración establecidos en los contratos celebrados entre las partes con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida resolución. Para soportar tal afirmación, la **ETB** estructura la pretendida reconstrucción de antecedentes fácticos y normativos, partiendo del entendimiento de que el artículo 5 de la Resolución CRT 463 no generaba que el régimen de remuneración previsto contara con carácter imperativo ni regla de forma automática para las relaciones contractuales de interconexión preexistentes. Asimismo, considera que no fue intención del referido régimen derogar los regímenes de remuneración establecidos en los contratos celebrados entre los operadores de telefonía móvil celular y de telefonía pública básica conmutada de larga distancia, como aquél concerniente al del asunto en cuestión.

Adicionalmente, **ETB** afirma que el Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997 perdió vigencia y validez por efectos de la subrogación hecha por la Resolución CRT 469 de 2002, al regular la interconexión "de manera comprensiva". De esta manera, a su parecer, la Resolución CRT 469 de 2002 derogó la regulación de los cargos de acceso por minuto y por capacidad, además de sus valores máximos y el llamado "principio de integralidad". Al respecto, sostiene que "debe recordarse

que el artículo primero de la Resolución CRT 463 de 2001 incorporó el nuevo artículo 4.2.2.19 –que establecía las opciones de cargos de acceso por minuto y por capacidad y especificaba sus valores máximos o topes- precisamente a la sección II del capítulo II del Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997. Dado que todo el Título IV quedó derogado, no cabe la menor duda de que la Resolución CRT 469 de 2002 también derogó dicho artículo 4.2.2.19, así como su regulación de los cargos de acceso por minuto y por capacidad y de sus valores máximos." Lo anterior, en opinión de **ETB**, justifica que hubiere "pactado con varias empresas de telefonía pública básica conmutada local (por ejemplo, Edatel, y otros más (...)) esquemas de remuneración de cargos de acceso de interconexión distintos a lo dispuesto en la Resolución CRT 463, sin reproche alguno por el regulador."

A pesar de ello, **ETB** explica que la Comisión expidió el 12 de abril de 2002 la Resolución CRT 489, por medio de la cual se adoptó el "Régimen General de Protección a los Suscriptores y usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones" y se compilaron "los Títulos I, IV, V y VII de la Resolución 087 de 1997 de la CRT". Al respecto opina que dicha compilación, mediante la cual se reincorporó al ordenamiento jurídico el llamado principio de integralidad, es jurídicamente ineficaz, pues, a su entender, una resolución de naturaleza compilatoria no puede compilar disposiciones derogadas. Como soporte jurídico de la anterior aseveración, específicamente para demostrar que sobre la legalidad y subsistencia del referido principio "recae el vicio de inconstitucionalidad manifiesta", cita dos decisiones judiciales, una del Consejo de Estado en sede de nulidad y otra de la Corte Constitucional en sede de tutela.

Respecto de la primera providencia, explicó que el Consejo de Estado estableció: "(a) Que la Resolución CRT 463 de 2001 fue derogada por la Resolución 469 de 2002; y (b) Que la Resolución CRT 489 de 2002 no tiene la capacidad jurídica suficiente de revivir las disposiciones expresamente derogadas y menos aún sobre la base de una compilación de normas, pues este fenómeno solo puede darse frente a normas vigentes. Asimismo, declaró la nulidad de la parte del artículo 9 de la Resolución CRT 489 de 2002 que establecía el principio de integralidad, es decir, el siguiente fragmento: o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones."

Por su parte, y respecto de la sentencia T-058 de 2009 de la Corte Constitucional, por medio de la cual se resolvió la controversia de interconexión entre **ETB** y Telefónica Móviles Colombia S.A. la cual, sostiene, es "análoga a la existente entre **ETB** y **COMCEL**", **ETB** sostiene que "como estocada final al denominado principio de integralidad al declarar su inconstitucionalidad manifiesta y por ello manifestó: (a) Que la Resolución CRT 463 de 2001 había vulnerado el principio constitucional de reserva legal al establecer las condiciones con arreglo a las cuales las empresas de servicios públicos deben remunerar la utilización de las redes de interconexión; (b) Que la regulación establecida por la CRT en la Resolución 463 de 2001 no podía alterar acuerdos contractuales previos; (c) Que el principio de integralidad no podía aplicarse a las relaciones de interconexión de **ETB**: La **E.T.B.** no se encuentra obligada a acogerse a las mismas condiciones de remuneración en todos sus contratos, pues cada relación contractual es diferente y autónoma de las demás. (d) Asimismo, la Corte catalogó como contrario a derecho que la remuneración de los contratos de interconexión se efectúe de conformidad con el cargo de acceso por minuto en los casos en que los usuarios del servicio emplean menos de sesenta segundos en la comunicación, es decir, la modalidad de cargo de acceso por minuto redondeado instituida por la Resolución CRT 463 de 2001. (e) Finalmente, la Corte Constitucional estableció que por efecto de la declaratoria de nulidad contenida en la mencionada Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de 21 de agosto de 2008, la disposición que alude al principio de integralidad había desaparecido del ordenamiento y, por tanto, no podía ni puede ser el fundamento jurídico de decisión alguna."

Por otro lado, **ETB** afirma que **COMCEL** ya había acudido a la entonces CRT con el propósito de que se declarara que **ETB** estaba obligada a pagarle a **COMCEL** por concepto de cargos de acceso los valores máximos previstos en la derogada Resolución CRT 463. En respuesta a tal solicitud de conflicto, **ETB** precisa que la Resolución CRT 980 de 2004 ya resolvió tal asunto. Al punto, explica lo siguiente:

"En ella [Resolución CRT 980] negó la solicitud de **COMCEL**. En dicha resolución, la **CRC** interpretó el artículo 4.2.2.19, creado por el artículo primero de la Resolución CRT 463 de 2001, así como el artículo quinto de la misma resolución. Según la **CRC**, estos artículos establecen una obligación y un derecho. La obligación corre a cargo de aquel operador a quien se solicite interconexión. La obligación consiste en ofrecer al menos las dos opciones de cargos de acceso, por minuto y por capacidad, establecidas en el mencionado artículo 4.2.2.19. De esta manera, prescribe la **CRC**, "en cada interconexión, quien permite la utilización de su red tiene una obligación específica (ofrecer, al menos las dos opciones de

remuneración ...)" Por su parte, el operador que accede a la interconexión es quien tiene el derecho a escoger una de las dos opciones ofrecidas"

ETB sostiene que como quiera que es ella quien solicita y accede a la interconexión, y **COMCEL** quien permite la utilización de su red, entonces, *"solo ETB tiene derecho a escoger el modo de remuneración. Por medio entonces de ese acto administrativo, la CRC confirió un derecho a la ETB"*. Por lo cual, y retomando el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos, **ETB** concluye al respecto que las Resoluciones CRT 980 y 1038 de 2004 establecieron derechos subjetivos a **ETB**, lo que en su entender supone la imposibilidad de que la Administración los revoque, sustituya o los modifique explícita o implícitamente. Concluye sobre este punto que *"aun comprando momentáneamente la burda tesis de que la Resolución 463 –modalidades de cargos de acceso o integralidad- existe aun cuando no lo está, y por supuesto para arribar a tan frágil conclusión se pase por encima de las aludidas sentencias sobre esa materia proferidas por las altas cortes, es claro que no se puede revocar ni reformar a favor de COMCEL y en franco perjuicio de la ETB, los mencionados actos administrativos identificados como las Resoluciones 980 y 1038 de 2004, mediante las cuales se reconoció y ratificó el derecho que reconoce a mi representada- y se le negó tal derecho al citado operador celular, so pena de desquiciar o anarquizar con lesivas consecuencias, la actuación administrativa y la regulación, y afectar de paso la competencia"*

Alega también que **ETB** fue demandada en tres tribunales de arbitramento en los que se ventiló este conflicto (**OCCEL**, Celcaribe y **COMCEL**), y que, con motivo de la condena a **ETB** de pagar a los demandantes la diferencia entre lo que había venido pagando y los mencionados valores máximos de la Resolución CRT 463 desde enero de 2002, la **ETB** efectivamente realizó los respectivos pagos a los que fue condenada de manera arbitraria, según su opinión. Al respecto, y con motivo de la anulación de los referidos laudos arbitrales por parte del TJCA y el Consejo de Estado y la solicitud de solución de controversias aquí presentada por **COMCEL**, la **ETB** afirma que *"[e]sa conducta de COMCEL se reprocha aún más, cuando se observa que en curso de proceso ejecutivo que debió instaurar la ETB para que se cumpliera con la resolutive del Consejo de Estado en torno a la devolución de recursos, ya la jurisdicción ejecutiva libró mandamiento de pago"*

Así, **ETB** sostiene que *"COMCEL ha instrumentado estos trámites con la exclusiva finalidad de no restituir a la ETB los recursos pagados con base en los anteriores laudos irregulares anulados por el Tribunal Andino y por parte del Consejo de Estado."*

Como conclusión de su argumentación, solicita a esta Comisión inadmitir las pretensiones de **COMCEL**, por los siguientes motivos: (i) *"al exigir que se aplique el techo o tope de una tarifa derogada bajo una modalidad distinta a la pactada, el operador dominante pretende que se pase de remunerar el uso de su red "de 30 pesos por minuto a más de 250 pesos por minuto", pero además, que se afecte la metodología pactada de "minuto real" por la de "minuto redondeado" previsto por la derogada Resolución 463, lo que sin duda supone una "modificación radical" del precio de interconexión pactado y atañe al quebrantamiento del principio de "pacta sunt servanda" que se debe predicar de todo contrato de interconexión";* (ii) *"obrando contra normativa andina y la interpretación prejudicial emitida para este asunto, COMCEL no persigue un ajuste surgido de la noción de costo eficiente del valor de la interconexión sino que simplemente busca el pago del techo o tope de una tarifa regulada derogada, lo que terminaría quebrantando los postulados comunitarios de la interconexión, según los cuales los cargos de interconexión deben estar orientados a costos y una utilidad razonable y no desmedida"*.

ETB reiteradamente soporta sus consideraciones en el presente trámite administrativo en las observaciones presentadas tanto por la Contraloría General de la República como por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Respecto a las observaciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, **ETB** considera que los mismos han *"debido ser adjuntado(s) a todos estos trámites en virtud de las normas aplicables al asunto y a las competencias de intervención atribuidas a dicha Dirección."* Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se transcriben apartes de los argumentos expuestos por dichas autoridades aclarando, por un lado, que las respectivas observaciones presentadas por el **AGENTE ESPECIAL** como parte reconocida en el presente trámite administrativo se abordarán en el numeral 2.3. de la presente resolución, y por el otro, que la CRC en aplicación de las reglas previstas en el CPACA y en el Derecho Andino, deberá valorar y analizar los elementos y argumentos **planteados por las partes** dentro del presente trámite administrativo, para así adoptar una decisión de fondo en el marco de sus competencias:

- Respecto de las observaciones del Contralor General de la República:

En comunicaciones de fechas del 22 de mayo y del 16 de junio de 2017 allegadas a la presente actuación administrativa por el Contralor General de la República, se solicitó a esta Comisión lo siguiente:

"(...) La Contraloría General de la República con fundamento (sic) en el numeral 4 del artículo 268 de la Constitución, se permite solicitar a esa entidad que se informe a este Despacho, sobre la aplicación que se le ha dado a la interpretación Prejudicial que para estos casos fuera emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en particular, lo concerniente a la aplicación del principio andino de costos eficientes de interconexión.

De igual forma se reitera la solicitud en torno a que una vez expedida (sic) las decisiones respectivas des (SIC) estos trámites, se allegue copia a este organismo de Control."

"(...) se reitera la solicitud en torno a que una vez expedidas las decisiones de estos trámites copia de ellas se alleguen a este organismo de control. En especial, se requerirán sobre ese asunto los apartes de esas decisiones en los cuales se aluda a la aplicación al principio andino de costos eficientes de interconexión desarrollado por el artículo 20 de la Resolución 432 de 2000 de la CAN (disposición presente al momento de ser radicadas las controversias de la referencia)."

Frente a tales comunicaciones, la **ETB** en memorial del 24 de agosto de 2017 sostuvo lo siguiente:

"No sobra señalar de todos modos, que de conformidad con la jurisprudencia supranacional y los artículos 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal Andino, tales interpretaciones resultan obligatorias, lo que impone a la autoridad que conozca de un proceso en el que se debata norma andina, el acatamiento de ellas y su necesario respeto al precepto comunitario (...) recordemos precisamente, que la aplicación del citado principio andino referente al cargo de interconexión orientado a costos junto con otros imponderables expuestos a lo largo de este trámite, han sido materia reiterada por la ETB, la Procuraduría y la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, y son objeto de indagación por el Contralor General.

(...)

Conviene precisar que a lo largo de estas actuaciones, lo que hace de su trámite (SIC) a cargo de tribunales arbitrales y de la CRC, ya se han emitido por parte de distintos procuradores judiciales (...) todos ellos arribando unánimemente a la plena inviabilidad jurídica de las pretensiones de COMCEL y las gravosas consecuencias que se producirían en caso de atribuirles mínimo grado de prosperidad. En ninguno de ellos, como habrá tenido ocasión de verlo la CRC, ni siquiera parcial o mínimamente, existe asomo o resquicio de favorabilidad en favor del operador dominante COMCEL, cuya posición en el sector se fortalecería postrando a la ETB.

La postura institucional del Ministerio Público ahora dictaminada por el despacho del Procurador General ratifica dichos criterios, y viene a sumarse a los citados otros conceptos aportados por procuradores judiciales, a los dictámenes de la Agencia Jurídica del Estado y a los cuestionarios remitidos por parte del Contralor General.

*En consecuencia, la ETB ratifica una vez que más (SIC) comparte por entero los conceptos expuestos por el Ministerio Público y cuya refrendación ha sido instruida por el Procurador General, y que se contraen a los siguientes **puntos definitorios** de estas actuaciones:*

- a. Que le asiste competencia a la CRC para resolver este asunto.*
- b. Que el único esquema de remuneración aplicable a la relación de interconexión entre Comcel y ETB es la convenida en el contrato original, esquema que no ha sido variado ni modificado.*
- c. Que la Resolución 463 fue derogada por la Resolución 469 de 2002, por tanto no resulta aplicable a estos casos (...)*
- d. Que no es cierto que la sentencia del 19 de febrero de 2015 de la Sección Primera del Consejo de Estado (...) haya afirmado la vigencia de la Resolución 463 de 2001. Que lo que dijo que la derogatoria expresa o tácita de una norma no era óbice para hacer el juicio de legalidad, pero sin inferir o colegir la vigencia de la Resolución 463 (...)*
- e. Que en todo caso la Corte Constitucional se pronunció sobre la inaplicabilidad de la Resolución 463 de 2001 y del llamado del (SIC) principio de integralidad frente a ETB, por medio de la sentencia T-058 de 2009 y de los autos de sala plena Nos. 104, 105 y 106 de 2009 y No. 020 de 2011, con efectos en este litigio por los conocidos efectos inter comunis.*
- f. Que las resoluciones del año 2004 expedidas por la CRC con relación a estos conflictos obran contra la infundada pretensión de Comcel, y son inmutables e inmodificables, so pena de quebrantamiento de la actuación administrativa.*
- g. Que las pretensiones de COMCEL persiguen afectar la intangibilidad de actos administrativos que atribuyeron irrevocablemente un derecho a favor de ETB, y que no pueden ser desconocidos (...)*

- h. *Que de conformidad con lo anterior los cargos de acceso entre COMCEL y ETB se deben remunerar por minuto real y con base en el Anexo Financiero del Contrato (...).*
- i. *Que estaba probado que ETB y COMCEL consensuaron libre y autónomamente y mediante actos positivos concretados en actas de conciliación de tráfico basadas en el régimen de minuto real y precio de Anexo Financiero consensuado, su cargo de acceso (...).*
- j. *Que la normativa comunitaria conlleva que los cargos por interconexión debe (SIC) atender a costos (...)*
- k. *Que los preceptos comunitarios son obligantes en virtud de que surgen de tratados internacionales aprobados por el Congreso (...)*
- l. *Que el esquema de remuneración alegado por COMCEL no responde a los parámetros de las normas comunitarias (...)*
- m. *Que en todo caso es necesario que se analice la ocurrencia del fenómeno de la prescripción de las diferencias reclamadas por parte de COMCEL (...)*"

- Respecto de las observaciones presentadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado:

En sendas comunicaciones de fechas 13 de abril de 2016¹⁰⁵, 15 de noviembre de 2016¹⁰⁶ y 31 de agosto de 2017¹⁰⁷ la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, sin precisar a esta Comisión bajo qué competencia de las atribuidas por la ley actuaba en el presente trámite¹⁰⁸, "reiteró los argumentos de hecho y de derecho que fueron expuestos ante los tribunales de arbitramento, que demuestran las razones por las cuales deben desestimarse las pretensiones de COMCEL S.A."

En suma, las consideraciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado consistieron en lo siguiente:

"[L]a Agencia ha acogido, para todos los efectos, el criterio del Ministerio Público en punto de la irrevocabilidad de los actos administrativos por medio de las cuales la CRC conoció de este asunto. En concepto de la Procuraduría, la pretensión de COMCEL persigue afectar la intangibilidad de tales actos administrativos que atribuyeron irrevocablemente un derecho a favor de la ETB. Ya está visto que en esos actos administrativos se consignó que para el caso a quien le asistía el derecho de optar por la opción de remuneración del cargo de acceso en materia de interconexión era a ETB y no a COMCEL. Es por ello que en ejercicio del conocido citado principio de irrevocabilidad de los actos administrativos que establecen derechos subjetivos, se infiere la imposibilidad de que se les revoque, sustituya o modifique explícita o implícitamente. Si en su momento COMCEL no demandó tales actos y le caducó la acción o medio de control, no puede ahora pretender revivir los plazos para intentar inaplicar unos actos administrativos válidamente expedidos.

Finalmente, reiteramos que el ánimo que le asiste a esta Agencia para que se resuelva este dilatado conflicto, desestimando las pretensiones de COMCEL, no es otro distinto que el de evitar la configuración de un daño antijurídico y de una vía de hecho que se generarían en caso de que fueran acogidas por la CRC."¹⁰⁹

Finalmente, **ETB** presenta los siguientes argumentos relacionados con la naturaleza de lo debatido, los efectos de la Resolución SCGAN 1922 y la prescripción y caducidad, los cuales se pasan a resumir a continuación:

- Respecto de la naturaleza de lo debatido:

Frente a las observaciones presentadas por **COMCEL** en donde sostiene que lo que pide en esta actuación administrativa es la definición por parte de la CRC de los cargos de acceso en el **CONTRATO** suscrito con **ETB**, esta última sostiene lo siguiente:

*"a. La CRC debe tener en cuenta a la hora de dirimir este litigio que la reclamación de Comcel **NO** persigue un ajuste remuneratorio del cargo de acceso de la interconexión por que haya evidenciado que tal remuneración no se encuentre sometida al criterio andino de costos. Está claro que lo que exclusivamente exige COMCEL es la aplicación sin más de una tarifa de cuestionable vigencia, obviando si tal capricho genera una remuneración en hartó excesiva en desmedro de la viabilidad financiera de*

¹⁰⁵ Radicado CRC No. 201631171.

¹⁰⁶ Radicado CRC No. 201634225.

¹⁰⁷ Radicado CRC No. 201732750.

¹⁰⁸ La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no identificó ante esta Comisión si obraba por alguna de las siguientes competencias atribuidas por la ley: Artículo 2º del Decreto 4085 de 2011; Decreto No. 915 de 2017; numeral 13 del artículo 10 del Decreto 4085 de 2011; Acuerdo 1 de 2013; Título II, Capítulo II de Libro Quinto de la Ley 1564 de 2012.

¹⁰⁹ Radicados CRC No. 201634225 y 201732750.

quien requiere la red. Es por eso, que su dicho se limita a cuantificar lo que debería pagar la ETB en caso de someterse a la tarifa máxima o tope de la precaria Resolución 463, pero no a dar cuenta del costo de operación de su red para ver si ella no está debidamente remunerada.

b. El pedido de COMCEL se afina en que se eleve sin fundamento y desproporcionalmente un cargo de acceso consensuado por las partes, no solo en desatención y ausencia probatoria del obligante criterio de costo andino sino también eludiendo que los valores especificados por el regulador son topes y no tarifas únicas, razón por la cual la CRC permite que los operadores puedan pactar cargos de acceso por debajo de ellos, como lo ha reconocido antes y después de la Resolución 463.

c. No es cierto que se esté al pendiente de definición de cargo de acceso en esta interconexión toda vez que tanto la Procuraduría como la Agencia constataron de manera independiente que la ETB y COMCEL consensuaron libre y autónomamente y mediante actos positivos concretados en actas de conciliación de tráfico basadas en el régimen de minuto real y al precio del Anexo Financiero consensuado, su cargo de acceso (...)

c. No es cierto que se esté pendiente de definición de cargo de acceso en esta interconexión toda vez que tanto la procuraduría como la Agencia constataron de manera independiente que la ETB y COMCEL consensuaron libre y autónomamente y mediante actos positivos concretados en actas de conciliación de tráfico basadas en el régimen de minuto real y al precio del Anexo Financiero consensuado, su cargo de acceso (...)

d. Por ello, de conformidad con lo anterior, concluyeron estos organismos, los cargos de acceso entre COMCEL y ETB SE DEBEN REMUNERAR POR MINUTO REAL Y CON BASE EN EL Anexo Financiero del Contrato, es decir, sin perturbar dichas modalidades de pago."

- Respecto de los efectos de la Resolución SGCAN 1922

ETB señala que la Resolución SGCAN 1922 "no implica una variación sustantiva sobre la llamada cualificación financiera del cargo de acceso ya prevista por el Ordenamiento Andino, y noción que tantas veces en estos trámites ha sido puesta de presente por nuestra parte, como a la vez órganos independientes (...) Lo anterior, por que (SIC) ratifica el concepto de orientación a costos de toda interconexión, lo que hace imperturbable el principio según el cual ella **excluye** remuneraciones desbordadas, excesivas o arbitrarias e impone nuevamente que ellas deban estar ajustadas al límite antes mencionado."

Adicionalmente, la **ETB** se pronuncia respecto del precepto dispuesto en el artículo 20 de la Resolución SGCAN 1922 modificado, sosteniendo que "el precepto andino no se desprendió del pretérito concepto ya antes afinado de imponer límites a la remuneración de las interconexiones, preservando su vinculación a costos".

Así, considera que lo que hizo la referida Resolución SGCAN 1922 "fue simplificar la llamada cualificación financiera del cargo de acceso prevista en los artículos 18 y 20 de la Resolución 432, que hacían alusión a costo con un margen razonable de utilidad -artículo 18- o costos eficientes - artículo 20-, para ratificar el criterio de interconexión orientada a costos, noción que ya ha sido explicada con largueza por la CAN y debe imperar por supuesto acá."

Una vez explicado lo que **ETB** identifica como imposibilidad de que la CRC al resolver el presente conflicto se aparte del precepto andino de "orientación a costos", dicho proveedor se centra en "hacer caer en cuenta que para lo que derecho corresponda y no se vaya a inducir a error a la CRC, que para las fechas de inicio y trámite de estos procesos -tanto en vía arbitral como ahora en cabeza de la autoridad reguladora- se encontraba vigente la Resolución 432, misma que en todo caso ya imponía la obligación de interconexión orientada a costos - artículo 18 y 20-. Ello permitió la expedición de interpretaciones prejudiciales que han tratado de ser evadidas infructuosamente por COMCEL -llegando al extremo en las actuaciones aquí (SIC) cursan de cambiar las expedidas en uno y otro caso." (Resaltado propio del texto)

Finalmente, la **ETB** reitera que "de conformidad con la jurisprudencia supranacional y los artículos 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal Andino, tales interpretaciones resultan obligatorias, lo que impone a la autoridad que conozca de un proceso en el que se debata norma andina, el acatamiento de ellas y su necesario respeto al precepto comunitario (...)"

- Respecto de la prescripción y caducidad:

ETB sostiene que desde el mismo momento en que se contestaron las demandas ante los tribunales arbitrales, aquel proveedor propuso la prescripción y caducidad, como excepción que da cuenta del hecho extintivo de las pretensiones de **COMCEL**. Adicionalmente, **ETB** considera que en caso de

que no hubiera alegado la prescripción y caducidad, el Ministerio Público sí las puede formular, como lo dictan sus competencias constitucionales, legales y las que dimanar del Código Contencioso Administrativo, tal y como lo hizo en el presente caso.

ETB precisa que "en cuanto al dicho que no hay lugar a la caducidad por que (sic) no se ha originado la liquidación del contrato, es de anotar que el apoderado del (sic) **COMCEL** pareciera olvidar sus propios escritos, ya que sus pretensiones tratan de **periodos específicos y no sobre la totalidad del contrato**; por citar un ejemplo, los comprendidos entre febrero de 2006 y febrero de 2008, de manera tal que las solicitudes al respecto están por fuera del término máximo para que no se configurara la caducidad que rige para lo administrativo."

En suma, **ETB** sostiene que su oferta final, por las razones anteriormente expuestas, consiste en "pleno acatamiento del concepto de costo eficiente que promueve el Ordenamiento Andino, **ETB** seguirá pagando a **COMCEL** por concepto de cargo de interconexión, la remuneración que se viene pagando".

2.3. Argumentos expuestos por el Agente Especial designado por el Ministerio Público

En su escrito de respuesta al traslado, el señor Procurador Cincuenta y Uno Judicial II en asuntos administrativos designado por el Procurador General de la Nación para el trámite respectivo¹¹⁰, deja en claro que la posición plasmada en el documento es la que ha venido expresando la Procuraduría en los diferentes procesos arbitrales en los que ha intervenido, y que se permitió reafirmar ante esta Comisión.

El señor Procurador en su escrito delimitó el problema jurídico del presente conflicto, sosteniendo lo siguiente:

*"El problema jurídico que se nos plantea en el presente caso, consiste en establecer cuál es, o cual debe ser el esquema de remuneración de los cargos de acceso; si le corresponde a la **ETB** pagar a **COMCEL S.A.** por el periodo comprendido entre febrero de 2006 y febrero de 2008 inclusive, en virtud del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre las partes el 13 de noviembre de 1998 y la normatividad vigente para la época, las sumas que ha venido pagando, o si por el contrario le asiste la razón a **COMCEL** cuando afirma que por dicho periodo se le adeuda lo estipulado, según ellos, por el ente regulador, en otras palabras si es por minuto real como dice la **ETB**, o si es por minuto redondeado, como asegura **COMCEL**"¹¹¹*

Para sustentar al análisis jurídico que motivan sus consideraciones, el **AGENTE ESPECIAL** se refirió al esquema de remuneración de cargos de acceso pretendido por **COMCEL**, considerando que el mismo carece de base normativa. En ese sentido, explicó que en relación con el conflicto que aquí se presenta, la CRC (en su momento CRT) procedió a resolverlo con base en una norma derogada, la Resolución CRT 463 de 2001, lo cual fue constatado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en su momento, lo que a todas luces implica que "el esquema de Remuneración de Cargos de acceso que el demandante pretende, carece de base normativa y de sustento jurídico".

Asimismo, se refirió al esquema de remuneración aplicable a la relación entre **COMCEL** y **ETB**, y habiendo realizado un análisis sobre las vigencias de las Resoluciones CRT 463 y 469 de 2001, y 489 de 2002, concluyó que los cargos de acceso entre **COMCEL** y **ETB** se deben remunerar de conformidad con el CONTRATO suscrito entre aquellos proveedores, es decir, por minuto real, ya que la Resolución CRT 463 de 2001, en lo pertinente, se encontraba derogada, la Resolución CRT 489 de 2002 no podía compilar normas derogadas expresamente por la Resolución CRT 469, y el derecho a elegir alguna de las opciones consagradas en la normatividad vigente radicaba en cabeza de **ETB**, tal y como la CRC lo dispuso en las Resoluciones 980 y 1038 de 2004.

Bajo tal premisa, presentó sus conclusiones, de la siguiente manera:

"2.3.1.- En esta relación contractual, se observa que los cargos de acceso por interconexión, que la **ETB canceló a **COMCEL** por el periodo que se está reclamando, comprendido entre febrero de 2006 y febrero de 2008 inclusive, obedecen a un acuerdo contractual suscrito entre las partes en el contrato del 13 de noviembre de 1998.**

¹¹⁰ Obrante en el expediente administrativo No. 3000-92-531. Folios 135 a 138.

¹¹¹ Obrante en el expediente administrativo No. 3000-92-531. Folio 159.

2.3.2.- Entendemos que no sería posible aplicar la Resolución 463 de 2001, en la medida que fue derogada integralmente de forma expresa por la Resolución 469 de 2002, incluido el artículo 5° que hace referencia a la integralidad, por las razones señaladas (...) así como tampoco resulta viable aplicar la Resolución 489 de 2002, ya que fue anulada por el Consejo de Estado.

2.3.3.- Entonces, si bien parece que la ETB mediante el oficio del 13 de marzo de 2008, notificó a Comcel que se acogía a la Resolución 1763 de 2007 a partir del 1 de marzo del mismo año, **lo hizo en virtud de que el regulador mediante Acto Administrativo le atribuyó a la ETB la titularidad del derecho para poder elegir la opción o el esquema de remuneración de cargos de acceso**, es decir, si lo hizo en ese momento es justamente de ahí en adelante cuando puede empezar a aplicarse, dejando claro que antes de la mencionada fecha debía aplicarse lo que estaba acordado inicialmente.

2.3.4.- De conformidad con las obligaciones convencionales comunitarias del Estado Colombiano deben aplicarse los elementos esenciales dados por el Tribunal de Justicia Andina en su interpretación prejudicial, los cuales indican de manera prevalente que la remuneración de la interconexión debe estar ajustada a costos eficientes, por lo tanto el esquema de remuneración debe corresponder al pactado en el contrato suscrito entre COMCEL y ETB, esto es por minuto real.

2.3.5.- Ahora, si en gracia de discusión se llegaren a encontrar justificadas las reclamaciones de COMCEL, en vista del momento en el que se encuentra el trámite del proceso, me permito poner de presente ante la Comisión (...) que es necesario que se analice la posible y eventual ocurrencia del fenómeno de la prescripción de las diferencias reclamadas, toda vez que se trata del periodo comprendido entre febrero de 2006 y febrero de 2008".

Finalmente, en memorial allegado a esta Comisión el 25 de julio de 2017 el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa sostuvo que "[o]brando por instrucción del señor Procurador General de la Nación, y en defensa del ordenamiento jurídico, del patrimonio público y de los derechos e intereses de la sociedad, conforme a lo previsto en el artículo 277 de la Constitución Política y el artículo 27 del Decreto Ley 262 de 2000, mediante el presente documento manifiesto con respecto a las actuaciones arriba referidas, que el Ministerio Público ratifica los conceptos presentados por los agentes allí designados, a la vez que solicita, con el debido respeto, que a la hora de decidir la controversia entre la sociedad (SIC) remuneración de los cargos de acceso objeto de la controversia debe regirse por lo pactado en el contrato de interconexión suscrito entre COMCEL y la ETB el 13 de noviembre de 1998, por valor minuto real."

Asimismo, en tal escrito el Ministerio Público recordó que, en su opinión, la Resolución 463 de 2001 en la que se fundan las pretensiones de COMCEL, "al ser derogada expresamente por la Resolución 469 de 2002 (...), no tiene la virtualidad para configurar la fuente jurídica de la presunta obligación materia del conflicto."

Es de mencionar en este punto que en el presente acto administrativo, los argumentos expuestos por las partes y por el Ministerio Público serán abordados de forma transversal, resolviendo cada una de las temáticas expuestas en los mismos.

3. CONSIDERACIONES PREVIAS DE LA CRC NECESARIAS PARA ABORDAR EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

3.1. Respetto de la naturaleza y alcance de la competencia de solución de controversias de la CRC

COMCEL, en varias oportunidades dentro de la presente actuación, y en el marco de diferentes acciones de tutela presentadas¹¹² contra la CRC, parece considerar que esta Comisión cuenta con competencias jurisdiccionales y no administrativas para efectos de resolver de fondo cualquier controversia de interconexión, incluyendo la presentada a conocimiento de esta Comisión. Tesis que, para el caso en concreto, **COMCEL** apoya en su propia lectura tanto de la sentencia del 23 de

¹¹² Entre ellas, se observa para lo que concierne al trámite que aquí nos convoca, la decidida por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Penal, M.P. Leonel Rogeles Moreno, Proceso No. 11001220400020170237700 Aprobado Acta 120 del 27 de septiembre de 2017. Acción de Tutela Primera Instancia; y la de segunda instancia, decidida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación No: 94830, del 9 de noviembre de 2017, M.P. Luís Guillermo Salazar Otero.

septiembre de 2015 de la Sección Tercera del Consejo de Estado como de las normas comunitarias en la materia¹¹³. Argumento que llama la atención a esta Comisión en relación con la evidente contradicción que **COMCEL** plantea al respecto en la acción de tutela presentada contra la CRC el día 13 de septiembre de 2017¹¹⁴, pues antes se había afirmado que la CRC tenía competencias jurisdiccionales, mientras que en el hecho 3.39 de la referida acción de amparo **COMCEL** invoca la aplicación de normas sobre procedimientos administrativos, lo cual pareciera implicar una aceptación por parte de **COMCEL** de que las competencias de la CRC son administrativas y no jurisdiccionales.

La **ETB**, asimismo, ha argumentado que varias interpretaciones judiciales, dentro de la que se encuentra la 255-IP-2013 emitida para el conflicto entre COMCEL (Ocel) vs. ETB periodo comprendido entre el 2002 al 2006, se ha señalado que en el caso colombiano la única autoridad que tiene competencias para dirimir controversias sobre interconexión es la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), hoy denominada Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)."

Teniendo en cuenta las posiciones y argumentos de las partes respecto de la naturaleza y alcance de la competencia de solución de controversias de la **CRC**, debe recordarse que la SGCAN el día 18 de abril de 2017 publicó en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, la Resolución 1922 de 2017, "*modificación de la Resolución 432 – Normas comunes sobre interconexión*", mediante la cual, además de sustituir los artículos 18, 20 y 25, sustituyó el artículo 32 de la Resolución SCAN 432, en cuyo nuevo texto se establece lo siguiente:

Artículo 32.- *Conforme a lo previsto en el literal f) del artículo 17 y sin perjuicio de lo previsto en el ordenamiento jurídico comunitario andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes.*

Si dichas partes no logran un entendimiento que ponga fin a la controversia, cualquiera de ellas podrá solicitar a la autoridad del País Miembro en donde se realiza la interconexión que se encuentre facultada al efecto por su legislación interna, que la resuelva conforme a los plazos y procedimientos dispuestos en dicha legislación.

En cualquier caso, la decisión que adopte la señalada autoridad deberá ser conforme con el ordenamiento jurídico comunitario andino.

De acuerdo con la nueva norma comunitaria, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver inicialmente entre las partes, pero si ellas no logran un entendimiento, se podrá solicitar a la autoridad interna determinada por el país miembro en donde se realiza la interconexión que la resuelva conforme a los plazos y procedimientos dispuestos en dicha legislación.

Al respecto, esta Comisión observa que la referida norma comunitaria de carácter adjetivo modificó las reglas de asignación de la competencia para resolver las controversias que surjan durante la ejecución de la interconexión, al transferir dicha decisión a las legislaciones internas de los países miembros de la CAN, de tal manera que a partir de la entrada en vigencia de la citada Resolución 1922 solo podrán cambiar las competencias como efecto de la aplicación de las normas internas que las modifiquen. Por lo anterior, y para efectos de la actuación administrativa que nos convoca, resulta menester precisar la naturaleza de este tipo de normas para así, determinar las reglas en cuanto a su aplicación en el tiempo.

En ese sentido, se observa que la regla de aplicación de la norma procesal comunitaria en el tiempo se encuentra ampliamente reconocida y decantada en varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), los cuales son obligatorios para esta Comisión en el presente trámite en atención a que interpretan derecho comunitario adjetivo. Al respecto, se destaca que el TJCA ha considerado en sus pronunciamientos, garantizando la seguridad jurídica, que en los casos de tránsito legislativo debe diferenciarse los aspectos de carácter sustancial de aquellos de naturaleza procesal contenidos en las normas comunitarias. Así, el TJCA con suficiente claridad ha señalado "*de manera reiterada que la norma comunitaria de carácter sustancial no es retroactiva, por lo que no afectará derechos consolidados en época anterior a su entrada en vigor (...) Contrariamente, las normas de carácter adjetivo o procesal se caracterizan por tener efecto general*

¹¹³ Ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de septiembre de 2015, C.P. Carlos Alberto Zambrano. Radicación No. 110010326000201500018 00.

¹¹⁴ Ver, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, Tutela No. 110012204000-2017-02377-00., Oficio No. 516, radicada en la CRC el día 18 de septiembre de 2017 bajo el radicado No. 201732952.

inmediato, es decir, que su aplicación procede sobre los hechos ocurridos posteriormente a su entrada en vigencia, rigiendo las etapas de procedimiento que se inicien a partir de ese momento¹¹⁵ (NFT).

En efecto, el mismo TJCA ha reconocido que *"el conjunto de criterios que se exponen respecto del tema conocido como tránsito legislativo o también como aplicación de la ley comunitaria en el tiempo ha sido objeto de profundo y copioso análisis por el Tribunal."*¹¹⁶ En tal orden de ideas, esta Comisión observa que el TJCA ha considerado que la regla hermenéutica básica de aplicación inmediata de las nuevas normas procesales se extiende también a los cambios procedimentales derivados de nuevas normas andinas. Así, para el citado Tribunal, cuando en los procedimientos administrativos nacionales se aplique una norma andina de carácter procedimental, la modificación de dicha norma andina tiene una aplicación inmediata. En ese sentido, expresó el TJCA lo siguiente:

*"Por otro lado, las etapas procesales cumplidas y agotadas a la fecha de entrada en vigencia de la nueva norma no se afectarán por las nuevas regulaciones de tal carácter. A contrario sensu, las nuevas regulaciones de carácter procesal tendrán aplicación inmediata, respecto de las etapas del trámite administrativo pendientes de realizar"*¹¹⁷ (NFT), e igualmente que *"[d]e hallarse en curso el procedimiento, la nueva norma se aplicará inmediatamente a la actividad procesal pendiente, y no, salvo previsión expresa, a la ya cumplida."*¹¹⁸ (NFT)

Con base en lo anterior, debe concluirse que, dado que la Resolución SGCAN 1922 -en lo que se refiere al artículo 32 de la Resolución 432- se limitó a modificar la asignación de competencias para resolver las controversias sobre interconexión y, por ello, se refirió a un asunto puramente procedimental y no a uno sustancial, por lo que la norma aplicable a la solución de la presente controversia es el artículo 32, pero en la versión contenida en la Resolución SGCAN 1922 de 2017. En ese sentido, no resulta ajustado a lo expuesto por el propio Tribunal Andino lo afirmado -sin soporte jurisprudencial o de norma andina- en el del concepto del abogado Marcel Tangarife Torres, aportado por **COMCEL**, en el sentido de que *"la Resolución 1922 únicamente puede ser aplicada a partir de la esa fecha y sólo para conflictos de interconexión que se susciten a partir de su entrada en vigencia"*, pues ello desconoce que el efecto general e inmediato de las normas de procedimiento, que ha sido reconocido por la jurisprudencia andina reseñada, supone que ellas se aplican desde su entrada en vigencia y aún sobre procedimientos en curso, como ocurre en el caso concreto.

Así las cosas, de acuerdo con el contenido de la Resolución SGCAN 1922, las normas andinas no determinan la naturaleza de la función de solución de controversias atribuida a la CRC, de tal manera que dicha determinación corresponde a la legislación colombiana, de conformidad con la cual la CRC al momento de solucionar controversias en materia de interconexión solo ejerce funciones administrativas en el ámbito de sus competencias, y **NO** funciones de naturaleza jurisdiccional, tal y como se procede a explicar a continuación.

Teniendo en cuenta los efectos en el tiempo que la Resolución SGCAN 1922 anteriormente explicada tiene en la actuación administrativa que nos convoca, pasa esta Comisión a analizar los planteamientos de **ETB** y **COMCEL** respecto del alcance de las funciones que la CRC tiene, conforme al ordenamiento interno, para resolver conflictos de interconexión. Con tal propósito, esta Comisión considera que debe, en primer lugar, estudiar la diferencia entre la función administrativa y la jurisdiccional, con el fin de determinar la naturaleza y el alcance de la función de solución de conflictos que ostenta la **CRC** en el marco de sus competencias; para posteriormente, revisar omnicomprendivamente el marco normativo y jurisprudencial comunitario, en aras de establecer la posición del TJCA, respecto de dicha función; para finalmente determinar si es posible considerar que esta Comisión, en el marco de la legislación colombiana, tiene asignadas funciones jurisdiccionales de solución de controversias para la resolución de conflictos en materia de interconexión.

Así, respecto de las funciones que la CRC tiene en materia de solución de controversias, debe esta Comisión recordar que la función administrativa puede definirse como aquella mediante la cual un órgano del Estado busca realizar el derecho y cumplir sus fines y cometidos. En palabras de la Corte Constitucional, se trata de adelantar *"actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines."*¹¹⁹

¹¹⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 82-IP-2014.

¹¹⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 82-IP-2014.

¹¹⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de 10 de septiembre de 2014, Proceso 82-IP-2014.

¹¹⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de 28 de abril de 2005, Proceso 46-IP-2005.

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-189 de 6 de mayo de 1998, Exp.: D-1859.

Por su parte, la función judicial o jurisdiccional es definida como aquella consistente en decir el derecho, mediando entre dos o más partes que se encuentran enfrentadas por motivos de relevancia jurídica. Dicho de otra manera, el principal objetivo de esta función es "*la pacífica resolución de los conflictos generados dentro de la vida en sociedad.*"¹²⁰ Dicha función se ve garantizada por medio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y tratados internacionales de derechos humanos.

De esta manera, es claro que las funciones antes descritas son distintas, y por sus especiales calidades deben estar, en principio, en cabeza de órganos distintos. La separación de las tres ramas del poder es fundamental para que se mantenga vigente el sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*²¹), que no solamente garantiza la existencia de una república democrática, sino que asegura la libertad de los ciudadanos. Por ello es importante que las funciones que cada una de ellas ejerce no sean asumidas por las otras, pues podría no solamente deslegitimar el funcionamiento del Estado, sino que, asimismo, conlleva el grave riesgo de desnaturalizar el núcleo esencial del debido proceso¹²² dentro de un Estado Social de Derecho.

No obstante, existen casos en que a algunas entidades de la rama ejecutiva se le han otorgado facultades correspondientes a la rama judicial por parte del legislador en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política. Es el caso, por ejemplo, de las facultades jurisdiccionales que detentan algunas Superintendencias respecto de materias señaladas de manera precisa y exhaustiva en la ley -casos que **ETB** menciona en su consideración preliminar-. En efecto, estas atribuciones deberán hacerse siempre bajo el principio de reserva de ley, garantizando tanto la

¹²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-238 de 1 de abril de 2011, Exp.: T-2.860.298.

¹²¹ Corte Constitucional, sentencia C-170 de 7 de marzo de 2012, Exp.: D-8625 (sosteniendo lo siguiente: "*La jurisprudencia constitucional ha reconocido que existen "dos modelos de separación de poderes." El primero de estos modelos defiende una delimitación funcional rigurosa, como medio para acotar el poder, a partir del entendimiento de que una distribución precisa y equilibrada de las labores estatales, en la cual cada órgano cumple una tarea preestablecida, es una condición suficiente para mantener a dichos órganos del poder dentro de sus límites constitucionales. A su vez, la separación funcional rígida es concebida como una estrategia que permite asegurar las libertades de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, el equilibrio de los poderes es una consecuencia natural de la autonomía de órganos con funciones constitucionalmente bien delimitadas. En consecuencia, el control que ejerce un órgano sobre otro en relación con el cumplimiento de sus propias funciones, es básicamente un control político, que se da de manera tanto espontánea como ocasional, y sólo frente a casos extremos. Precisamente, la rigidez de la separación de poderes condenaba este modelo al fracaso, por la dificultad de su implementación práctica, pues la falta de vasos comunicantes entre los distintos órganos estatales conducía a enfrentamientos difíciles de solucionar en la práctica, cuyo resultado natural y obvio tendía a ser la reafirmación del poder en los órganos, autoridades o funcionarios que se estiman política y popularmente más fuertes. El segundo modelo también parte de una especialización de las labores estatales, cada una de las cuales corresponde a un órgano específico, sin embargo, le confiere un papel preponderante al control y a las fiscalizaciones interorgánicas recíprocas, como reguladores constantes del equilibrio entre los poderes públicos. Este modelo constitucional denominado de frenos y contrapesos (*checks and balances*) no presupone que la armonía entre los órganos que cumplen las funciones clásicas del poder público sea una consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional y de la ausencia de interferencias en el ejercicio de sus competencias. Por el contrario, el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, mediante el control político, la intervención de unos órganos en las tareas correspondientes a otros y las relaciones de colaboración entre las distintas ramas del poder público en el ejercicio de sus competencias. En otras palabras, cada órgano tiene la posibilidad de condicionar y controlar a los otros en el ejercicio de sus respectivas funciones.*")

¹²² Corte Constitucional, sentencia C-034 del 29 de enero de 2014, Exp.: D-9566 (explicando al respecto lo siguiente: "*El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra del procesado. Se trata de una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa, en el sentido de poder utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales. En tal sentido, la Corte ha considerado que (i) el juez sólo puede condenar con base en pruebas debidamente controvertidas que lo llevan a la certeza de la responsabilidad del procesado; (ii) se trata de una garantía que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo; (iii) para la validez y valoración de las pruebas deberá garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer; (iv) el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, aquellas pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa; (v) en virtud del derecho de contradicción, el procesado tiene derecho a oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra, vulnerándose esta garantía cuando "se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso"; por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para participar efectivamente en la producción de la prueba, "por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador" y exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba; y (vi) el núcleo esencial del derecho de defensa comprende la posibilidad real y efectiva de controvertir las pruebas.*") (NFT)

soberanía del principio de legalidad, pieza fundamental de cualquier Estado Social de Derecho¹²³, como los principios y derechos medulares que constituyen el núcleo esencial al debido proceso.

Así, y tal como lo ha entendido la H. Corte Constitucional, es claro que la atribución de facultades jurisdiccionales a autoridades administrativas es una realidad, que permite la descongestión de la administración de justicia, pero aquella atribución se encuentra sujeta al principio de legalidad, en el sentido en que *"la interpretación de las normas que confieren ese tipo de competencias debe ser restrictiva y que debe basarse en una decisión legislativa que defina, expresamente y de manera precisa, las autoridades investidas de esas funciones, y las materias comprendidas en tal asignación."*¹²⁴

En ese sentido, debe hacerse notar que, dado que el artículo 116 de la Constitución Política señala que la atribución de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas es excepcional, la jurisprudencia constitucional, respecto de las características de las normas que atribuyen funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas, ha dicho que una redacción abierta, difusa o indefinida *"choca abiertamente con la precisión exigida por el artículo 116 de la Carta para poder radicar en cabeza de autoridades administrativas funciones de carácter jurisdiccional"*¹²⁵. Así mismo, ha dicho la Corte Constitucional que *"[s]e encuentra constitucionalmente dispuesto que la atribución sea excepcional y precisa (artículo 116). Del carácter excepcional se sigue (i) un mandato de interpretación restrictiva de las normas que confieren este tipo de facultades y (ii) un mandato de definición precisa de las competencias y las autoridades encargadas de ejercerlas. De este mandato de definición precisa se deriva el deber del legislador de establecer competencias puntuales, fijas y ciertas"*¹²⁶.

La separación entre las funciones administrativas y las jurisdiccionales es de la más alta importancia; garantizando los criterios moldeadores del núcleo esencial del debido proceso, en ambos escenarios, según las reglas propias aplicables a cada uno de estos trámites. Por ello, la H. Corte Constitucional al analizar la procedencia de asignación de competencias jurisdiccionales a autoridades administrativas, explicó de manera detallada, cuáles deberían ser las prevenciones que debe tomar el legislador al diseñar una estructura en la que concomitantemente confluyan competencias administrativas y jurisdiccionales:

*"El artículo 116 de la Carta otorga al Legislador la facultad de conferir facultades jurisdiccionales a la administración, pero lo hace con un conjunto de prevenciones. En ese sentido, a la luz del texto de esa cláusula superior, y de la voluntad constituyente en ella plasmada, su desarrollo debe efectuarse **cumpliendo tres condiciones** o tres grupos de condiciones, así: En primer término, **debe respetar un principio de excepcionalidad**, asociado a (i) **la reserva de ley** en la definición de funciones (incluidos los decretos con fuerza de ley), (ii) **la precisión en la regulación o definición de tales competencias**; y (iii) **el principio de interpretación restringida o restrictiva** de esas excepciones. En segundo lugar, la regulación **debe ser armónica con los principios de la administración de justicia**, entre los que se destacan (iv) **la autonomía e independencia judicial**; (v) **la imparcialidad del juzgador**; y (vi) **un sistema de acceso a los cargos que prevea un nivel determinado de estabilidad para los funcionarios judiciales**. Y, por último, debe ajustarse al **principio de asignación eficiente de las competencias**, el cual se concreta en un respeto mínimo por la especialidad o la existencia de un nivel mínimo de conexión entre las materias jurisdiccionales y las materias administrativas en las que potencialmente interviene el órgano. Esa conexión debe ser de tal naturaleza, que asegure el derecho a acceder a un juez competente, y que, a la vez, brinde garantías suficientes de independencia de ese juzgador" (NFT)*

Resumiendo, se tiene entonces que el artículo 116 de la Constitución, bajo un principio de excepcionalidad y reserva de ley, permite al legislador otorgar funciones jurisdiccionales a entidades administrativas, a condición de que no solamente bajo una interpretación restrictiva, las mismas sean otorgadas por **una norma legal que de manera clara, precisa expresa y concreta lo indique**¹²⁷, esto no solo para efectos de que exista claridad de fines y una diferenciación clara de

¹²³ Corte Constitucional, sentencia C-186 de 16 de marzo de 2011, exp.: D-8226: *"Sin embargo, el ejercicio de estas competencias en todo caso ha de sujetarse a los lineamientos establecidos por el legislador"*.

¹²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-156 de 20 de marzo de 2013, exp.: D-9185. Esta sentencia es importante en la materia pues hace un recuento de la evolución jurisprudencial constitucional respecto de la atribución de facultades jurisdiccionales a autoridades administrativas.

¹²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-212 de 1994, reiterada en sentencia C-156 de 2013.

¹²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-896 de 2012.

¹²⁷ Ver, Corte Constitucional, sentencia C-156 de 2013, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

funciones; sino también porque la asignación de tales funciones debe **ser armónica con los principios medulares del debido proceso**, esto es, que se garantice la imparcialidad del juzgador y la independencia y autonomía judicial¹²⁸.

Bajo tal escenario constitucional, considera esta Comisión es que debe leerse el alcance y naturaleza de la función de solución de controversias atribuida por el legislador a la CRC en el marco de sus competencias.

Con tal propósito es preciso remitirnos, por un lado, al artículo 22-9 de la Ley 1341 de 2009, en virtud de cual es competencia de la CRC:

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

La anterior norma previó una función de solución de controversias a cargo de la CRC; sin embargo, la limitó a que esta fuera ejercida *"en el marco de sus competencias"*, esto es, como lo reconoció la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de la función transcrita, como parte de las funciones de regulación a su cargo, de tal manera que se trata del ejercicio por parte de la CRC de una función de naturaleza simplemente administrativa y no jurisdiccional. En efecto, en sentencia C-186 de 16 de marzo de 2011, la cual estudió la exequibilidad de la expresión *"Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia"*, contenida en la Ley 1341 de 2009, se reiteró la posición antes esgrimida por la H. Corte Constitucional en sentencia de 2003,¹²⁹ en la que se explicó que las competencias de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, corresponden a competencias administrativas y no judiciales:

*"De la extensa cita transcrita anteriormente se desprende que esta Corporación ha entendido que la potestad normativa atribuida a las comisiones de regulación **es una manifestación de la intervención estatal en la economía** –una de cuyas formas es precisamente la regulación– cuya finalidad es corregir las fallas del mercado, delimitar la libertad de empresa, preservar la competencia económica, mejorar la prestación de los servicios públicos y proteger los derechos de los usuarios. **Así mismo, ha utilizado una perspectiva jerárquica para determinar su lugar dentro del sistema normativo y ha sostenido que se trata de una competencia normativa de naturaleza administrativa sujeta a la ley y los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la república.** Desde este punto de vista las comisiones de regulación, a diferencia de órganos autónomos de origen constitucional tales como por ejemplo el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión, **carecen de potestades normativas autónomas y su actividad reguladora ha de ceñirse a lo establecido por la ley y los decretos reglamentarios sobre la materia.***

(...)

*Precisamente, con ocasión del examen de constitucionalidad de los artículos 73.8[48], 73.9[49] y 74 de la Ley 142 de 1994, el último de los cuales atribuía de manera específica a la extinta Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la facultad de "[r]esolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio", esta Corporación concluyó que se trataba de una **función de regulación en la prestación de un servicio público a su vez que correspondía a una función de intervención estatal en la economía autorizada por el artículo 334 constitucional.***

Textualmente sostuvo esta Corporación:

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

¹²⁸ Ver, Corte Constitucional, sentencia C-649 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Ver también, Corte Constitucional, sentencia C-178 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

¹²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003, exp.: D-8226.

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

*Igualmente en la misma providencia precisó que las decisiones proferidas en ejercicio de esta facultad **tienen el carácter de actos administrativos que ponen fin a una actuación administrativa** y, por lo tanto, están sometidas al control de legalidad por parte de la jurisdicción, de conformidad con las reglas generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo.¹³⁰ (NFT)*

Para comprender adecuadamente lo expresado por la sentencia citada para el caso concreto de la función de solución de conflictos por parte de la CRC, debe hacerse notar que la misma H. Corte Constitucional ha venido sosteniendo que se trata del ejercicio de una función administrativa y no judicial. En ese sentido, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 73.8, 73.9 y 74.3-b, la H. Corte Constitucional expresó:

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

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

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

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

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

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

De lo anterior se concluye que las funciones de resolución de conflictos de que tratan las normas acusadas son de naturaleza administrativa, no sólo desde el punto de vista formal u orgánico sino también material, y por ende no son de naturaleza judicial. Esta actividad de la Administración Pública o de órganos administrativos corresponde a la denominada función arbitral de los mismos, en cuyo ejercicio actúan como árbitros de los conflictos entre particulares o entre éstos y otro órgano administrativo³¹. "(RFT)

De esta forma, es evidente que para la H. Corte Constitucional, ha sido claro de tiempo atrás que esta Comisión es el órgano competente para dirimir en sede administrativa las controversias que se susciten entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, entre dichos proveedores y proveedores de contenidos y aplicaciones, respecto de operadores de servicios postales y

¹³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-186 de 2011, exp.: D-4194

¹³¹ Corte Constitucional, sentencia C-1120 de 2005.

prestadores de servicios de televisión en virtud de la facultad que le confiere los numerales 3,9,10 y 11 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, el numeral 9 de la Ley 1369 de 2009 y el artículo 12 de la Ley 1507 de 2012, procedimiento especial que recae sobre los siguientes aspectos: (a) Solución de controversias entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, proveedores de contenidos y aplicaciones, operadores de servicios postales y prestadores de servicios de televisión, incluyendo las relacionadas con el acceso, uso e interconexión; (b) fijación de condiciones de acceso, uso e interconexión; y (c) la imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión.

En tal sentido, se puede aseverar con suficiente claridad que la naturaleza y el alcance de la función de solución de controversias que esta Comisión tiene como una manifestación de la intervención en el sector de las TIC, son asuntos ya decantados y aclarados por la H. Corte Constitucional en las ya citadas sentencias C-1120 de 2005 y C-186 de 2011, particularmente en la última mencionada, donde no solo recordó el alcance de los pronunciamientos previos de dicha Corporación en relación con esta materia, sino que además, puntualmente señaló que dicha competencia **es de naturaleza administrativa y no jurisdiccional**. En efecto, el H. Tribunal de lo Constitucional, indicó lo siguiente:

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

Ahora bien, aunque no fue demandado es preciso hacer alusión al primer enunciado del numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 para una adecuada comprensión de tal facultad de resolución de conflictos. Este precepto le atribuye a la CRC la función de resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, se tiene entonces que la facultad de resolución de controversias a la cual hace alusión el precepto demandado es ejercida dentro del marco de las competencias que el citado cuerpo normativo encomienda al órgano regulador, las cuales persiguen fines constitucionalmente legítimos a los que ya se ha hecho alusión"¹³². (NFT)

Así las cosas, y bajo el referido marco constitucional, podemos entender dos consecuencias jurídicas relevantes que determinan tanto la naturaleza, como el alcance de la función de solución de controversias que esta Comisión tiene a la luz del numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, a saber: (i) se trata de una función administrativa de regulación y de intervención en la economía; y (ii) la función de solución de controversias se desarrolla en el marco de las competencias legales de esta autoridad en el sector TIC. Por lo cual el alcance de la referida función, en virtud de los numerales 3, 9, 10 y 11 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, el numeral 9 del artículo 20 de la Ley 1369 de 2009 y el artículo 12 de la Ley 1507 de 2012, se constituye en una herramienta de intervención del Estado en el sector TIC, para efectos de promover y regular la competencia en el mismo.

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que las normas andinas no determinan la naturaleza de la función de solución de controversias atribuida a la CRC, de tal manera que dicha determinación corresponde a la legislación colombiana, de conformidad con la cual la CRC solo ejerce funciones administrativas y nunca funciones de naturaleza jurisdiccional.

Es así como, al pronunciarse sobre una consulta relacionada con el alcance de las funciones de solución de controversias de la CRC, expresó la Sala de Consulta del H. Consejo de Estado:

"1. ¿La función de solución de controversias en materia de interconexión asignada a la Comisión de Regulación de Comunicaciones tiene naturaleza administrativa o judicial?"

La función atribuida a la Comisión de Regulación de Comunicaciones por el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, consistente en "Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones...", tiene naturaleza administrativa. La Ley 1341 en cita no asigna funciones de naturaleza jurisdiccional a la CRC.

"2. ¿Qué tipo de competencia tiene la Comisión al resolver las controversias que son puestas en su conocimiento – y de las cuales conocían con anterioridad los tribunales de arbitramento – en virtud de lo dispuesto en la sentencia de 23 de septiembre de 2015 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado?"

¹³² Corte Constitucional, sentencia C-186 del 16 de marzo de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina de Naciones ha asignado a la Comisión de Regulación de Comunicaciones competencia para resolver las controversias que surjan durante la ejecución de la interconexión. Dicha competencia es de naturaleza administrativa porque tal es la naturaleza de la Comisión y de sus funciones en el Derecho Interno Colombiano, aspectos que no han sido modificados por el Derecho Comunitario de la Comunidad Andina de Naciones.

A lo dicho agrega la Sala las siguientes precisiones, teniendo en cuenta los términos en los cuales está formulada esta segunda pregunta:

a) La sentencia del 23 de septiembre de 2015 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no asigna competencias a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, como tampoco lo hace ninguna otra decisión jurisdiccional.

b) Las competencias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones tienen dos fuentes: el derecho interno, esto es, la Ley 1341 de 2009, y el Derecho Comunitario de la Comunidad Andina de Naciones, contenido en: (i) la Decisión 462 de 1999 de la Comisión de la mencionada Comunidad, que regula "el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones de la Comunidad Andina", y (ii) la Resolución 432 de 2000 de la Secretaría General de la misma Comunidad que establece "normas comunes sobre interconexión", en armonía con la interpretación prejudicial de las normas que integran el ordenamiento jurídico andino, a cargo del Tribunal de Justicia de la mencionada Comunidad.

Particularmente, la competencia para resolver las controversias que las partes en una relación de interconexión no puedan resolver entre ellas, le ha sido asignada a la CRC por el artículo 32 de la Decisión 462, con expresa remisión a la "normativa nacional" para su ejercicio, en armonía con las disposiciones pertinentes de la Resolución 432.

[...]

"4. ¿El procedimiento que debe seguir la CRC para la solución de la controversia de interconexión corresponde al definido en el Título V de la Ley 1341 de 2009 y la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-? En caso negativo ¿cuál es el procedimiento que debe seguir y bajo qué motivación debe hacerlo?"

Sí. El procedimiento especial para la solución de controversias en materia de interconexión es el previsto en el Título V de la Ley 1341 de 2009, en lo allí no previsto, se aplicará la Parte Primera del CPACA, bien sea porque: la Ley 1341 guardó silencio, o porque la Ley 1341 realizó una regulación parcial de la materia, caso en el cual el CPACA la complementará en lo pertinente.

Además, el procedimiento no está regulado por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina de Naciones, motivo por el cual debe aplicarse la legislación interna de cada país miembro."¹³³

Al respecto, es preciso destacar también que tales procedimientos de solución de controversias a cargo de las autoridades de regulación corresponden a lo que la doctrina ha denominado *actividad administrativa arbitral*, la cual es "aquella que realiza la administración pública cuando decide controversias o conflictos entre administrados sobre derechos privados o administrativos"¹³⁴, de tal manera que se trata de procedimientos administrativos triangulares, en los cuales "la administración se presenta, en consecuencia, en el procedimiento no solo como gestora del interés público, sino de alguna manera, como árbitro entre los intereses contradictorios de los particulares"¹³⁵.

Como puede verse, si bien es cierto que en esta clase de procedimientos administrativos la autoridad administrativa actúa de manera similar a un juez, en cuanto es ajeno a los intereses individuales privados debatidos en la controversia, también lo es que en la solución de dichas controversias no están de por medio únicamente dichos intereses privados, sino que igualmente envuelve un interés público que amerita la presencia de la administración pública en la solución de la controversia. Se trata, entonces, de parte de las funciones propias de los organismos reguladores y de la función administrativa de regulación¹³⁶.

¹³³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 24 de octubre de 2016, radicación 11001-03-06-000-2016-00074-00(2293).

¹³⁴ JOSÉ RAMÓN PARADA VÁSQUEZ. "La actividad administrativa arbitral", en *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. II, Madrid, Universidad Complutense, 1992, p. 1173.

¹³⁵ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. II, 12ª ed., Bogotá y Lima, Temis y Palestra, 2008, p. 447.

¹³⁶ Cfr. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, t. IV. La actividad administrativa, Madrid, Iustel, 2011, p. 725-726, y JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL. *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 77: "En conclusión, nos encontramos otra vez ante una potestad propia de la actividad reguladora. La actividad de control continuo y concentrado de la actividad

Así las cosas, al no tener funciones jurisdiccionales expresamente otorgadas por la Ley conforme al artículo 116 de la Constitución Política¹³⁷, resulta claro que esta Comisión al resolver controversias en materia de interconexión y acceso lo hace en sede administrativa en ejercicio de su función administrativa de intervención en el mercado, en el marco de sus competencias, bajo solicitud del operador interesado y con apego del trámite especial dispuesto en el Título V de la Ley 1341 de 2009, la Resolución CRC 3101 de 2011 y la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), generando así verdaderos actos administrativos susceptibles de control judicial por el Consejo de Estado. No pudiéndose entender que el legislador colombiano -y mucho menos el comunitario-, bajo el principio de reserva de ley y excepcionalidad, le hubiera otorgado a nivel nacional a esta Comisión de manera clara, precisa, expresa y concreta funciones jurisdiccionales y, mucho menos, que el legislador hubiere dispuesto garantías suficientes como para salvaguardar los principios de administración de justicia, la autonomía e independencia judicial en eventos en que existe un mínimo de conexión entre las materias jurisdiccionales y las materias administrativas en las que potencialmente interviene esta Comisión.

Por lo anterior, entendiendo la naturaleza estrictamente administrativa que la función de solución de controversias que la CRC tiene conforme a sus competencias en el marco del artículo 22-9 de la Ley 1341 de 2009, resulta lógico concluir que en el caso que nos convoca no hay lugar al entendimiento de que esta Comisión le fueron asignadas funciones jurisdiccionales en la materia, pues la CRC no puede ejercer competencias de dicha naturaleza al no existir una norma interna en el ordenamiento jurídico colombiano que así lo contemple. En todo caso, no puede perderse de vista que ante la duda frente a la naturaleza administrativa o jurisdiccional de la función de solución de controversias de la CRC que ejerce a nivel nacional, la Corte Constitucional, al recordar la interpretación restrictiva envuelta en el tantas veces referido artículo 116 de la Constitución, ha sido enfática al afirmar que siempre se preferirá la función administrativa sobre la judicial: *"en caso de que exista una duda sobre la naturaleza administrativa o jurisdiccional de una función asignada a un órgano administrativo, debe interpretarse que se trata de una competencia administrativa, para así preservar la excepcionalidad en el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos no judiciales."*¹³⁸

Adicionalmente, y entendiendo que la función de solución de controversias en materia de interconexión que tiene la CRC se circunscribe a una función administrativa y no jurisdiccional, vale la pena precisar que el marco de las competencias en las que esta Comisión resuelva tales controversias conforme a la ley nacional y comunitaria aplicable a la fecha, se atañe a las materias a las que alude el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, las cuales involucran intereses superiores y no se pueden abandonar a la autonomía de la voluntad privada ni al libre juego del mercado, razón por la que legalmente se enmarcan en el campo de la intervención en la economía que se desarrolla a través de las competencias de regulación económica, dentro de las que se encuentra la de controversias entre proveedores.

En concordancia con lo anterior, esta Comisión en el marco de sus competencias de solución de controversias en sede administrativa, no puede resolver aquellas que solo involucran el interés privado y patrimonial de las partes del acuerdo de interconexión, razón suficiente para sostener que no son de competencia de la CRC en ejercicio de dichas competencias. Para lo cual, debe recordarse que competencias como las atribuidas por el legislador a esta Comisión en la materia están dirigidas a un solo fin como es el de garantizar el interés público, lo cual guarda plena congruencia con los principios de intervención del Estado en el sector de las TIC, los cuales rigen la actividad regulatoria de esta Comisión. Así, bajo el referido marco normativo y el entendimiento que tanto la H. Corte Constitucional como el H. Consejo de Estado han claramente expuesto respecto del alcance y la naturaleza de la función dispuesta en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, no puede esta Comisión conocer controversias en las que como asunto se debata el régimen de actos y contratos de proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones en materia de una relación de interconexión, asunto que corresponde al derecho privado por expresa disposición del artículo 55 de la Ley 1341 de 2009. Por lo que los conflictos derivados de tales actos y contratos que exclusivamente involucren el interés privado deben ser resueltos de conformidad con las reglas generales de solución de conflictos previstas en el ordenamiento jurídico interno.

económica de los operadores activos en un mercado a fin de garantizar la satisfacción del interés general exige la intervención del regular no solo mediante las tradicionales actividades ejecutadas de policía, de fomento, etc., sino también de ciertas actividades cuasi-jurisdiccionales".

¹³⁷ Ver al respecto, Corte Constitucional, sentencias C-649 de 2001; C-178 de 2014; entre otras.

¹³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-415 de 28 de mayo de 2002, exp.: D-3678.

Interpretación que, concurda con la interpretación prejudicial que el mismo TJCA en el proceso 293-IP-2016 realizó de los artículos 32 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, esta última sustituida mediante la Resolución SGCAN 1922 del 18 de abril de 2017¹³⁹. En efecto, el TJCA en dicha interpretación prejudicial manifestó haber **modulado su jurisprudencia anterior** respecto a la interpretación de tales artículos y en el marco del literal f) del Artículo 17 de la Resolución SGCAN 432, permitiendo que, "**si en la relación contractual surgen controversias relacionadas con derechos disponibles o de libre disponibilidad, como aquellos que pueden ser objeto de renuncia, cesión, modificación o extinción debidamente permitidos por la ley (...)**"¹⁴⁰, las partes puedan "**resolverlas mediante los mecanismos de solución de controversias previstos en el contrato y aprobados por la autoridad competente, de conformidad con el literal f) del Artículo 17 de la Resolución 432, entre ellos el arbitraje**"¹⁴¹ (NFT)

Así, el TJCA en el numeral 2.6. de la citada interpretación prejudicial aclara aún más el alcance de las disposiciones interpretadas -incluyendo la norma sustituida por la Resolución SGCAN 1922-, en lo que tiene que ver con la competencia de la autoridad nacional competente para resolver conflictos de interconexión, sosteniendo que, por el contrario, "**las controversias relacionadas con derechos no disponibles, como las materias de orden público, derecho de imperio del Estado y las potestades regulatorias de la Autoridad de Telecomunicaciones, no pueden ser materia de arbitraje, por lo que, ellas tendrán que ser resueltas por la autoridad administrativa nacional competente**"¹⁴² (NFT).

En suma, teniendo en cuenta que no existe norma expresa alguna ni en el ordenamiento jurídico estrictamente nacional ni en el ordenamiento jurídico comunitario que consagre las supuestas facultades jurisdiccionales en cabeza de la CRC al ejercer su función de solución de controversias; que la H. Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado han entendido que la solución de controversias por parte de esta Comisión es de naturaleza simplemente administrativa y no jurisdiccional y que, en todo caso, de existir duda al respecto, una interpretación restrictiva de la norma obliga a entender que la función que esta Comisión ejerce en solución de controversias es administrativa y no jurisdiccional, esta Comisión concluye que, en efecto, la naturaleza y alcance de la función de solución de controversias que ostenta la CRC es de carácter administrativo, y su alcance en la intervención debe atenerse de manera exclusiva y excluyente a salvaguardar los intereses superiores que caracterizan la finalidad de intervención del Estado en la economía, y no a resolver de fondo conflictos que solo involucran el interés privado y patrimonial de las partes del acuerdo de interconexión, los cuales se pueden abandonar a la autonomía de la voluntad privada y al libre juego del mercado, el cual se garantiza por el juez natural del contrato -sea o no mediante un proceso arbitral- de conformidad con las reglas generales de solución de conflictos previstas en el ordenamiento jurídico interno.

Ahora bien, y respecto al argumento en el sentido de que es el marco normativo y jurisprudencial comunitario el que, a través del artículo 32 de la Resolución 432 de SGCAN, asigna las funciones jurisdiccionales a esta Comisión en la materia, debe observarse que el anteriormente referido marco constitucional que enmarca la herramienta de intervención en el sector de las TIC radicada a esta Comisión a través de su función de solución de controversias de la que trata el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341, no resulta ajeno al entendimiento que el mismo TJCA tiene del artículo 32 de la Resolución 432 de la SGCAN, el cual vale recordar fue sustituido por la Resolución 1922 antes analizada. Al respecto, se recuerda que el TJCA en la interpretación prejudicial 255-IP-2013 sostuvo lo siguiente:

"Conforme a lo ordenado por la Resolución 432 tantas veces mencionada, con apoyo en la 255-IP-2013, la competencia para conocer de las controversias que surjan en ejecución de una interconexión son de conocimiento exclusivo y excluyente de la Autoridad Nacional Competente, CRC, y por consiguiente, este Tribunal decidirá no ser competente para conocer de la controversia aquí sometida a su decisión.

Vista la legislación nacional, encontramos que la facultad para resolver la controversia en el caso concreto, en la actualidad recae en cabeza de la CRC en desarrollo de lo previsto en

¹³⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 293-IP-2016, Expediente: 2004-00684. M.P. Dr. Luís Rafael Vergara Quintero, p. 8.

¹⁴⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 293-IP-2016, Expediente: 2004-00684. M.P. Dr. Luís Rafael Vergara Quintero, p. 12.

¹⁴¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 293-IP-2016, Expediente: 2004-00684. M.P. Dr. Luís Rafael Vergara Quintero, pp. 12-13.

¹⁴² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 293-IP-2016, Expediente: 2004-00684. M.P. Dr. Luís Rafael Vergara Quintero, p.13.

el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, norma que, por demás ha sido declarada exequible conforme la (sic) Sentencia C-186-2011, facultad que antes de la expedición de dicha ley recaía en la antigua CRT en desarrollo de lo previsto en el artículo 73 numeral 8 y 74 numeral 3 literal b de la Ley 142 de 1994". (NFT)

En el mismo sentido, la interpretación prejudicial 079-IP-2014 proferida por el mismo Tribunal deja en claro que al ser exclusiva y excluyente la competencia de esta Comisión para resolver respecto de las controversias ocurridas en el marco de un contrato de interconexión, **no importaba la función que dicha entidad ejerza, fuera esta jurisdiccional o no, para solucionar las controversias del caso en concreto. Siendo tal asunto de resorte de la legislación nacional conforme lo establece el principio de complemento indispensable.**

En tal orden de ideas, y frente al argumento del Tribunal de Arbitramento en cumplimiento de la providencia 079-IP-2014, en el que explica que la competencia exclusiva y excluyente de esta Comisión para resolver respecto de las controversias ocurridas en el marco de un contrato de interconexión, sin importar si la función con lo que lo resuelve sea jurisdiccional o no, resulta preciso recordar que la función de solución de controversias que por ley le fue otorgada a esta Comisión se ejecuta **en el marco de sus competencias- tal como se explicó anteriormente-**, esto es, en ejercicio de su función de intervención en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y en obediencia de lo dispuesto por la Ley 1341 de 2009 y del artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, que son de naturaleza administrativa y no judicial.

En adición a lo anterior, debe hacerse referencia a la providencia 164-IP-2014 en la que TJCA dio respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Quién es la autoridad competente para resolver conflictos de interconexión? Y ¿Quién es la autoridad competente para resolver conflictos de equilibrio económico del contrato de interconexión?, manifestando lo siguiente:

"El artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General, de igual forma le otorga competencia a la Autoridad de Telecomunicaciones del país donde se realiza la interconexión, para solucionar las controversias que se susciten por este evento. Esto significa que ninguna otra autoridad nacional tiene la facultad de dirimir este tipo de controversias; la voluntad del legislador comunitario es clara: la resolución de conflictos en materia de interconexión estará a la cabeza de la Autoridad de Telecomunicaciones competente, que en el caso colombiano es la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), hoy denominada "Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) (...) El Tribunal entiende que en cuestiones de ejecución de la interconexión, estamos frente a una antinomia en el mismo cuerpo normativo. Esto se resuelve a la luz del principio de especialidad; el artículo 32 de la Resolución 432 se encuentra en el capítulo IV, denominado "Solución de Controversias", mientras que el artículo 17 literal f) se encuentra en el capítulo I, denominado "Generales". Como el artículo 32 es especial frente al 17 literal f), evidentemente el aplicable es el primero, esto quiere decir que todo lo relacionado con conflictos que surjan en la "ejecución de la interconexión", es de competencia exclusiva de la Autoridad de Telecomunicaciones respectiva".

Nótese que el anterior pronunciamiento, el cual se efectuó estando vigente para la fecha del inicio de la presente actuación administrativa el artículo 32 sin la sustitución realizada por la Resolución 1922 del 17 de abril del 2017, es la reiteración de la posición asumida en otras interpretaciones prejudiciales anteriores (181-IP-2013 y 79-IP-2014), el cual fue recientemente confirmado en providencia 385-IP-2015. En esta última interpretación prejudicial el TJCA respondió específicamente a las preguntas: *"¿Según el texto de la norma andina, la autoridad de telecomunicaciones del país, al resolver la controversia sobre la interconexión entre los particulares proveedores de los servicios, ejerce una función jurisdiccional y si su fallo corresponde a la naturaleza y características de una sentencia?"* y *"¿Ante el silencio de la norma andina consultada, le correspondería al ordenamiento jurídico de cada país delimitar la naturaleza jurídica de la función de la autoridad de Telecomunicaciones competente?"*, en el siguiente sentido:

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

En consecuencia, si la Autoridad Nacional goza de funciones jurisdiccionales su decisión tendrá las características de una sentencia, y podrá ser apelada judicialmente de conformidad con las previsiones

del derecho procesal interno. Si no goza de funciones jurisdiccionales estaríamos ante un acto administrativo que se puede impugnar en la vía gubernativa si así lo permite el ordenamiento interno, y podrá ser demandado ante el contencioso administrativo de conformidad con las previsiones del derecho interno.

(...)

Como la normativa comunitaria andina guarda silencio sobre la naturaleza de las funciones de la Autoridad Nacional en Telecomunicaciones, sobre la base del principio de complemento indispensable le corresponde a la normativa interna definir si tiene o no funciones jurisdiccionales.”(NFT)

Con base en lo anterior, encontramos que, para el TJCA, si bien es esta Comisión el órgano competente para dirimir conflictos en materia de interconexión de telecomunicaciones, la naturaleza de la competencia no la otorga directamente el ordenamiento andino, sino que ello corresponderá a la legislación nacional, que deberá determinar si las funciones de la CRC de solución de controversias son de naturaleza administrativa o jurisdiccional, con fundamento en el principio de complemento indispensable; tesis que es reiterada posteriormente por el mismo TJCA en la interpretación prejudicial 293-IP-2016 cuando, al interpretar los artículos 32 de la Decisión 462 y el 32 de la Resolución SGCAN 432 sustituido por la Resolución SGCAN 1922, fue claro al explicar que “2.2. (...) si un proveedor que solicita una interconexión considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, **recurrirá antes (SIC) las Autoridades Nacionales respectivas de la materia que se trate, las cuales resolverán de acuerdo con su normativa nacional**”¹⁴³.

En este sentido, ha de recordarse que la legislación nacional ha otorgado competencias administrativas a esta Comisión para dirimir las controversias entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, como ampliamente lo ha explicado la propia H. Corte Constitucional en su decisión de exequibilidad sobre la norma que atribuye esta competencia. Sostener lo contrario, es decir, que las competencias son jurisdiccionales, no solamente desnaturaliza y distorsiona las interpretaciones prejudiciales rendidas por el TJCA sobre las normas comunitarias pertinentes y el alcance de las funciones que por ley le fueron asignadas a la CRC en la materia, sino que además riñe con el mandato dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, el cual bajo un principio de excepcionalidad y reserva de ley, permite al legislador otorgar funciones jurisdiccionales a entidades administrativas, a condición de que no solamente bajo una interpretación restrictiva, las mismas sean otorgadas por una norma legal que de manera clara, expresa y concreta lo indique¹⁴⁴. Lo anterior no solamente para efectos de que exista claridad de fines y una diferenciación de funciones, sino también porque la asignación de tales funciones debe ser armónica con los principios medulares del debido proceso que se edifican en el ordenamiento nacional colombiano, esto es que se garantice la imparcialidad del juzgador y la independencia y autonomía judicial¹⁴⁵.

Pero, además, el análisis de las normas comunitarias a las que las partes hacen referencia llevan a la misma conclusión. En efecto, el artículo 30 de la Decisión 462 de 1999 de la Comisión de la CAN dispone lo siguiente: “*Todos los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones interconectarán obligatoriamente sus redes con las de los proveedores que hayan homologado sus títulos habilitantes, de acuerdo a la normativa nacional de interconexión de cada País Miembro. [...] En caso de negativa de un proveedor a la interconexión, será la Autoridad Nacional Competente la que determine su procedencia*”.

A su vez, en el artículo 32 de la Decisión 462, al establecer las “*Condiciones entre proveedores*”, se prevé lo siguiente: “*Si un proveedor que solicita una interconexión considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, recurrirá ante las Autoridades Nacionales respectivas de la materia que se trate, las cuales resolverán de acuerdo con su normativa nacional*”.

Asimismo, el artículo 32 de la Resolución SGCAN 432 de 2000 vigente para la fecha del inicio de la presente actuación administrativa, señalaba: “*Sin perjuicio de las acciones previstas en el*

¹⁴³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 293-IP-2016, Expediente: 2004-00684. M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, pp. 12.

¹⁴⁴ Ver, Corte Constitucional, sentencia C-156 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴⁵ Ver, Corte Constitucional, sentencia C-649 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Ver también, Corte Constitucional, sentencia C-178 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

ordenamiento jurídico andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes. En el caso que éstas no logren un entendimiento que ponga fin a la controversia, la misma deberá ser sometida a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, por cualquiera de las partes. La Autoridad de Telecomunicaciones competente deberá decidir dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la recepción de la consulta”.

Finalmente, la Resolución SGCAN 1922 de 2017 al sustituir en el curso o etapa de la presente actuación administrativa el artículo 32 de la referida Resolución SGCAN 432 de 2000, dispone lo siguiente: *“Conforme a lo previsto en el literal f) del artículo 17 y sin perjuicio de lo previsto en el ordenamiento jurídico comunitario andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes. Si dichas partes no logran un entendimiento que ponga fin a la controversias, cualquier de ellas podrá solicitar a la autoridad del País Miembro en donde se realiza la interconexión que se encuentre facultada al efecto por su legislación interna, que la resuelva conforme a los plazos y procedimientos dispuestos en dicha legislación. En cualquier caso, la decisión que adopte la señalada autoridad deberá ser conforme con el ordenamiento jurídico comunitario andino”.*

Como puede verse del texto expreso de las anteriores disposiciones comunitarias, en ninguna de ellas se califica la naturaleza jurídica de las competencias de la *“Autoridad Nacional Competente”* ni de la *“Autoridad de Telecomunicaciones”*, de tal manera que de dichos textos tampoco resulta que se trate de competencias jurisdiccionales. Así, y tal como lo ha sostenido el TJCA en los pronunciamientos citados y, en especial, en los procesos 385-IP-2015 y 293-IP-2016 (las cuales hacen parte del ordenamiento jurídico comunitario andino), es la normatividad interna la que debe establecer la naturaleza de la función de solución de controversias a cargo de las *“Autoridades Nacionales respectivas de la materia de que se trate”*, normatividad que, como se explicó en páginas precedentes, ha sido clara en calificar la competencia de la Comisión de Regulación de Comunicaciones como una competencia de naturaleza administrativa y no jurisdiccional.

En ese orden de ideas, el mismo H. Consejo de Estado en sentencia del 23 de septiembre de 2015, y conociendo del recurso de anulación elevado por **COMCEL** en el marco del artículo 104 del CPACA y del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, sostuvo lo siguiente:

“La norma en cita fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-186 de 2011, por cuanto, desde el punto de vista constitucional es válido que el legislador restrinja la libertad que tienen los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones de acudir al arbitraje, en ciertos casos, para entregarle la función de resolver ciertos conflictos a un organismo administrativo, pues tal posibilidad constituye una de las formas de intervención del Estado, en los términos del artículo 334 de la Constitución Política.

(...)

Lo anterior, dicho sea de paso, sirve para desvirtuar el planteamiento expuesto por Comcel S.A., en cuanto afirma que la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina desconoció la Constitución Política, porque, en su opinión, le atribuyó funciones jurisdiccionales a la CRC, en abierta contradicción con el artículo 116 aquélla.”¹⁴⁶ (NFT)

Y es bajo el referido argumento que el mismo H. Consejo de Estado en el citado fallo, el cual se relaciona con la actuación administrativa que aquí nos convoca, en su numeral tercero resolvió:

“Tercero. - Por Secretaría de la Sección, REMÍTASE la totalidad el expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC-, para que dentro del ámbito de sus competencias, decida el conflicto suscitado entre los operadores Comunicación Celular Comcel S.A. y Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P -ETB-, con ocasión de los cargos de acceso relacionados con el contrato de interconexión del 13 de noviembre de 1998” (NFT)

En igual sentido, la misma Sección Tercera del Consejo de Estado, tal y como lo hizo notar la misma **ETB** en su memorial del 31 de agosto del 2016 en el que aportó a esta Comisión copia simple del

¹⁴⁶ Ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de septiembre de 2015, C.P. Carlos Alberto Zambrano. Radicación No. 110010326000201500018 00.

referido fallo para interés del presente trámite administrativo¹⁴⁷, y citando la sentencia C-186 de 2011 de la Corte Constitucional, sostuvo lo siguiente:

"Es de precisar igualmente que es el numeral 9º del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 quien le otorga facultades a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes de servicios de telecomunicaciones ...

*Luego, no se puede afirmar que por vía de la interpretación Prejudicial No. 079-IP-2014 se vulneraron las normas constitucionales (artículo 116) y legales de carácter nacional al conferirle facultades jurisdiccionales a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, **cuando es la misma norma legal la que la faculta para resolver las controversias que se originen entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones dentro del marco de sus competencias, tal como lo son originadas en la ejecución de un contrato de interconexión.**" (NFT)*

En otras palabras, se puede concluir que resulta ya decantado tanto para la H. Corte Constitucional, el H. Consejo de Estado y el TJCA, que las funciones que esta Comisión tiene para resolver conflictos en materia de relaciones de interconexión, como autoridad nacional actuando conforme su normativa nacional en el marco de la CAN, radican en la función resolverlos en **el marco o ámbito de sus competencias** conforme a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, entendiéndose la misma como una función de regulación y de intervención en la economía, que supone la expedición de actos administrativos y no de una función de naturaleza jurisdiccional, toda vez que será el ordenamiento jurídico interno el que determine la naturaleza de la función, conforme al principio de complemento indispensable, situación que en este caso se evidencia al entender que **"es la misma norma legal (numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009) la que la faculta para resolver las controversias que se originen entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones dentro del marco de sus competencias (...)"**¹⁴⁸ (NFT)

3.2. Respecto de la procedencia o no en el caso en concreto de la Interpretación Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Para efectos de analizar la solicitud presentada al respecto por **ETB**, esta Comisión debe partir del hecho de que sus competencias para conocer del asunto en controversias son administrativas, como ya se ha explicado detalladamente en el numeral inmediatamente anterior.

Así la solicitud de interpretación prejudicial en instancias de solución de controversias por parte de la CRC es de carácter facultativo y no obligatorio, asunto sobre el cual el propio TJCA en Interpretación Prejudicial 255-IP-2013 sostuvo lo siguiente:

*"52. Dentro de los procesos internos de un país miembro de la Comunidad Andina, pueden presentarse casos en los cuales la norma andina es parte del contenido de las normas que debe conocer el juez que va a resolver el proceso, motivo por el cual el juez de la causa **podrá** solicitar al Tribunal Andino de Justicia, la interpretación de las normas sobre las cuales considere pertinente que la autoridad comunitaria se pronuncie. **Este tipo de interpretación es aplicable para aquellos procesos en que la sentencia que dicte el juez sea susceptible de recurso.***

*53. En el evento de que el juez deba resolver el proceso sin la Interpretación Prejudicial solicitada, **deberá decidir el proceso.***

*54. El hecho de que el juez nacional emita su dictamen sin la Interpretación, **no invalida el proceso.***

*55. La Consulta facultativa por el contrario, según la define el artículo 122 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, **es aquella por la cual el Juez nacional que no sea de única o última instancia ordinaria puede elevar consulta prejudicial al Tribunal, situación en la que no suspende el proceso.***

*56. Es una herramienta que tiene el juez nacional para salvaguardar, **desde su labor de instancia, la validez y eficacia del derecho comunitario andino (...)**" (NFT)*

En tal orden de ideas, en el caso en concreto no resulta mandatorio y requisito previo a la toma de una decisión administrativa, requerir al TJCA interpretación prejudicial para efectos de aplicar las

¹⁴⁷ Ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 3 de agosto de 2016, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación No. 11001-03-26-000-2015-00089-00 (54.315)

¹⁴⁸ Ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 3 de agosto de 2016, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación No. 11001-03-26-000-2015-00089-00 (54.315)

normas andinas en materia de interconexión y mucho menos para delimitar la materia y alcance de la presente controversia. Lo anterior al entender que:

- i. En el presente trámite administrativo "*la norma andina es parte del contenido de las normas que debe conocer [esta Comisión para] resolver el proceso*" que aquí nos convoca y que ha sido interpretada ya por el TJCA;
- ii. Tal como se explicará en el numeral 4 de la presente resolución, la materia y alcance de la controversia que aquí nos convoca se encuentra delimitada sin que para tal delimitación, sea requisito obligatorio previo acudir a la interpretación prejudicial; y
- iii. En atención a que el trámite de solución de controversias se efectúa en sede administrativa, se tiene que frente al acto administrativo que decida una controversia en el marco de las competencias de la CRC, es susceptible de recurso de reposición, por expresa disposición del artículo 48 de la Ley 1341 de 2009, en concordancia con las disposiciones del CPACA. Dichos actos administrativos están sometidos a control jurisdiccional, de tal suerte que la decisión que adopte la CRC, no constituye ni una única, ni una última instancia judicial.

3.3. Respetto de la verificación de requisitos de forma y procedibilidad

En primer lugar, esta Comisión considera pertinente constatar si la solicitud presentada por **COMCEL** cumple o no con los requisitos de forma y procedibilidad para el trámite contemplado en el artículo 43 de la Ley 1341 de 2009, a saber: **(i)** solicitud escrita, **(ii)** manifestación de la imposibilidad de llegar a un acuerdo, **(iii)** indicación expresa de los puntos de divergencia, así como aquellos en los que exista acuerdo si los hubiere, **(iv)** presentación de la respectiva oferta final respecto de la materia en divergencia, y **(v)** acreditación del transcurso de treinta (30) días calendario desde la fecha de la presentación de la solicitud con los requisitos exigidos en la regulación que sobre el particular expida la CRC.

Al respecto, esta Comisión observa que de la información allegada al expediente administrativo se puede evidenciar que **COMCEL** remitió a **ETB** el 24 de enero de 2003 carta mediante la cual le solicitó la "*realización de un ajuste a la liquidación de los cargos de acceso, desde el 1 de enero de 2002 a la fecha, según los valores definidos en el numeral (3) del artículo 4.2.2.19 de las resoluciones CRT 463 y 489 de 2011 y 2002, respectivamente.*"¹⁴⁹

Adicionalmente, la anterior misiva fue la oportunidad por medio de la cual se realizó entre las partes Comité Mixto de Interconexión, el cual tuvo lugar el día 4 de febrero de 2003, donde **ETB** manifestó que hasta la fecha no había acogido a ninguna de las modalidades establecidas en la Resolución CRT 489 de 2002.¹⁵⁰

De esta forma, esta Comisión observa que el plazo de agotamiento de la etapa de negociación directa de los asuntos a los que hace referencia la solicitud de solución de controversias presentada por **COMCEL**, debe partir del día en el que dicho proveedor puso de presente su requerimiento, oportunidad en la cual indicó bajo qué condiciones y reglas consideraba que debía ser resuelto el asunto. Como antes se anotó, la solicitud de **COMCEL** fue presentada ante **ETB** a través de comunicación del 24 de enero de 2003 y la solicitud de solución de controversias que en esta oportunidad nos convoca fue radicada ante la CRC hasta el 10 de marzo de 2016, lo cual evidencia que el plazo de negociación al que hace referencia el artículo 42 de la Ley 1341 de 2009 efectivamente se agotó.

Por otro lado, frente a los demás requisitos contemplados en el artículo 43 de la Ley 1341 de 2009, se observa que la solicitud presentada por **COMCEL** el 6 de octubre de 2016 no solamente se presenta por escrito ante esta Comisión, sino que también en la misma se hace referencia a los puntos de acuerdo, los puntos en desacuerdo y la oferta final, lo cual es acorde con los requisitos de forma exigidos por la ley.

3.4. Respetto de la supuesta existencia de cosa decidida mediante las Resoluciones CRT 980 y 1038 de 2004

Esta Comisión, antes de analizar de fondo la controversia, debe establecer si el alcance y contenido de la solicitud se identifica con el alcance y contenido de la solicitud presentada ante esta Comisión por **COMCEL** el 5 de agosto de 2003. Lo anterior, para determinar si, esta entidad ya definió la

¹⁴⁹ Resolución CRT 980 de 2 de abril de 2004, pg. 1.

¹⁵⁰ Resolución CRT 980 de 2 de abril de 2004, pg. 2.

solicitud de controversia que aquí nos convoca a través de las Resoluciones CRT 980 del 2 de abril y 1038 del 9 de julio de 2004. En otras palabras, debe verificarse si existe identidad entre la petición de 5 de agosto de 2003 y la solicitud que actualmente se resuelve, con la finalidad de evitar vulneraciones a la prohibición de revocación de los actos administrativos de contenido individual y concreto.

Para tales efectos, esta Comisión debe recordar cuál es el alcance y contenido sustancial de la solicitud presentada por **COMCEL** en esta oportunidad, y aquella presentada por el mismo proveedor el 5 de agosto de 2003. En ese ejercicio, la solicitud de **COMCEL** debe ser revisada de conformidad con lo dispuesto en la normatividad vigente y en los desarrollos jurisprudenciales relativos a la forma en que las autoridades administrativas deben resolver los derechos de petición que se le formulan, atendiendo para el efecto el núcleo esencial de dicho derecho fundamental. Al respecto, la H. Corte Constitucional, en numerosas sentencias, ha explicado lo siguiente:

*"[E]llevar una solicitud a la administración corresponde al ejercicio del derecho de petición y no deja de pertenecer a su ámbito por la sola circunstancia de que lo pedido esté previsto en norma legal especial. Acudir a una modalidad de petición indicada por la ley para ciertos efectos no despoja a la solicitud de su sustento constitucional por el hecho de que exista tal regulación específica, menos todavía si la administración rechaza aquella o no la tramita bajo el pretexto de que, en vez de las normas legales aplicables, se ha hecho referencia al precepto de la Carta Política que consagra el derecho de petición. El ejercicio de éste se encuentra implícito, aunque no se invoque, en toda manifestación que se haga ante una autoridad o entidad pública, mediante la cual se pretenda respetuosamente obtener algo de ella: una decisión, una definición, una liquidación, un pago, una aclaración, la expedición de un acto administrativo, una adición al mismo, o una revocación de todo o parte de su contenido."*¹⁵¹ (SFT)

Bajo tal marco, de la revisión textual de la solicitud presentada por **COMCEL** dentro del presente trámite puede observarse que solicita a la CRC que defina cuál es el régimen de remuneración de cargos de acceso aplicable para el periodo de febrero de 2006 hasta febrero de 2008 en la relación de interconexión entre la red de TMC de **COMCEL** y la red TPBCLDI de **ETB** y, una vez definido ese régimen, proceda a establecer que la **ETB** debe pagar a **COMCEL** la diferencia entre lo que ha venido pagando y lo que ha pagado por dicho concepto en el periodo referido, proceda a realizar tanto la respectiva corrección monetaria, como determinar los correspondientes intereses moratorios.

Por su parte, la solicitud del conflicto presentada por **COMCEL** el 5 de agosto de 2003, la cual motivó las Resoluciones CRT 980 y 1038 de 2004, se concretaba en: "(i) la **modificación de las condiciones de interconexión con el cargo de acceso que ETB debe reconocer a COMCEL por el tráfico de larga distancia internacional entrante hacia la red de TMC de COMCEL**; (ii) **que de conformidad con las Resoluciones CRT 463 y 489 de 2001 y 2002 respectivamente la modificación de las condiciones de interconexión sea efectiva a partir del 1 de enero de 2002** y; (iii) **Declarar que desde el 1 de enero de 2002 la ETB debió haber reconocido y pagado a COMCEL el cargo de acceso por tráfico de LDI entrante, previsto en la Resolución CRT 463 de 2001**"¹⁵² (NFT)

Lo anterior se soporta al recordar que la Comisión en la Resolución CRT 1038 del 9 de julio de 2004, conociendo el recurso de reposición interpuesto por **COMCEL** contra la citada Resolución CRT 980, sostuvo lo siguiente: "*En el caso particular, la pretensión de COMCEL la cual fue transcrita anteriormente tuvo como propósito que la interconexión existente entre COMCEL y ETB fuera remunerada bajo la opción de cargos de acceso involucrada en la regulación vigente con la expedición de la Resolución CRT 461 de 2001, y no la definición de la regulación aplicable para el pago y remuneración de los cargos de acceso en la relación de interconexión a la que se ha hecho referencia (...)*"¹⁵³ (NFT)

Así las cosas, resulta evidente que la discusión de fondo en el caso en concreto no resulta sustancialmente idéntica a la que se desprendía de la solicitud de **COMCEL** presentada en el 2003 y resuelta por las Resoluciones CRT 980 y 1038, pues en el 2003 se buscaba que la decisión de la Comisión modificara la relación contractual entre las partes y que la relación de interconexión fuera remunerada por la Resolución CRT 463, mientras que en el presente caso se busca determinar cuál es el régimen de remuneración de cargos de acceso aplicable para el periodo comprendido entre febrero de 2006 y febrero de 2008 en la relación de interconexión entre la red de TMC de **COMCEL** y la red TPBCLDI de **ETB**, en virtud de las obligaciones pactadas por ambas partes en el **CONTRATO**.

¹⁵¹ Ver, H. Corte Constitucional, Sentencia T-021 de 1998, M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

¹⁵² Resolución CRT 980 de 2 de abril de 2004, pg. 1.

¹⁵³ Resolución CRT 1038 de 9 de julio de 2004, pg. 3.

En suma, el conflicto surgido entre las partes recae sobre la determinación de si para el periodo anteriormente referido existía un régimen regulatorio vigente respecto de la remuneración por cargos de acceso de la relación contractual entre las partes, o si por el contrario la misma relación para dicho periodo debía ser remunerada conforme lo pactado entre las partes en el **CONTRATO** con base en el régimen de minuto real.

El anterior análisis no solamente resguarda el núcleo esencial del derecho de petición¹⁵⁴ y atiende el principio de eficacia¹⁵⁵ que rige las actuaciones administrativas, sino que, asimismo, se enmarca dentro del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho formal; pues no de otra manera la Comisión puede asegurar que la solución de fondo a una petición se dote de claridad y congruencia entre lo realmente pedido por un solicitante y lo resuelto, dado que *"la garantía real al derecho de petición radica en cabeza de la administración una responsabilidad especial, sujeta a cada uno de los elementos que informan su núcleo esencial. La obligación de la entidad estatal no cesa con la simple resolución del derecho de petición elevado por un ciudadano, es necesario además que dicha solución remedie sin confusiones el fondo del asunto; que este dotada de claridad y congruencia entre lo pedido y lo resuelto (...)"*¹⁵⁶ (NFT)

3.5. Respecto de la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Mediante sendas comunicaciones de fechas del 13 de abril de 2016¹⁵⁷, 15 de noviembre de 2016¹⁵⁸ y 31 de agosto de 2017¹⁵⁹ la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado *"reiteró los argumentos de hecho y de derecho que fueron expuestos ante los tribunales de arbitramento, que demuestran las razones por las cuales deben desestimarse las pretensiones de COMCEL S.A."* En tales oportunidades, tal y como consta en el expediente de la referencia, dicha Agencia no precisó a esta Comisión bajo qué competencia de las atribuidas por la ley actuaba o intervenía en el presente trámite administrativo. Así, en ninguno de los referidos memoriales la Agencia no identificó ante esta Comisión si obraba por alguna de las siguientes competencias atribuidas por la ley: Artículo 2º del Decreto 4085 de 2011; Decreto No. 915 de 2017; numeral 13 del artículo 10 del Decreto 4085 de 2011; Acuerdo 1 de 2013; Título II, Capítulo II de Libro Quinto de la Ley 1564 de 2012. Así, los citados memoriales siempre se remitieron a esta Comisión en atención a que dicha Agencia *"considera pertinente, exponer (...) consideraciones en defensa del interés público"*¹⁶⁰.

Fue hasta el 26 de febrero de 2018, cuando mediante memorial sostuvo a esta Comisión que *"ya es de conocimiento de la CRC, que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado posee legitimación para intervenir en la actuación"*¹⁶¹, y para tales efectos, la mencionada Agencia manifestó su legitimación para actuar en el presente trámite administrativo, arguyendo, además, *"que en la presente controversia además ya ha sido reconocida en sede arbitral -trámites arbitrales CCB 2845 y 2846- y contencioso-administrativa, radicado 1100110315000-2015-00036-01"*¹⁶².

¹⁵⁴ Ver, Sentencias T-042, T-044, T-058, T-304 de 1997, T-419, T-021 y T-118 de 1998 entre otras. Se debe indicar también que *"el derecho constitucional a obtener una respuesta oportuna y concreta no sólo tiene vigencia en cuanto atañe a la solicitud original que dió lugar al trámite administrativo, sino que también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más de tal derecho"* Sentencia T-291 de junio 4 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz. En el mismo sentido ver las sentencias T-292 de 1993, T-304 de 1994 y T-294 de 1997, entre otras). Así mismo, se recuerda que *"[e]n síntesis, la garantía real al derecho de petición radica en cabeza de la administración una responsabilidad especial, sujeta a cada uno de los elementos que informan su núcleo esencial. La obligación de la entidad estatal no cesa con la simple resolución del derecho de petición elevado por un ciudadano, es necesario además que dicha solución remedie sin confusiones el fondo del asunto; que este dotada de claridad y congruencia entre lo pedido y lo resuelto; e igualmente, que su oportuna respuesta se ponga en conocimiento del solicitante, sin que pueda tenerse como real, una contestación falta de constancia y que sólo sea conocida por la persona o entidad de quien se solicita la información..."* (T-149 de 2013)

¹⁵⁵ Ver, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), numeral 11 del artículo 3º: *"En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa."*

¹⁵⁶ Ver, H. Corte Constitucional, Sentencia T-149 de 2013, M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

¹⁵⁷ Radicado CRC No. 201631171.

¹⁵⁸ Radicado CRC No. 201634225.

¹⁵⁹ Radicado CRC No. 201732750.

¹⁶⁰ Radicado CRC No. 201634225.

¹⁶¹ Radicado CRC No. 2018300475.

¹⁶² Radicado CRC No. 2018300475.

Frente a lo anterior, esta Comisión observa que la legitimación para intervenir que reivindica la Agencia parte de la premisa de la existencia de un proceso judicial donde sea parte una entidad pública del orden nacional, pues lo cierto es que legalmente el ejercicio de sus competencias se limita a tales entidades, pues tal como lo menciona en su comunicado "*para prevenir fraudes*" del 2017 relacionado con la aclaración de sus competencias y las características de sus comunicaciones, explicó al público respecto de sus competencias lo siguiente:

*"Decreto 4085 de 2011 establece en su artículo 2º los objetivos de la ANDJE y delimitó su alcance a la realización de actuaciones dirigidas a la garantía de los derechos de la Nación y a la protección efectiva del patrimonio público, específicamente, la participación en procesos judiciales o administrativos en los que la Nación o las entidades públicas del orden nacional sean parte demandante o demandada."*¹⁶³ (NFT)

Así las cosas, esta Comisión considera que en el caso concreto no se configura ninguno de los elementos para la intervención de la Agencia, por cuanto: (a) no se trata de un proceso judicial, sino de un procedimiento administrativo, como se expresó antes; y (b) no es parte del procedimiento una entidad pública del orden nacional, pues lo cierto es que **ETB**¹⁶⁴ es del orden distrital.

En consecuencia, a esta Comisión no le resulta claro la legitimación bajo la cual la Agencia pretende intervenir en el presente trámite administrativo, más aún considerando que no fue sino hasta el 26 de febrero de 2018 en donde, de manera expresa, sostuvo a esta Comisión que posee legitimación para intervenir, pues hasta esa fecha las comunicaciones de la Agencia se limitaron a presentar argumentos que consideraba debían ser tenidos en cuenta para la defensa del patrimonio público; siendo los mismos reiteraciones de sus actuaciones que como parte presentó en los trámites jurisdiccionales -no administrativos- que entre **COMCEL** y **ETB** existieron previos al inicio de la presente actuación administrativa.

De esta forma esta Comisión, frente a la inexistencia de claridad al respecto por parte de la Agencia, no puede reconocer la legitimación de la misma para intervenir como parte en la presente actuación administrativa; situación que no significa que esta Comisión no desarrolle un debido análisis de los argumentos presentados por **ETB** en el caso administrativo que nos convoca, los cuales no solamente recoge las consideraciones presentadas por la Agencia, sino también son lo suficientemente reiterativos en la posición de **ETB** en el transcurso de la presente actuación administrativa.

4. CONSIDERACIONES DE FONDO DE LA CRC SOBRE LOS ASUNTOS EN CONTROVERSA

Una vez revisados los argumentos esgrimidos por las partes, a los que se hizo referencia en los numerales anteriores, y luego de llevar a cabo la audiencia de mediación, esta Comisión recuerda que la solicitud de conflicto presentada por **COMCEL** es la siguiente:

*"Que la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES, solucione la controversia surgida entre EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP-ETB, en adelante ETB y COMCEL S.A., respectivamente, en relación al valor que por concepto de Cargos de Acceso la ETB adeuda a COMCEL por el periodo comprendido entre febrero de 2006 hasta febrero 2008 inclusive, en virtud del Contrato de Acceso, uso e interconexión suscrito entre las partes el 13 de noviembre de 1998 y de la reglamentación vigente para la época, contenida en la Resolución CRT 087 de 1997, modificada parcialmente y en partes expresamente indicadas por las Resoluciones CRT1237 de 2005 -para el periodo de febrero 2006 a diciembre 2007- y la resolución CRT1763 de 2007- para el periodo de enero 2008 a febrero de 2008"*¹⁶⁵.

Entendiendo los efectos de la modificación y de la aplicación en el tiempo de la Resolución SGCAN 1922, y la naturaleza y alcance de la competencia administrativa de solución de controversias de la

¹⁶³ El referido comunicado puede ser accedido mediante el siguiente enlace: <http://www.legisaldia.com/BancoMedios/Archivos/comunicadoandjeaclarasuscompetenciascaracteristicas-17.pdf>

¹⁶⁴ ETB es una sociedad de economía mixta con un régimen de derecho privado, cuyo accionista mayoritario, el Distrito Capital de Bogotá, posee el 86.36% de las acciones, en tanto que inversionistas privados tienen el 11.6% y otros accionistas públicos tienen el 2% restante.

Este tipo de sociedades, según lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, son "organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley".

¹⁶⁵ Obrante en el Expediente administrativo 3000-92-531. Radicado No. 2018300475.

Comisión -tal y como fue ampliamente explicado en el numeral 3.1. arriba-, resulta claro para la CRC que en el marco de sus competencias de solución de controversias en sede administrativa no puede resolver aquellas que solo involucran el interés privado y patrimonial de las partes del acuerdo de interconexión, en tanto que ellas corresponden al juez del contrato. Por el contrario, sus competencias, tal como fueron atribuidas por el legislador a esta Comisión en la materia y según lo explicado antes, están dirigidas a un solo fin como es el de garantizar el interés público.

Así las cosas, y en el marco del numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 y del literal f) del artículo 17 y el artículo 32 de la Resolución SGCAN 432, este último sustituido por la Resolución SGCAN 1922 dentro del curso de la presente actuación administrativa, en esta oportunidad no puede esta Comisión avocar conocimiento de fondo respecto de condenas, indemnizaciones, intereses moratorias y costas planteadas por **COMCEL** en el trámite de solución de controversias que en esta oportunidad nos convoca. Lo anterior, al entender que las mismas corresponden a conflictos derivados del **CONTRATO** suscrito por las partes, pues el reconocimiento del pago de obligaciones contractuales y su responsabilidad civil contractual derivadas del **CONTRATO** y condenas son todos asuntos que involucran exclusivamente un interés privado de las partes en el **CONTRATO**; asuntos que deben ser resueltos de conformidad con las reglas generales de solución de conflictos previstas en el ordenamiento jurídico interno por el juez natural del contrato, de acuerdo con los mecanismos para la resolución de controversias que ambas partes hubieran pactado.

Asimismo, en cuanto a la petición de costas, tampoco es competente la Comisión en tanto que las costas son un asunto puramente jurisdiccional¹⁶⁶ y no están previstas para los trámites administrativos de solución de controversias. En consecuencia, como atrás se concluyó que las competencias de la Comisión son estrictamente administrativas, no puede resolverse sobre peticiones que solo pueden presentarse a un juez, como es el tema de las costas.

Lo anterior, cabe aclarar, no desconoce la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2015 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en atención a que en dicha providencia no se observa orden alguna a la CRC de pronunciarse frente al conflicto originado en la ejecución del contrato de interconexión entre las partes ya mencionadas, como autoridad con funciones jurisdiccionales. Situación que, valga resaltar, se corrobora cuando en cumplimiento del artículo 1º del Auto de Pruebas del 14 de noviembre de 2017, la Subsección "A" de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado respondió a esta Comisión lo siguiente:

"(...) la subrogación de la anterior disposición por cuenta del artículo 1 de la resolución 1922 de 2017 se produjo con posterioridad al fallo que decidió el recurso extraordinario de anulación, es decir, cuando ya había perdido competencia el Consejo de Estado respecto de la actuación, por haber quedado en firme la providencia que ordenó la remisión del asunto a la autoridad administrativa para que dirimiera el conflicto.

Por lo anterior, corresponde exclusivamente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, y no al Consejo de Estado, verificar si se alteró la competencia de aquella con ocasión de la subrogación del mencionado artículo 32 de la resolución 432 de 2000 y si el asunto debe ser remitido a otra autoridad o no". (NFT)

Por lo que resulta equivocado deducir que en el referido fallo se adoptó algún tipo de decisión que vinculara el alcance o naturaleza de la función administrativa de solución de controversias de la CRC en el caso en concreto, pues lo que desató el juez fue un recurso que a la postre no prosperó por falta de fundamento legal de la causal de anulación que debía desarrollar el recurrente (en tal caso **COMCEL**). Dicho de otra manera, el pronunciamiento no contiene una *ratio decidendi*¹⁶⁷ que opere

¹⁶⁶ Siguiendo planteamientos de la doctrina nacional, la jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que las costas, esto es, "aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial", están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho. Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 13 de febrero de 2002, Expediente D-3629, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006, 6 de abril de 2006. Referencia expediente: T-1222275. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa (al respecto del concepto y obligatoriedad de la *ratio decidendi*, explica lo siguiente: "Por *ratio decidendi*, (...) debía considerarse como la formulación general... del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. [o] si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive (...) En materia de la obligatoriedad, (...) La *ratio decidendi*, por el contrario, al ser base necesaria de la decisión, resulta ser de obligatoria aplicación por los jueces, en otras situaciones similares.)

como fuente de obligación para la Comisión de Regulación de Comunicaciones en la determinación de sus competencias para la decisión de fondo del conflicto presentado por **COMCEL**.¹⁶⁸

En tal sentido, esta Comisión en el marco de sus competencias, está facultada solamente para avocar conocimiento de fondo respecto de la **PRIMERA** petición planteada por **COMCEL**, la cual versa sobre determinar cuál es el régimen de remuneración de cargos de acceso aplicable en el caso en concreto, asunto que sin duda alguna se vincula directamente con el interés general de la regulación y el objeto legalmente asignado a la CRC; salvaguardando así la congruencia de sus funciones administrativas de solución de controversias con los principios de intervención del Estado en el sector de las TIC que rigen la actividad regulatoria de esta Comisión. En otras palabras, y en el marco de sus competencias, para la CRC es claro que la discusión de fondo en el caso en concreto versa sobre determinar cuál es el régimen de remuneración de cargos de acceso aplicable para el periodo de febrero de 2006 hasta febrero de 2008 en la relación de interconexión entre la red de TMC de **COMCEL** y la red TPBCLDI de **ETB**, en virtud de las obligaciones pactadas por ambas partes en el **CONTRATO**.

En suma, el conflicto surgido entre las partes recae sobre la determinación de si para el periodo anteriormente referido existía un régimen regulatorio vigente respecto de la remuneración por cargos de acceso de la relación contractual pactada entre las partes, o si por el contrario la misma relación para dicho periodo debía ser remunerada conforme lo pactado entre las partes en el **CONTRATO** con base en el régimen de minuto real.

En tal orden de ideas, el estudio de las pretensiones de **COMCEL** en el marco del asunto en controversia requiere abordar un análisis relacionado con la aplicabilidad de las disposiciones regulatorias bajo las cuales **COMCEL** sustenta sus peticiones. De antemano, si bien **COMCEL** en su solicitud de controversias involucra apartes en las que considera que esta Comisión considera que el alcance sustancial de la solicitud de **COMCEL** versa en que se determine el régimen de remuneración de cargos de acceso para el periodo comprendido entre el febrero de 2006 hasta el febrero de 2008 se entiende que **COMCEL** al incluir la palabra "hasta"¹⁶⁹ en su solicitud de controversias, las mismas denotan el interés de **COMCEL** de incluir los periodos **desde** el 1 de febrero de 2006 **hasta** el 29 de febrero de 2008.

Así las cosas, y en tal propósito, esta Comisión procederá a revisar tanto los antecedentes de hecho y de derecho relevantes asociados con el régimen de remuneración de cargos de acceso para el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2006 **hasta** el 29 de febrero de 2008, como el alcance de lo pactado entre las partes en el **CONTRATO** respecto a la forma de remuneración por parte de **ETB** del tráfico internacional entrante que se cursara a las redes de **COMCEL**. Para así concluir, en el marco del derecho nacional y comunitario, con la determinación del régimen de remuneración de cargos de acceso aplicable para el periodo del 1 de febrero de 2006 **hasta** el 29 de febrero de 2008 en la relación de interconexión entre la red de TMC de **COMCEL** y la red TPBCLDI de **ETB**, en virtud de las obligaciones pactadas por ambas partes en el **CONTRATO**.

4.1. LA APLICABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES REGULATORIAS BAJO LAS CUALES COMCEL SUSTENTA SUS PETICIONES

4.1.1. La regulación anterior a la celebración del CONTRATO

El análisis de este punto debe iniciar recordando que mediante la Resolución CRT 087 de 1997, publicada en el Diario Oficial No. 43.128 de 15 de septiembre de 1997, la entonces Comisión de Regulación de Telecomunicaciones reguló de forma integral los servicios de telefonía pública básica conmutada (en adelante "TPBC") en Colombia. Concretamente, para efectos de lo que interesa al presente trámite, en relación con los costos de interconexión entre operadores de TPBC y otros operadores de telecomunicaciones, los artículos 4.2.1.6 y 4.2.1.7 establecieron lo siguiente:

¹⁶⁸ Tal análisis también fue desarrollado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. el 14 de septiembre de 2017 por el Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, referencia: 25000-23-36-000-2017-01266-01; al conocer de la impugnación formulada por Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A. contra la providencia del 24 de julio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, en la acción de tutela presentada por Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A. contra la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

¹⁶⁹ Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario "hasta": "2. adv. Incluso o aún."

"ARTICULO 4.2.1.6. REMUNERACION. Los operadores tienen derecho a recibir una contraprestación razonable por el uso de su infraestructura y por la prestación de servicios a otros operadores con motivo de la interconexión. El valor de los cargos relacionados con la interconexión debe estar orientado a costos eficientes más una utilidad razonable, de acuerdo con el régimen de prestación de cada servicio.

ARTICULO 4.2.1.7. COSTOS DE ACCESO, USO E INTERCONEXION. Los operadores podrán negociar libremente los costos de acceso, uso e interconexión a sus redes. En caso de no llegar a acuerdo, el operador que solicita la interconexión asumirá los costos de inversión, adecuación, operación y mantenimiento necesarios para llegar hasta el punto o los puntos de interconexión del operador interconectante.

La CRT puede determinar aquellos casos en que dichos costos deben ser pagados por ambas partes, cuando se establezca que los beneficios que implicará dicha interconexión son equivalentes."

De lo anterior se puede claramente desprender que los operadores de servicios de telecomunicaciones gozaban de la libertad de celebrar los contratos de acceso, uso e interconexión de redes necesarios para la prestación del servicio, pudiendo incluir en ellos la modalidad de determinación de los costos de los cargos de acceso que consideraran conveniente, con algunos límites relacionados con la razonabilidad de la contraprestación y la posibilidad de reconocimiento solo de costos eficientes, entre otros.

4.1.2. El contenido del CONTRATO celebrado entre COMCEL y ETB

En vigencia de la mencionada Resolución CRT 087 de 1997, **COMCEL** y **ETB** celebraron el **CONTRATO** de Interconexión de fecha 13 de noviembre de 1998, cuyo objeto es *"establecer el régimen que regulará las relaciones entre las partes del mismo, y las condiciones técnicas, financieras, comerciales, operativas y jurídicas originadas en el acceso, uso e interconexión de la Red de TPBCLD de ETB, con la Red de TM de Comcel S.A."*. En ese **CONTRATO** se pactó como esquema de pago por los cargos de acceso el de uso, esto es, por minutos.

Asimismo, en el referido **CONTRATO**, tal como lo sostiene **ETB**, se pactó *"un valor provisional para el cargo de acceso que ETB pagaría a COMCEL por el tiempo real de tráfico de larga distancia internacional entrante que se cursara a las redes de COMCEL. Este valor correspondía al que los operadores de larga distancia pagaban a los operadores de telefonía básica conmutada local por el tiempo real (en adelante: régimen de minuto real) de las llamadas internacionales que entraran a las redes de estos últimos"*. Es decir, que el costo que cobraría **COMCEL** a **ETB** por recibir u originar en su red una llamada originada o recibida en un equipo terminal habilitado en la red del otro operador, se liquidaría de acuerdo con el tiempo de duración de la llamada (tiempo real).

Para efectos de comprender lo anterior, a continuación, se transcribe el contenido de la cláusula Sexta del Anexo No. 2: FINANCIERO, COMERCIAL Y ADMINISTRATIVO del **CONTRATO**:

"ETB pagará a COMCEL S.A., por minuto o proporcionalmente por fracción de minuto cursado, en la terminación de las llamadas internacionales entrantes a través de la interconexión directa entre las partes, el valor equivalente al cargo de acceso que pagan los operadores de larga distancia por el acceso a la red de TPBC local de acuerdo al valor estipulado en la regulación vigente o que se establezca por la CRT como cargo de acceso a pagar por los operadores de larga distancia a los operadores de TPBCL. Este valor es provisional mientras las partes definen el valor definitivo a pagar por este concepto.

La determinación definitiva del valor a pagar por parte de ETB a COMCEL S.A. por la terminación de llamadas internacionales entrantes, será establecida entre las partes en un plazo máximo de 90 días contados a partir de la suscripción del presente contrato.

Dentro del plazo de los 90 días indicado anteriormente, ETB hará sus mejores esfuerzos en las negociaciones con los operadores internacionales, para la obtención de un aumento diferencial en la tasa contable o la tasa de terminación para las llamadas cuyo destino sea la red de TMC. En caso de obtenerse este aumento diferencial, el mismo se trasladará en su totalidad al operador celular.

No obstante, si en el plazo anteriormente descrito no se obtiene aumento diferencial superior al cargo de acceso que en ese momento reconozca el operador celular a los operadores de TPBCL, ETB reconocerá a COMCEL S.A. por la terminación de las llamadas internacionales entrantes, como valor definitivo, el cargo de acceso establecido por el ente regulador competente que debe pagar el operador celular a los operadores de TPBCL.

Lo indicado en el párrafo anterior, se aplicará automáticamente al vencimiento del plazo anteriormente señalado, sin necesidad de acuerdo entre las partes, en el evento en que no se logre un acuerdo comercial mutuo con condiciones más favorables.

ETB se compromete a pagar el valor establecido en la presente cláusula, siempre y cuando COMCEL S.A. cobre a los demás operadores de larga distancia una suma de dinero por este mismo concepto.

Las partes reconocen y acuerdan, que los valores acordados en la presente cláusula no están referenciados al costo por uso de la red celular de COMCEL S.A. sino que son productos de negociaciones comerciales.”¹⁷⁰ (NFT)

Así las cosas, de la lectura de la referida cláusula, en lo que concierne al régimen de remuneración de cargos de acceso pactado por las partes en el **CONTRATO**, puede desprenderse que las mismas acordaron lo siguiente:

- a. El acceso a la red de TMC de **COMCEL** sería remunerado por la **ETB** por minuto o por fracción de llamada entrante completada a través de la interconexión directa entre las partes. De modo que las partes pactaron la remuneración bajo el esquema de minuto o fracción;
- b. Las partes fijaron una tarifa provisional, consistente en el cargo de acceso que pagaban los operadores de larga distancia por el acceso a la red de TPBCL, conforme al valor establecido en la regulación vigente o al que estableciera en el futuro el órgano regulador;
- c. Las partes pactaron un plazo de 90 días (siguientes a la suscripción del **CONTRATO**) para fijar, de consuno, el valor definitivo que debía pagar la **ETB** a **COMCEL** por la utilización de sus redes TMC, en las llamadas internacionales completadas;
- d. **ETB** se comprometió a realizar “*sus mejores esfuerzos*” en las negociaciones con los operadores internacionales, para obtener un aumento diferencial en la tasa contable o de terminación de llamadas cuyo destino fuera la red de TMC, superior al cargo de acceso que, para la época, reconocían los operadores celulares a los operadores de TPBCL, de modo que, en caso de obtener tal aumento diferencial, éste fuera trasladado en su totalidad a **COMCEL**;
- e. En cualquier caso, las partes dejaron claro que, si la **ETB** no obtenía un aumento diferencial, superior al cargo de acceso que en ese momento reconocían los operadores celulares a los operadores de la red de TPBCL, se obligaba a reconocer a **COMCEL**, **de forma automática y sin necesidad de acuerdo posterior entre las partes, como cargo de acceso definitivo por el uso de la red “... el ... establecido por el ente regulador competente ...”** y,
- f. Las partes de manera expresa dejan constancia y acuerdan indicar que los valores establecidos en el contrato no fueron determinados en función de los costos asociados al uso de la red de **COMCEL**.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que nos encontramos frente a un contrato de naturaleza mercantil suscrito entre operadores de telecomunicaciones, carente de algún vicio, lo allí estipulado es ley para las partes en los términos de los artículos 1602 del Código Civil y 822 del Código de Comercio, de tal manera que debe ser aplicado, sin perjuicio de las reflexiones que posteriormente se harán respecto de la incidencia que tiene la regulación del servicio público sobre el contenido de las obligaciones contractuales.

Así las cosas, si las partes estipularon un término de 90 días para fijar un nuevo valor de remuneración por parte de la **ETB** al operador celular por la utilización de sus redes TMC y, en caso de no hacerlo, acordaron que aplicarían de manera automática lo establecido en la regulación vigente al respecto, al verificarse que el plazo se cumplió y no hubo variación en dicho valor, y que además no había sido expedida regulación sobre la materia, el valor que debía seguir aplicando era el

¹⁷⁰ Obrante en folio 32, Cd. Principal 1., del expediente No. 11001032600020150001800 (No. Interno 53-054), remitido a esta Entidad por la Secretaría de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante Oficio No. A 2016-00013-D.

inicialmente establecido, toda vez que las partes, al no manifestar su desacuerdo con el mismo, aceptaron con su conducta contractual su fijación para continuar remunerando la relación de interconexión, como se desprende de la aplicación del criterio de interpretación de los contratos contenido en el inciso final del artículo 1622 del Código Civil.

Así mismo, debe recordarse que, a la hora de integrarse el **CONTRATO**, esto es, de completarlo ante una situación de silencio de las partes, por mandato del artículo 1603 del Código Civil que trata sobre la ejecución de buena fe de los contratos, estos obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Por ende, habiéndose guardado silencio frente a una posible variación del valor de remuneración que debía pagar la **ETB** al operador celular por la utilización de sus redes, y no teniendo regulación alguna para aplicar, lo que cabía esperarse era que **ETB** siguiera remunerando a **COMCEL** con base en el valor previamente fijado en el **CONTRATO**, **por lo menos hasta el momento en que se expidiera regulación relativa a ese punto específico (cargos de acceso)**, dado que en el mismo **CONTRATO** las partes acordaron que frente a tal evento, **de forma automática y sin necesidad de acuerdo posterior entre las partes, tendrían como cargo de acceso definitivo por el uso de la red "... el ... establecido por el ente regulador competente ..."** No obstante, teniendo en cuenta que el **CONTRATO** fue suscrito en el año 1998 y que la solicitud elevada por **COMCEL** tiene que ver con la normatividad aplicable a la relación de interconexión existente con **ETB** para el período del 1 de febrero de 2006 hasta el 29 de febrero de 2008, es preciso, de antemano, referirse a la normatividad que fue expedida por la CRT en dicho lapso, de forma tal que pueda establecerse si se debía seguir aplicando lo dispuesto contractualmente respecto de la remuneración pactada como provisional en su relación de interconexión conforme a su conducta contractual, o si era necesario dar aplicación a la regulación existente en ese momento, en el entendido que la regulación, como una forma de intervención del Estado en la economía, debe ser aplicada dado su carácter imperativo.

4.1.3. La regulación posterior a la celebración del CONTRATO

Posterior a la suscripción del **CONTRATO**, la CRT profirió la Resolución CRT 463 de 27 de diciembre de 2001, *"por medio de la cual se modifica el Título IV y el Título V de la Resolución 087 de 1997 y se dictan otras disposiciones"*, publicada en el Diario Oficial No. 44.661 de 29 de diciembre de 2001. Dicha Resolución adicionó al Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997, entre otros, y para los efectos que interesan al presente trámite, los artículos 4.2.2.19 y 4.3.8. En los mencionados artículos se introdujo una modificación a la regulación en materia de cargos de acceso, que puede ser resumida así:

- a) Se crearon dos opciones de cargos de acceso: cargos de acceso por minuto o uso y cargos de acceso por capacidad, incluyendo una fórmula de actualización para cada una de las modalidades;
- b) Los operadores telefónicos estaban en el deber de ofrecer por lo menos esas dos opciones de cargo de acceso a partir del 1º de enero de 2002.

Además, en el artículo 5º se previó que *"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"*. (NFT) Lo cual significa que la regulación en materia de cargos de acceso involucra un derecho de elección para la determinación de bien sea acogerse a las condiciones vigentes en la materia dispuesta regulatoriamente, o de mantener las condiciones y valores vigentes en las interconexiones existentes a la fecha de expedición de la referida resolución. En otras palabras, quien permite la utilización de su red tiene una obligación específica de ofrecer, al menos las dos opciones de remuneración de la red mientras que, el operador que accede a la interconexión tiene el derecho de escoger una de las dos opciones ofrecidas, la cual resultará aplicable a la totalidad de sus relaciones de interconexión.

Por su parte, el 4 de enero de 2002, la Comisión profirió la Resolución CRT 469, *"por medio de la cual se modifica la Resolución CRT 087 de 1997 y se expide un Régimen Unificado de Interconexión, Rudi"*, publicada en el Diario Oficial No. 44.674 de 12 de enero de 2002. Para efectos de lo que interesa el presente trámite, en el artículo 3º de dicha Resolución se dispuso lo siguiente:

*Artículo 3. Derogatoria y vigencia. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las normas expedidas con anterioridad a la misma que le sean contrarias, **en particular el Título IV de la Resolución 087 de 1997** y los artículos 3.7 y 19.4 del Decreto 2542 de 1997. [Subrayas y negrillas fuera del texto]*

Es decir, que como consecuencia de la expedición de la Resolución CRT 469 de 2002 y como lo aduce **ETB**, quedaron derogados los artículos 4.2.2.19 y 4.3.8 de la Resolución CRT 087 de 1997, que habían sido adicionados por la Resolución CRT 463 de 2001, pero no fueron reemplazados por otros de contenido similar.

No obstante, debe destacarse que en esta Resolución sí se reprodujo el contenido de los artículos 4.2.1.6 y 4.2.1.7 de la Resolución CRT 087 de 1997, normas que pasaron a regir la determinación de los costos de acceso para la interconexión entre operadores de servicios de telecomunicaciones, en el sentido de que existía libertad en la determinación de los mismos en los contratos de interconexión suscritos por los operadores, incluyendo el **CONTRATO** que vincula a las partes en el asunto que aquí nos convoca.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que tiempo después, la CRT expidió la Resolución CRT 489 de 12 de abril de 2002, "por medio de la cual se expide el Régimen General de Protección a los Suscriptores y Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y se compilan los títulos I, IV, V y VII de la Resolución 087 de 1997 de la CRT" (publicada en el Diario Oficial 44.779 de 24 de abril de 2002), en cuyo artículo 2º incorporó el Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997 (contentivo del Régimen Unificado de Interconexión -RUDI-), el cual había sido derogado de manera expresa por la Resolución CRT 469 de 2002, como ya se manifestó con anterioridad.

Debe destacarse, además, que los mencionados artículos indicaron que lo en ellos dispuesto produciría efectos desde el 1 de enero de 2002, aun cuando la Resolución CRT 489 de 2002 fue publicada en el Diario Oficial hasta el 24 de abril de 2002.

Concretamente, el texto de los artículos 4.2.2.19 y 4.3.8 en la versión de la Resolución CRT 489 de 2002 puede resumirse, en lo que interesa al presente trámite, de la siguiente manera:

- a) Se reiteran las dos opciones de cargos de acceso a los operadores de servicios y actividades de telecomunicaciones que demanden interconexión a los operadores telefónicos: cargos de acceso por minuto y cargos de acceso por capacidad, y se incluye una fórmula de actualización para cada una de las modalidades, muy similar, pero con algunas diferencias no sustanciales frente a la de la Resolución CRT 463 de 2001.
- b) Los operadores telefónicos estaban en el deber de ofrecer por lo menos esas dos opciones de cargo de acceso a partir del 1º de enero de 2002.

Adicionalmente, el artículo 9 de la Resolución CRT 489 de 2002, dispuso lo siguiente:

Artículo 9º. Los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución CRT 463 de 2001 o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones.

Así las cosas, mediante la Resolución CRT 489 de 2002 a que se está haciendo referencia, con el objetivo de hacer la compilación del Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997¹⁷¹, en términos generales, y salvo unos muy pequeños detalles no sustanciales para el objeto de este trámite, se consagró de nuevo el contenido de los artículos 4.2.2.19 y 4.3.8 de la última Resolución mencionada, los cuales habían sido adicionados en su momento por la Resolución CRT 463 de 2001.

Al respecto, debe hacerse notar que si bien es cierto que los artículos 4.2.2.19 y 4.3.8 mencionados habían sido derogados por la Resolución CRT 469 de 2002, también lo es que ellos cobraron vigencia nuevamente a partir de la publicación de la Resolución CRT 489 de 2002 -la cual a la fecha no ha sido objeto de anulación o suspensión alguna por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo-, como se explicará más adelante en detalle en la presente resolución. Sin embargo,

¹⁷¹ Ver, Punto II del Acta 95 del 24 de enero de 2002, aprobada por los miembros de la Sesión de Comisión de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

debe destacarse que los mencionados artículos pretendieron cobrar vigencia nuevamente, con efectos desde el 1º de enero de 2002.

Como consecuencia de lo anterior, y específicamente relacionado con los efectos de retroactividad que los referidos artículos de la Resolución CRT 489 pretendían materializar, varias empresas prestadoras de telefonía pública básica conmutada demandaron la nulidad de la expresión "*a partir del primero de enero de 2002*", contenida en el artículo 2º, numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 de la Resolución CRT 489 de 12 de abril de 2002, y de la expresión "*o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones*", contenida en el artículo 9º de la misma Resolución CRT 489 de 12 de abril de 2002.

La Sección Primera del Consejo de Estado, mediante sentencia de 21 de agosto de 2008, expediente 11001-03-24-000-2003-00047-01, con ponencia del magistrado Marco Antonio Velilla Moreno, decidió lo siguiente:

DECLÁRASE no probada la excepción de caducidad propuesta por la sociedad EDATEL S.A. E.S.P.

DECLÁRASE la nulidad de la expresión "*a partir del primero de enero de 2002*", contenida en el artículo 2º, numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 de la Resolución CRT 489 de 12 de abril de 2002; y de la expresión "*o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones*", contenida en el artículo 9º, *ibídem*."

Como fundamento de la anterior decisión, el Consejo de Estado sostuvo lo siguiente:

Para dilucidar la controversia es menester tener en cuenta los antecedentes de la Resolución 489, contentiva de las disposiciones acusadas.

Observa la Sala que la CRT expidió el 27 de diciembre de 2001, la Resolución núm. 463, a través de la cual modificó los títulos IV y V de la Resolución 087 de 1997, y, particularmente, adicionó en el título IV el numeral 4.2.2.19 y 4.3.8, aquí acusados (folios 336 a 340).

El 4 de enero de 2002, la CRT expidió la Resolución 469, en cuyo artículo 3º dispuso (folio 335):

"DEROGATORIA Y VIGENCIA.

*La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las normas expedidas con anterioridad, **EN PARTICULAR EL TÍTULO IV DE LA RESOLUCIÓN 087 DE 1997...**(Se resalta fuera de texto)*

El artículo 2º de la Resolución 489 de 12 de abril de 2002, dispone:

"Artículo 2º. El Título IV de la Resolución 087 de 1997, quedará así...:

*Para la Sala, contrario a lo expresado por la empresa ORBITEL S.A. E.S.P., resulta contradictorio que el artículo 2º de la Resolución 489, contentivo de los numerales acusados, **esté refiriéndose al título IV de la Resolución 087 de 1997**, para disponer obligaciones a los operadores telefónicos, con retroactividad al primero de enero de 2002, siendo que el 4 de enero de 2002 se expidió la Resolución 469, cuyo artículo 3º transcrito **derogó expresamente EL TÍTULO IV DE LA RESOLUCIÓN 087 DE 1997**, título éste que, a su vez, había sido modificado y adicionado por la Resolución 463.*

Ahora, si bien es cierto que la Circular 40 de 2002, expedida por la CRT explica las razones por las cuales no puede predicarse la derogatoria, a pesar de lo expresado en el texto que la contiene, tal acto no tiene la capacidad jurídica suficiente de revivir las disposiciones expresamente derogadas y menos aún sobre la base de una compilación de normas, pues este fenómeno solo puede darse frente a normas vigentes.

En lo que respecta al artículo 9º de la Resolución núm. 489, también acusado, cabe tener en cuenta lo siguiente:

Prevé el citado artículo:

"Los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución 463 de 2001 o acogerse, en su totalidad, a

las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones". Teniendo en cuenta que, como ya se dijo, la expresión "a partir del primero de enero de 2002", contenida en los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8. del artículo 2° de la Resolución 489, no está llamada a producir efectos, pues los mismos fueron regulados por la Resolución 463 de 2001, derogada en lo que a dicho título se refiere por la Resolución 469, artículo 3°, necesariamente la nulidad de tal expresión incide en el artículo 9°, también acusado, particularmente, en el aparte que dispone "o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones", pues, precisamente, respecto de estas condiciones es que la CRT pretende hacer producir efectos desde "el primero de enero de 2002", no obstante el referido numeral fue adicionado mediante la Resolución 463, que conforme al artículo 3° de la Resolución 469, debe entenderse derogada, ya que su objeto recae sobre el título IV de la Resolución 087, expresamente derogado.

En consecuencia, el párrafo del artículo 9° relativo a que "Los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución 463 de 2001", se entiende ajustado a la legalidad, pues el mismo se sustrae de los alcances de la citada Resolución 463, cuyos numerales adicionados, que fueron compilados por la Resolución 489 acusados, no podían producir efectos, por las razones antes anotadas.

No así el párrafo siguiente relativo a la opción de: "o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones", pues, como ya se dijo, en el mismo tiene incidencia directa el numeral 4.2.2.19 de la resolución CRT 087 de 1997, el cual no está llamado a producir efectos, como se dejó establecido precedentemente. [Negrillas originales del texto]

Es aquí donde las partes involucradas en el presente conflicto encajan el debate principal de sus divergencias en el asunto en controversia. Precisamente, gran parte de las divergencias entre las partes recae sobre la existencia y aplicabilidad de las disposiciones que sustentan las pretensiones de **COMCEL** para el periodo reclamado por aquél.

Así, para **COMCEL**, la Resolución CRT 489 de 2002 se encuentra vigente, toda vez que en su entender el Consejo de Estado en la citada sentencia solamente declaró nulas las expresiones relacionadas con la aplicación en el tiempo de las opciones de cargos de acceso previstas y las atinentes a la posibilidad de acogerse a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, así como el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001 se encuentra vigente, toda vez que considera que el mismo nunca fue incorporado a la Resolución CRT 087 de 1997, sino también porque el mismo no se vio afectado por la Resolución CRT 469 de 2002, y tampoco ha sido declarado como nulo por el Consejo de Estado.

En cambio, para el Ministerio Público y la **ETB**, no solamente el Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997 perdió vigencia y validez por efectos de la subrogación hecha por la Resolución CRT 469 de 2002, al regular la interconexión "*de manera comprensiva*", por lo que, a su parecer, la Resolución CRT 469 de 2002 derogó la regulación de los cargos de acceso por minuto y por capacidad, además de sus valores máximos y el llamado "*principio de integralidad*" sobre el cual considera que "*recae el vicio de inconstitucionalidad manifiesta*", sino también la compilación dispuesta en la Resolución CRT 489, mediante la cual se reincorporó al ordenamiento jurídico el llamado principio de integralidad, resulta ser jurídicamente ineficaz, pues, a su entender, una resolución de naturaleza compilatoria no puede hacer dicha compilación respecto de disposiciones derogadas.

Frente a tal debate, esta Comisión debe entonces establecer, en el marco de la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado arriba citada y del régimen legal de los requisitos de existencia y eficacia de los actos administrativos de carácter general, la vigencia, validez y aplicabilidad de las Resoluciones CRT 463 y 489 en lo que concierne al asunto en controversia; para una vez dilucidado lo anterior, poder determinar cuál era el régimen de remuneración de cargos de acceso aplicable para el periodo del 1 de febrero de 2006 hasta el 29 de febrero de 2008 en la relación de interconexión entre la red de TMC de **COMCEL** y la red TPBCLDI de **ETB**, esto es, definir si para el periodo anteriormente referido existía un régimen regulatorio vigente respecto de la remuneración por cargos de acceso de la relación contractual entre las partes (tal y como lo plantea **COMCEL**), o si por el contrario la misma relación para dicho periodo debía ser remunerada conforme lo pactado entre las partes en el **CONTRATO** con base en el régimen de minuto real (tal y como lo plantea **ETB** y el Ministerio Público).

Con tal propósito, esta Comisión debe partir recordando que mediante Resolución CRT 469 de 4 de enero de 2002 (publicada en el Diario Oficial 44.674 de 12 de enero de 2002), la CRT dispuso la derogatoria, entre otras, del Título IV de la Resolución 087 de 1997. En consecuencia, quedaron derogados los artículos 4.2.2.19 y 4.3.8 de la Resolución CRT 087 de 1997, que habían sido adicionados por la Resolución CRT 463 de 2001, pero no fueron reemplazados por otros de contenido similar. Asimismo, debe hacerse notar que la Resolución CRT 469 de 2002 sí reprodujo el contenido de los artículos 4.2.1.6 y 4.2.1.7 de la Resolución CRT 087 de 1997, normas que pasaron a regir la determinación de los costos de acceso para la interconexión entre operadores de servicios de telecomunicaciones, en el sentido de que existía libertad en la determinación de los costos de acceso en los contratos de interconexión suscritos por los operadores.

Lo anterior significa que durante el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2002 (fecha de inicio del periodo objeto de la controversia) y el 11 de enero de 2002 (dado que el 12 de enero fue la fecha de publicación de la Resolución CRT 469 en el Diario Oficial y la consecuente derogación del Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997 que fuera adicionado por la Resolución CRT 463) se aplicaban las dos alternativas de remuneración (minuto y capacidad) y, en caso en que **ETB** para esa época hubiere ejercido su derecho de elección dispuesto en el artículo 5 de la Resolución CRT 463, también debía aplicarse la regla de la integralidad determinada por el regulador, en el sentido de que todas las relaciones de interconexión de un operador debían someterse al mismo régimen tarifario dispuesto por el regulador. Situación última que, de antemano, esta Comisión considera que no pudo haberse configurado en tal periodo de tiempo, toda vez que **ETB**, tal como consta en el expediente de la referencia¹⁷², solamente hasta el 28 de enero de 2002 ejerció su derecho de elección del que trata el artículo 5 de la referida Resolución CRT 463, acogiéndose al régimen de remuneración dispuesto en tal resolución, tiempo en el cual, tal como se expuso anteriormente, los artículos 4.2.2.19 y 4.3.8 de la misma habían sido derogados por la Resolución CRT 469 de 2002.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, la pregunta subsiguiente que debe esta Comisión resolver es: ¿Cuál es el régimen de remuneración de cargos de acceso aplicable para el periodo comprendido desde la derogatoria que la Resolución CRT 469 efectuó del Título IV de la Resolución 087 de 1997 (incluyendo los artículos 4.2.2.19 y 4.3.8 que habían sido adicionados por la Resolución CRT 463 de 2001) hasta el 29 de febrero de 2008 en la relación de interconexión entre la red de TMC de **COMCEL** y la red TPBCLDI de **ETB**?

Para responder tal cuestionamiento de medular importancia para el caso en cuestión, esta Comisión debe abordar su análisis teniendo en cuenta, en primer lugar, cuál fue el fundamento de la decisión de la sentencia del 21 de agosto de 2008 de la Sección Primera del Consejo de Estado al anular la expresión "*a partir del primero de enero de 2002*", contenida en el artículo 2º, numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 de la Resolución CRT 489 de 2002, y de la expresión "*o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones*", contenida en el artículo 9º de la misma Resolución CRT 489 de 2002; y en segundo lugar, cuáles son los efectos de la referida nulidad en el marco de las facultades ejercidas en su momento por la CRT al proferir la referida Resolución CRT 489.

En relación con el primer aspecto del análisis, esto es el fundamento de la decisión de la referida sentencia de nulidad, es claro que el motivo esgrimido por la decisión del Consejo de Estado fue que con la Resolución CRT 489 de 2002 se pretendió revivir el Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997, adicionado por la Resolución CRT 463 de 2002, el cual había sido derogado por la Resolución CRT 469 de 2002, de tal manera que la Resolución CRT 489 **no podía producir efectos retroactivos a partir del 1º de enero de 2002, como lo pretendía, sino únicamente a partir de su publicación**. Así las cosas, la sentencia referida encontró también motivo para la anulación de la frase "*o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones*" del artículo 9º de la Resolución CRT 489 de 2002, pues su sentir era el de impedir que las frases anuladas de los artículos 4.2.2.19 y 4.3.8 generaran efectos antes de su publicación.

No obstante, esta Comisión considera oportuno resaltar que dicha decisión no implica que desapareciera la alternativa para los operadores telefónicos de continuar con el esquema anterior de

¹⁷² Obrante en los folios 152 a 237, Cd. de Pruebas 6., del expediente No. 11001032600020150001800 (No. Interno 53-054), remitido a esta Entidad por la Secretaría de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante Oficio No. A 2016-00013-D.

remuneración de los cargos de acceso o acogerse al nuevo régimen. Lo anterior, en tanto que el aparte del artículo 9º que no fue anulado señala que los operadores telefónicos *"podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución CRT 463 de 2001"*, de tal manera que al utilizar la norma el verbo *"podrán"* resultó autorizando la alternativa mencionada.

De esta manera, si el motivo expuesto por el Consejo de Estado para la anulación de la frase *"o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones"* del artículo 9º de la Resolución CRT 489 de 2002, fue impedir que las frases anuladas de los artículos 4.2.2.19 y 4.3.8 generaran efectos antes de su publicación, dicha decisión no implica, de manera alguna, que desapareciera hacia el futuro, esto es, con posterioridad a la publicación de la Resolución CRT 489 de 2002, la alternativa para los operadores telefónicos de continuar con el esquema anterior de remuneración de los cargos de acceso o acogerse al nuevo régimen dispuesto en la misma Resolución CRT 489, así como tampoco la regla de que todas las relaciones de interconexión debían someterse al mismo régimen tarifario.

No puede esta Comisión entender cosa distinta si tiene en cuenta lo siguiente:

- a) En primer lugar, que el Consejo de Estado anuló parcialmente el artículo 9º de la misma Resolución CRT 489 de 2002, basándose en que los apartes anulados buscaron tener la misma aplicación retroactiva prevista en los citados numerales 4.2.2.19 y 4.3.8. mientras que los apartes no anulados del mismo artículo fueron entendidos ajustados a la legalidad y, por lo tanto, con capacidad de producir efectos. Por ello, si se lee con detenimiento la sentencia de 21 de agosto de 2008, la decisión del Consejo de Estado no buscaba dejar sin efectos absolutos a las disposiciones demandadas, sino simplemente impedir que las mismas produjeran efectos retroactivos, de tal manera que los efectos hacia el futuro resultan intactos en tanto que, se insiste, la motivación de la mencionada sentencia fue que las normas no podían tener efectos retroactivos y, con ello revivir normas derogadas, sino que únicamente podrían producir efectos hacia el futuro, como ordinariamente debe hacer cualquier acto administrativo¹⁷³.
- b) De otra parte, que la Resolución CRT 489 de 2002, como acto administrativo de carácter general que es, de conformidad con los artículos 66 del CCA y 88 del CPACA, goza de presunción de legalidad en sus partes no anuladas, por lo cual, en la medida en que no existe decisión de anulación sobre la misma, necesariamente debe entenderse que estuvo vigente y produjo efectos desde su fecha de publicación (esto es: 24 de abril de 2002) hasta la de su derogación (7 de diciembre de 2007, mediante Resolución CRT 1763 de 2007); por lo que esta Comisión no puede entender que la consagración de esas dos opciones no resultó afectada por la decisión de nulidad del Consejo de Estado.

Lo expresado podría cuestionarse bajo el argumento de que la Resolución CRT 489 de 2002 es absolutamente inaplicable porque en ella no se ejerció una facultad de regulación, sino una competencia puramente compilatoria, la cual no podía revivir ninguna de las normas derogadas por la Resolución CRT 469 de 2002, y así lo insinuó la decisión de 21 de agosto de 2008 de la Sección Primera del Consejo de Estado que señaló que aún las normas que no fueron demandadas estaban derogadas. Al respecto, debe recordarse lo dicho por la jurisprudencia administrativa respecto de la presunción de legalidad de los actos administrativos:

¹⁷³ Ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A", sentencia del 27 de mayo de 2015, Exp. 39.900, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, pp. 32-34 (sosteniendo respecto de la sentencia proferida el 21 de agosto de 2008 (exp. 2003-00047) por la Sección Primera del Consejo de Estado, lo siguiente: *"(...) la declaración de nulidad recayó sobre algunas disposiciones de la Resolución CRT 489 de 2002 (...) y no sobre las normas de la Resolución CRT 463 de 2001 (...)* Lo anterior significa que la declaración de nulidad afectó la norma compilatoria, pero no las normas compiladas. No obstante, resulta importante destacar que la citada sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado no declaró nulas y, por ende, no desaparecieron del ordenamiento jurídico las dos opciones de cargos de acceso, valga decirlo, las opciones de cargo de acceso por minutos o por capacidad, previstas en el artículo 4.2.2.19. de la Resolución CRT 463 de 2001, pues la parte motiva de la sentencia simplemente señaló que la Resolución CRT 489 del 12 de abril de 2002 no podía compilar normas que se hallaban derogadas y, por consiguiente, entendió que esas opciones fueron fijadas o, mejor, fueron integradas nuevamente al ordenamiento jurídico con la expedición de esta última (la Resolución CRT 489 de 2002); por esa razón, solamente declaró nulas las expresiones relacionadas con la aplicación en el tiempo de las mencionadas opciones (para que no tuviera efectos retroactivos) y las atinentes a la posibilidad de acogerse a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997")

"ARTÍCULO 38. EFECTOS DE NULIDAD SOBRE ACTOS Y CONTRATOS RELACIONADOS CON SERVICIOS PÚBLICOS. La anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos solo producirá efectos hacia el futuro. Si al declararse la nulidad se ordena el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, ello se hará en dinero si es necesario, para no perjudicar la prestación del servicio al público ni los actos o contratos celebrados de buena fe." (NFT)

Respecto de la anterior norma, la Corte Constitucional, al estudiar su constitucionalidad, manifestó lo siguiente:

"6. LOS EFECTOS DE LA NULIDAD SOBRE ACTOS Y CONTRATOS RELATIVOS A LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.

Califica el actor como irracional la parte del artículo 38 de la ley objeto de control que limita los efectos de la declaratoria de nulidad, única y exclusivamente hacia el futuro, argumentando que ello significa que el restablecimiento del derecho o la reparación del daño solamente proceden hacia adelante, a partir del momento en que la jurisdicción contencioso administrativa profiera el fallo, lo cual, en su sentir, no se aviene con lo dispuesto en el artículo 90 constitucional. También ataca la segunda parte del artículo diciendo que si la buena fe se presume, "declarada la NULIDAD de un acto o contrato, éstos de todas maneras pueden quedar vigentes cuando hayan sido celebrados de buena fe...Por lo tanto, ...la jurisdicción contencioso administrativa tendría que entrar a demostrar la MALA FE (o quien ejerza la respectiva acción contractual...) a fin de poder proferir el fallo de ANULACION".

No encuentra la Corte fundamento alguno que sirva para declarar la inexecutable del artículo 38 sub júdece, a partir de los argumentos esgrimidos por el demandante. Como sucede con la disposición anteriormente examinada, el artículo 38 de la Ley 142 de 1994 consagra dos supuestos de hecho: primero, la sola anulación de los actos administrativos relacionados con los servicios públicos domiciliarios; y segundo, las consecuencias posibles de tal determinación jurisdiccional, es decir, el restablecimiento del derecho o la reparación del daño. En cuanto al primero, efectivamente la ley restringe el ámbito temporal de la anulación de los actos administrativos al momento de su declaratoria y hacia adelante, exclusivamente, con el fin de que todas las actuaciones consolidadas antes de la misma queden incólumes. Hasta aquí nada ha dicho el legislador sobre las posibles condenas patrimoniales, restablecimiento de derechos o reparación de daños a que haya lugar, sino simplemente se ha referido a la desaparición del acto anulado, a su exclusión del mundo jurídico, lo cual, se repite, sucede desde el momento en que así lo disponga la jurisdicción competente y hacia el futuro.

Otra cosa sucede en relación con las consecuencias a que puede llevar la anulación de un acto administrativo, segundo supuesto de hecho del artículo 38, cuya lectura, contraria a la efectuada por el actor, en ningún momento limita la reparación o el restablecimiento a los daños causados o derechos conculcados después de la declaratoria de nulidad. No. Precisamente el legislador, previendo esta segunda posibilidad, separó la redacción de la norma buscando, de una parte, garantizar la estabilidad y seguridad jurídica en los asociados con la intangibilidad de las actuaciones amparadas por un acto administrativo posteriormente declarado nulo; y de otra, que los daños antijurídicos o los derechos cuya materialización o vulneración se desprendan de dicha declaratoria, puedan ser reparados o restablecidos, no desde el momento en que se profiera el fallo y hacia adelante únicamente, sino desde su efectiva verificación, incluso si ella se retrotrae a un momento anterior a la expedición del fallo. Luego, son diferentes los efectos en el tiempo de la anulación de los actos administrativos, que por orden del legislador solamente pueden ser ex nunc, y las consecuencias de la misma en cuanto a la reparación de daños o el restablecimiento de derechos que, dependiendo de las circunstancias, pueden tener efectos ex tunc, con lo cual, en manera alguna, el legislador ha desbordado lo prescrito en el artículo 90 constitucional."¹⁷⁶

Por su parte, el Consejo de Estado ha expresado respecto de la norma transcrita, lo siguiente: *"Significa lo anterior que la anulación judicial de actos administrativos en materia de servicios públicos constituye una excepción a la regla acuñada por la jurisprudencia conforme a la cual la nulidad de un acto administrativo tiene efectos retroactivos, es decir, se remonta a su nacimiento a la vida jurídica"¹⁷⁷.*

¹⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1997, CP: FABIO MORÓN DÍAZ.

¹⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 22 de noviembre de 2002, expediente 6.572, CP: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE. Desde el punto de vista doctrinal, véase a LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO, *Manual del acto administrativo*, 5ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2009, pp. 515 y 516.

"[L]os actos administrativos están amparados por la presunción de validez que consagra el inciso primero del artículo 66 del C.C.A., lo que supone que el acto de liquidación unilateral fue expedido sin mácula que afecte sus elementos de existencia y de validez, esto es, que fue proferido por la autoridad competente dentro de la esfera de las atribuciones conferidas por la Constitución y la ley (competencia), que el objeto y la materia sobre la cual se adopta la decisión es lícita, posible y determinada (objeto y contenido), que la voluntad unilateral de la administración materializada en el acto está libre de vicios (voluntad), que fue debidamente motivado desde los aspectos fáctico y jurídico (motivación) y que se cumplieron las exigencias de forma que la ley exige para su adopción regular (forma). Dicha presunción solo puede ser desvirtuada, de manera definitiva, mediante la declaración de nulidad pronunciada por el juez competente, previos los trámites propios del proceso ordinario contencioso administrativo, pero, en este caso, tal presunción no ha sido desvirtuada y tampoco se acreditó que ello haya ocurrido en otro proceso"¹⁷⁴. (NFT)

De acuerdo con lo anterior, uno de los atributos legalmente reconocidos a los actos administrativos es precisamente su presunción de legalidad, en virtud de la cual, se entiende que el acto administrativo ha nacido conforme a la legalidad y, por lo mismo, su contenido resulta obligatorio. No obstante, dicha presunción admite prueba en contrario, pero para ello se requiere una decisión judicial, una decisión de anulación específica del juez contencioso administrativo, que **expresamente retire del ordenamiento jurídico el correspondiente acto administrativo**, de tal manera que mientras que no exista dicha decisión judicial, el acto se continuará entendiendo ajustado a derecho y, por lo mismo, continuará produciendo efectos jurídicos. Por lo mismo, esa presunción de legalidad no puede ser desvirtuada bajo interpretaciones o alcances extensivos de las decisiones judiciales, pues, se insiste, para que se desvirtúe la presunción mencionada, se requiere, necesariamente, una decisión judicial en ese sentido.

En adición a los anteriores argumentos, es preciso recordar lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, según el cual "(...) Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva".

En aplicación de la figura de la analogía *iuris*, entendiendo por la misma "la aplicación de la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está", es claro que pueden extenderse los efectos de la anterior norma a las disposiciones contenidas en un acto administrativo de contenido general como aquellos bajo estudio.

En el presente caso, como se ha podido evidenciar, existió una derogatoria expresa de algunas disposiciones de la Resolución CRT 463 de 2001 por parte de la Resolución CRT 469 de 2002, pero las mismas fueron reincorporadas por la entonces CRT en el marco de sus competencias en la Resolución CRT 489 de 2002, con lo que, atendiendo a la disposición citada, se entiende que recobraron su fuerza, lo que además fue reforzado por la presunción de legalidad que reviste dicho acto, la cual fue explicada *in extenso* en párrafos anteriores.

Así las cosas, los efectos que se aplican a ciertas fechas del caso concreto son los derivados de un acto administrativo que para ese momento estuvo vigente, y por tanto se entienden efectivos.

En todo caso, y entendiendo que el principio de integralidad del artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2002 no fue anulado por el Consejo de Estado ni derogado por la entonces CRT con la Resolución 469, debe recordarse que, dentro del régimen general de los actos administrativos, por regla general, la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo produce efectos retroactivos, es decir, que se entiende que el acto no ha existido jamás. Así, según el Consejo de Estado, "la nulidad declarada de los actos administrativos produce efectos desde el momento mismo de su expedición, o *ex tunc*"¹⁷⁵.

No obstante, debe destacarse que, en materia de servicios públicos domiciliarios, el artículo 38 de la Ley 142 de 1994 establece un régimen especial para los efectos de la nulidad de los actos administrativos proferidos que tengan relación con estos servicios, así:

¹⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 12 de mayo de 2016, expediente 85001-23-31-000-2006-00125-01 (35056).

¹⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de abril de 2011, expediente 1177-09, CP: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

Como puede verse, existe legalmente una particularidad respecto de los efectos de la anulación judicial de un acto administrativo en materia de servicios públicos, como lo es la Resolución CRT 489 de 2002, la cual, según sus consideraciones, fue expedida al amparo de la Ley 142 de 1994, régimen especial de los servicios públicos domiciliarios. Esta particularidad, según la jurisprudencia, consiste en que los efectos de la anulación no son retroactivos como ocurre en el régimen general, sino que producen efectos hacia el futuro, salvo en materia de indemnizaciones en las cuales sí puede haber efectos retroactivos en ciertos casos.

En relación con el carácter de acto administrativo en materia de servicios públicos que ostenta la Resolución CRT 489 de 2002, debe hacerse notar que la misma tenía por objeto, en el aparte que interesa al caso que nos convoca, regular ciertas condiciones respecto de la explotación de los servicios por parte de los prestadores del servicio público de larga distancia internacional, el cual, al momento de los hechos de la demanda de nulidad y de la ejecutoria de la sentencia del Consejo de Estado, era calificado como tal por el artículo 14.27 de la Ley 142 de 1994. Al respecto, se destaca que dicho servicio público, de acuerdo con el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, perdió su carácter de domiciliario, pero dicha circunstancia no afecta la situación analizada, pues se trata de una norma posterior a la expedición de la Resolución CRT 489 de 2002 y a la ejecutoria de la sentencia del Consejo de Estado que la anuló parcialmente.

La aplicación del artículo 38 de la Ley 142 de 1994 al caso objeto de análisis, se traduce en que los efectos de la nulidad parcial de la Resolución CRT 489 de 2002 son hacia el futuro. Es decir, que, de acuerdo con certificación del Secretario de la Sección Primera del Consejo de Estado, que indica que dicha sentencia quedó ejecutoriada el **10 de febrero de 2009**, la nulidad se predica desde ese día y no antes. De esta manera, en aplicación del artículo 38 de la Ley 142 de 1994, es a partir de esa fecha que produjo efectos la declaración de nulidad de los apartes demandados de la Resolución CRT 489 de 2002.

En otras palabras, dado que las facultades ejercidas en su momento por la CRT eran las propias de un regulador de servicios públicos domiciliarios en virtud de lo previsto en el artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994, de acuerdo con el artículo 38 de la misma Ley 142 de 1994, los efectos de la sentencia de nulidad parcial del Consejo de Estado tantas veces mencionada no son retroactivos sino hacia el futuro, esto es, a partir de la ejecutoria de la sentencia de 21 de agosto de 2008. Por lo cual, con fundamento de la referida norma y la jurisprudencia que le da alcance, frente al caso que aquí nos convoca, tanto **ETB** como el Ministerio Público carecen de razón al sostener que los efectos de la declaratoria de nulidad parcial de la Resolución CRT 489 de 2002 son *ex tunc*, puesto que por versar su contenido sobre un asunto relacionado con servicios públicos a los que hacía referencia la Ley 142, en aras de salvaguardar la seguridad jurídica como principio que rige las actuaciones administrativas, tales efectos deben ser hacia el futuro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 142 de 1994 citada.

Lo anterior, claro está, no desvirtúa el principio de irretroactividad de los actos administrativos como es el caso de la tantas veces referida Resolución CRT 489. Al respecto se considera importante recordar lo que el H. Consejo de Estado ha explicado al respecto:

*"La doctrina y la jurisprudencia han sostenido que el Acto Administrativo, lo mismo que la ley, rige para el futuro y la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido unánime en señalar que la irretroactividad del Acto Administrativo es uno de los pilares del Estado de Derecho y sólo en forma excepcional pueden los actos tener efecto hacia el pasado; para ello tiene fundamento además en el principio de seguridad jurídica, también ínsito en un Estado de Derecho."*¹⁷⁸

En tal orden de ideas, y frente a la pregunta: ¿Cuál es el régimen de remuneración de cargos de acceso aplicable para el periodo comprendido desde la derogatoria que la Resolución CRT 469 efectuó del Título IV de la Resolución 087 de 1997 (incluyendo los artículos 4.2.2.19 y 4.3.8 que habían sido adicionados por la Resolución CRT 463 de 2001), esto es entre el 12 de enero de 2002 y el 23 de abril de ese mismo año, hasta el 31 de enero de 2006, en la relación de interconexión entre la red de TMC de **COMCEL** y la red TPBCLDI de **ETB**?, esta Comisión debe concluir que salvo para el periodo comprendido entre la publicación de la Resolución CRT 469 de 2002 (12 de enero de 2002) y la publicación de la Resolución CRT 489 de 2002 (24 de abril de 2002), la relación de interconexión existente entre la red móvil de **COMCEL** y la red de larga distancia internacional de **ETB**, conforme al **CONTRATO** suscrito por las mismas, debe ser remunerada en el marco de los

¹⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 11 de diciembre de 2006, Rad. 760001-23-31-000-2001-02199-01, C.P. Martha Sofía Sanz Tobón

cargos de acceso dispuestos en la Resolución CRT 489 de 2002; lo anterior como efecto de la presunción de legalidad que cobija a tal acto administrativo de carácter general y la obligatoriedad del mismo que se deriva de dicha presunción.

Lo anterior significa que, contrario a lo que considera **ETB**, para el caso que aquí nos convoca, el efecto concreto de la sentencia de anulación de la Sección Primera del Consejo de Estado se traduce en lo siguiente:

- i) A partir del **12 de enero de 2002** (fecha en que se publicó en el Diario Oficial la Resolución CRT 469 de 2002 la cual derogó los artículos 4.2.2.19 y 4.3.8 de la Resolución CRT 087 de 1997 que habían sido adicionados por la Resolución CRT 463 de 2001) dejaron de existir las dos alternativas de remuneración de los cargos de acceso por uso y por capacidad y, de acuerdo con los artículos 4.2.1.6 y 4.2.1.7 de la Resolución CRT 087 de 1997 (reproducidos por la Resolución CRT 469 de 2002), **de nuevo entró a regir la libertad amplia para la determinación de los cargos de acceso, de manera independiente a las modalidades de uso y capacidad, y**
- ii) Dado que lo único anulado por el Consejo de Estado fueron las normas que permitían la aplicación retroactiva de dichas alternativas a partir del 1º de enero de 2002, solamente a partir de la fecha de publicación en el Diario Oficial de la Resolución CRT 489 de 2002 (esto es: **24 de abril de 2002**) de nuevo existen los deberes de ofrecer las alternativas de cargos por uso y por capacidad. Así, a partir del **24 de abril de 2002** (fecha de publicación en el Diario Oficial de la Resolución CRT 489 de 2002), entraron a regir las nuevas condiciones para la remuneración de los cargos de acceso en los contratos de interconexión. Al respecto, debe recordarse que en virtud de los apartes que no fueron anulados de los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 del artículo 2º y del artículo 9º de la Resolución CRT 489 de 2002, desde la publicación de la Resolución CRT 489 de 2002 y en el marco del principio de irretroactividad de los actos administrativos, los operadores telefónicos tenían la alternativa de acogerse a las modalidades de remuneración de los cargos de acceso por uso o por capacidad, o mantener las condiciones inicialmente pactadas. En efecto, la Resolución CRT 489 de 2002 se limitó a dar la alternativa de mantener las condiciones vigentes (en el caso que nos convoca, la remuneración de los cargos de acceso por la modalidad de uso) o modificarlo para incluir las nuevas posibilidades de remuneración (concretamente, la remuneración de los cargos de acceso por la modalidad de capacidad).

De lo anterior, esta Comisión puede válidamente concluir que en el caso en concreto el único período donde habría estado vigente la libertad de determinación de la forma de remuneración de los cargos de acceso, de forma independiente a las dos alternativas de uso y capacidad, **es el período comprendido entre el 12 de enero de 2002 (fecha de publicación en el Diario Oficial de la Resolución CRT 469 de 2002) y el 23 de abril de 2002 (dado que la fecha de publicación en el Diario Oficial de la Resolución CRT 489 de 2002 fue el 24 de abril de 2002), y no desde el 1º de enero de 2002 hasta la fecha de la sentencia de nulidad parcial tantas veces aquí referida, como lo pretende hacer ver ETB y el Ministerio Público.**

Sin perjuicio de la anterior conclusión, esta Comisión considera necesario precisar que en este punto no se tendrá en cuenta la declaración para fines extraprocesales rendida por Carlos Eduardo Balén Valenzuela que fue aportada por **COMCEL**, pues la determinación de la vigencia y aplicabilidad de las Resoluciones CRT 463, 469 y 489 es un asunto puramente de derecho y no de hecho, de tal manera que no es un asunto objeto de prueba. Al respecto, debe recordarse cómo la doctrina ha dicho: *"La prueba sirve para establecer la verdad respecto de los hechos relevantes para la decisión. El hecho es el objeto de la prueba, lo que es probado en el proceso"*¹⁷⁹, razón por la cual los aspectos puramente de derecho no son materia de prueba. En ese orden de ideas, dado que la declaración del Dr. Balén Valenzuela tiene como finalidad la prueba de la existencia y aplicabilidad de normas jurídicas, ello excede el objeto de la prueba y, por lo mismo, dicha declaración no puede ser tenida en cuenta por la Comisión.

Refuerza la anterior conclusión el hecho de que, de acuerdo con el artículo 177 del Código General del Proceso, *"El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte"* y más adelante precisa que *"Estas reglas se aplicarán a las resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades*

¹⁷⁹ JAIRO IVÁN PEÑA AYAZO. *Prueba judicial. Análisis y valoración*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara y Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 21.

administrativas. Sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente". Dichas normas implican que, respecto de las resoluciones administrativas -como lo son las Resoluciones CRT 463, 469 y 489-, basta con que ellas se aporten al expediente o que estén publicadas en la página web de la entidad, por lo cual resulta inconducente e impertinente una declaración extrajuicio sobre su existencia y aplicabilidad.

En tal orden de ideas, y frente al régimen de remuneración de cargos de acceso para el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2006 y el 29 de febrero de 2008 reclamado por **COMCEL** en el marco de la presente actuación administrativa, esta Comisión concluye lo siguiente:

- a) En el periodo comprendido entre el **1 de enero de 2002** y el **23 de abril de 2002** existía libertad para pactar el régimen de remuneración de la interconexión y no existía la mencionada regla de la integralidad, en atención a que no solamente el **12 de enero de 2002** (fecha de publicación de la Resolución CRT 469) se derogó el Título IV de la Resolución CRT 463 en donde se establecían las dos alternativas de remuneración (minuto y capacidad), sino también porque solo hasta el día 28 de enero de 2002 **ETB** decidió acogerse, en ejercicio de su derecho de elección, al régimen de remuneración dispuesto en la Resolución CRT 463, tiempo en el cual, tal como se expuso anteriormente, los artículos 4.2.2.19 y 4.3.8 de la misma habían sido derogados por la Resolución CRT 469 de 2002; y
- b) En el periodo comprendido entre el **24 de abril de 2002** (fecha de publicación de la Resolución CRT 489 de 2002) y el **29 de febrero de 2008** (fecha de corte de las solicitudes de **COMCEL**) nuevamente se aplicaban las dos alternativas de remuneración (minuto y capacidad), junto con la regla de la integralidad, en el sentido de que todas las relaciones de interconexión de un operador debían someterse al mismo régimen tarifario.

4.1.4. La aplicabilidad de la regla de integralidad

Ahora bien, teniendo en cuenta el régimen de remuneración aplicable para los periodos reclamados por **COMCEL** en el presente trámite, debe esta Comisión detenerse a analizar la aplicabilidad del artículo 5 de la Resolución CRT 463, sobre el cual las partes aquí involucradas han también edificado el debate, para así identificar tanto su sentido como la incidencia de su eventual aplicación en el caso que nos convoca.

Al respecto, la **ETB** sostiene que *"con relación a la legalidad y subsistencia del llamado principio de la integralidad de las interconexiones, (...) el mismo fue derogado [por la Resolución CRT 469 de 2002] y ... sobre el recae el vicio de inconstitucionalidad manifiesta (...)"*. Para apoyar su argumento la **ETB**, por un lado, se refiere a la sentencia del 21 de agosto de 2008 del Consejo de Estado tantas veces citada en esta resolución; para concluir que la misma estableció que: *"(a) la Resolución CRT 463 de 2001 fue derogada por la Resolución 469 de 2002; y (b) Que la Resolución CRT 489 de 2002 no tiene la capacidad jurídica suficiente de revivir las disposiciones expresamente derogadas y menos aún sobre la base de una compilación de normas (...)* Asimismo, declaró la nulidad de la parte del artículo 9 de la Resolución CRT 489 de 2002 que establecía el principio de integralidad (...)". Por el otro, cita la sentencia T-058 de 2009 de la Corte Constitucional¹⁸⁰, para efectos de indicar que dicha Corte *"determinó como estocada final al denominado principio de integralidad al declarar su inconstitucionalidad manifiesta y por ello manifestó: (a) Que la Resolución CRT 463 de 2001 había vulnerado el principio constitucional de reserva legal al establecer las condiciones con arreglo a las cuales las empresas de servicios públicos deben remunerar la utilización de las redes de interconexión; (b) Que la regulación establecida por la CRT en la Resolución 463 de 2001 no podía alterar acuerdos contractuales previos; (c) Que el principio de integralidad no podía aplicarse a las relaciones de interconexión de ETB: la ETB no se encuentra obligada a acogerse a las mismas condiciones de remuneración en todos sus contratos, pues cada relación contractual es diferente y autónoma de las demás; (d) Asimismo, la Corte catalogó como contrario a derecho que la remuneración de los contratos de interconexión se efectúe de conformidad con el cargo de acceso por minuto en los casos en que los usuarios del servicio emplean menos de sesenta segundos en la comunicación (...)* . (e) Finalmente, la Corte Constitucional estableció que por efecto de la declaratoria de nulidad contenida en la mencionada Sentencia del Consejo de Estado (...) la

¹⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-058 de 2009., M.P. Jaime Araujo Rentería (Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que resolvieron la acción de tutela promovida por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., contra el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.)

disposición que alude al principio de integralidad había desaparecido del ordenamiento y, por tanto, no podía ni puede ser el fundamento jurídico de decisión alguna"

Por su parte, **COMCEL** sostiene que el artículo 5° de la Resolución CRT 463 de 2001 se encuentra vigente, toda vez que en su entender: "(i) nunca fue incorporado a la CRT 087/97; (ii) no se vio (SIC) afectado por la Resolución CRT 469/02, porque ésta se refería exclusivamente a la CRT 087/97, y en ella no está incorporado el artículo 5° de la CRT 463; (iii) no se vio (SIC) afectado ni fue demandado dentro del proceso que culminó con la sentencia del 21 de agosto de 2008 de la Sección Primera del Consejo de Estado; (iv) no fue declarada su nulidad dentro del proceso que culminó con la sentencia del 15 de noviembre de 2012 de la Sección Primera del Consejo de Estado y, el 14 de marzo de 2013, al declarar la Sección Primera del Consejo de Estado la nulidad de la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2012, dejó las cosas como estaban anteriormente, es decir, con la plena vigencia del artículo 5° de la Resolución CRT 463/01". Adicionalmente, y para soportar sus argumentos, el 2 de octubre de 2017 aportó "declaración que bajo la gravedad de juramento prestara (SIC) a solicitud de COMCEL, el Dr. Carlos Eduardo Balén y Valenzuela, quien para la época de la expedición de las Resoluciones CRT 463 de 2001, 489 de 2002 y 469 de 2002, se desempeñaba como Director Ejecutivo de la CRT. Como Experto Comisionado y Director de la CRT el Dr. Balén participó del proceso de preparación y aprobación de las mismas. Las resoluciones 463 y 469 de 2002 constituyen el fundamento de las solicitudes de solución radicadas por Comcel ante esa entidad." En dicha declaración se puede leer lo siguiente respecto del referido artículo 5°: "Por lo anterior, el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001, no fue objeto de derogatoria alguna por la Resolución CRT 469 de 2002."

Teniendo en cuenta los argumentos de las partes, y para efectos de abordar tanto el sentido del artículo 5° de la Resolución CRT 463 como la incidencia de su eventual aplicación, deben considerarse previamente las siguientes circunstancias:

- a. Como se encuentra establecido en el presente caso, **COMCEL** y **ETB** suscribieron el **CONTRATO** que regula el acceso, uso e interconexión directa, tanto en sentido entrante como saliente de llamadas telefónicas de larga distancia internacional, **CONTRATO** que, para la época de celebración carecía de regulación específica sobre la remuneración de cargos de acceso, por lo que para las partes regía de manera amplia el principio de autonomía de la voluntad;
- b. Cuando la CRT en su momento expidió la Resolución CRT 463 de 2001, dispuso en su artículo 5 lo siguiente: "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";
- c. El artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001, no hizo, ni hacía parte del Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997, por lo que el mismo no podía haberse afectado por la derogatoria que de dicho Título hiciera la ya varias veces mencionada Resolución CRT 469 de 2002; y
- d. La anulación parcial por parte del Consejo de Estado del artículo 9 de la Resolución CRT 489 de 2002 se basó en que dichos apartes buscaron tener la misma aplicación retroactiva prevista en los citados numerales 4.2.2.19 y 4.3.8. En consecuencia, no puede perderse de vista, como se explicó en páginas precedentes, que la nueva creación por parte del régimen regulatorio de las dos alternativas de remuneración de los cargos de acceso no fue anulada por el Consejo de Estado -tal como se explicó *in extenso* en páginas precedentes- y, por lo mismo, ella produjo efectos a partir de la fecha de publicación en el Diario Oficial de la Resolución CRT 489 de 2002 (esto es a partir del **24 de abril de 2002**) y durante el resto del periodo objeto de la presente controversia.

Bajo tal contexto, esta Comisión recuerda que el referido artículo 5° de la Resolución CRT 463 es una norma jurídica de intervención estatal en la economía, que, si bien no aboga el contenido pactado entre **ETB** y **COMCEL**, sí impone una limitación de la libertad negocial de aquéllos, restringida al aspecto remuneratorio de la relación de interconexión en comento, la cual constituye la posibilidad bajo la cual las partes aquí involucradas se enfrentan a la decisión de mantener su contrato en las condiciones vigentes, u optar, en desarrollo del principio de integralidad, por "acogerse, en su totalidad a las condiciones previstas (...) para todas las interconexiones". Por ello, para esta Comisión, no cabe duda de que se trata de una norma que puede modificar las reglas

dispuestas voluntariamente por las partes y les impone obligaciones, lo que responde a las reglas constitucionales y legales de intervención en la actividad de prestación de servicios públicos, ante la cual debe ceder el interés particular expresado en la regla de autonomía de la voluntad.

Al respecto, esta Comisión también debe recordar que la misma Corte Constitucional, contrario a lo que sostiene **ETB**, ha dejado claro, en reiterada jurisprudencia, que la **regulación**, tipo normativo diferente de la Ley y de los decretos reglamentarios del Presidente de la República¹⁸¹, adquiere características primordiales, las cuales se sintetizan así:

- (i) Constituye una modalidad de intervención del Estado en la economía (Art. 334 C.P).¹⁸²
- (ii) Está orientada a corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos.¹⁸³
- (iii) Persigue los fines sociales que el mercado por sí mismo no alcanzará, según las prioridades de orden político definidas por el legislador y de conformidad con el rango temporal que éste se ha trazado para alcanzarlos, así como fines económicos atinentes a procurar que el mercado funcione adecuadamente en beneficio de todos, no de quienes dentro de él ocupan una posición especial de poder, en razón a su predominio económico o tecnológico o en razón a su acceso especial al proceso de toma de decisiones públicas tanto en el órgano legislativo como en los órganos administrativos clásicos.¹⁸⁴
- (iv) Sin tener una connotación legislativa, implica la facultad **para dictar normas** administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, y el reglamento, dirigidas a las personas prestadoras de servicios públicos para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia.¹⁸⁵
- (v) Involucra la facultad de resolver controversias entre agentes del mercado.¹⁸⁶
- (vi) Está segmentada por sectores de actividad económica o social para **responder a las especificidades** de los mismos, enfatizando que es uno de los instrumentos de la regulación socio-económica especializada.¹⁸⁷
- (vii) Es una actividad continua que comprende el **seguimiento de la evolución del sector** correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo.¹⁸⁸
- (viii) Admite muchas formas que **responden a las particularidades y especificidades del sector** económico llamado a ser regulado.¹⁸⁹
- (ix) Se justifica, entre otras, para corregir las imperfecciones del mercado en materia de condiciones de competitividad, para protegerlo de acciones orientadas **a romper el equilibrio** que debe regirlo, **y para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades** de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a **permanentes variaciones**¹⁹⁰.
- (x) **Limita la autonomía de la voluntad privada y la libertad económica** de los proveedores de redes y servicios, pues se trata de un instrumento de intervención estatal

¹⁸¹ Constitución Política. Artículo 189 Numeral 11.

¹⁸² Corte Constitucional. Sentencia C-1162 de 2000, C-389 de 2002, C-615 de 2002, C-150 de 2003, C-1120 de 2005; C-392 de 2007, C-1041 de 2007.

¹⁸³ Corte Constitucional. Sentencia C-1162 de 2000.

¹⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003.

¹⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-389 de 2002.

¹⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1120 de 2005.

¹⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-955 de 2007.

¹⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-741 de 2003.

en la economía autorizado por el artículo 334 constitucional y ejercido de conformidad con la Ley 1341 de 2009¹⁹¹.

- (xi) Atiende las necesidades regulatorias en actividades económicas que exigen **criterios técnicos, en una dinámica de evaluación, seguimiento y ajuste permanente.**¹⁹²

De acuerdo con lo anterior, es claro que la regulación de la CRC comporta aptitudes o capacidades normativas que, en el marco de la Constitución, la Ley y el reglamento, persigue el cumplimiento de fines sociales y económicos, a través de, entre otros instrumentos, normas imperativas de obligatorio cumplimiento para sus destinatarios, que buscan (i) ajustar con criterios técnicos, las reglas de juego de los mercados a sus cambiantes circunstancias y especificidades; (ii) proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de un sector que se encuentra sujeto a permanentes variaciones; y (iii) mantener o restablecer el equilibrio entre los distintos intereses en juego, a efectos de promover la competencia y proteger a los usuarios.

En apoyo del sentido que esta Comisión le imprime al artículo 5° de la Resolución CRT 463 de 2001, resulta oportuno recordar la Resolución CRT 575 de 2002, la cual dispuso que: "*La interconexión tiene por objeto hacer posible el ejercicio del derecho de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones a comunicarse con otros usuario de dichos servicios, ya sea en 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*", requisito de indistinción o transparencia para el usuario, que no podrá darse si las condiciones de interconexión fueran diferentes para operadores en iguales condiciones. Al respecto, esta Comisión subraya que la referida Resolución CRT 575 de 2002 tuvo por objeto reformar la numeración de la Resolución CRT 087 de 1997 y actualizar sus modificaciones en un solo cuerpo normativo. Por eso puede decirse que, para entonces, correspondía a la Resolución CRT 087 con todas sus modificaciones incluidas hasta esa fecha.

Ahora bien, cuando el artículo 5 tantas veces referido menciona a los operadores de TMC y TPBCLD, lo hace considerando su calidad de solicitantes de la interconexión, o sea como interconectados. Lo anterior quiere decir que en el caso de las relaciones de interconexión precedentes a la Resolución CRT 463, como la que aquí nos convoca, la facultad de escoger el régimen de cargos de acceso que contiene la norma se encuentra en cabeza de quienes usan las redes de otros operadores. De esta manera, resulta equivocado derivar de dicha norma que resulte necesario un acuerdo de las partes de la relación de interconexión, es decir de quienes están ya interconectados y al mismo tiempo tienen la calidad de contratantes dada la existencia de un **CONTRATO**, en caso de que deseen mantener el régimen convencional o, por el contrario, acogerse a la regulación en materia de cargos de acceso vigente.

En suma, no se trata de una decisión que entre las partes se adopte de manera consensuada, **sino de un acto unilateral del operador que se interconecta**, el cual ha sido previamente autorizado por la regulación expedida por la Comisión en ejercicio de sus facultades de regulación del servicio público y de garantía de que las interconexiones se desarrollen de la manera que mejor garantice la prestación del servicio. En consecuencia, cuando el artículo 5 de la Resolución CRT 463 habla de "*(...) acogerse en su totalidad a las condiciones previstas en la presente resolución para todas sus interconexiones*", lo que quiere significar es que los operadores de TPBC y TMC cuando se interconectan entre sí, que decidan acogerse a este régimen, quedarán sometidos en todas sus interconexiones a la regulación sobre cargos de acceso de la Resolución 087 de 1987 (Resolución CRT 575 de 2002), que formaba parte del régimen unificado de interconexión.

Lo anterior plantea a esta Comisión la necesidad de establecer en qué medida se afectó el **CONTRATO** celebrado entre **COMCEL** y **ETB**, particularmente con la aplicación del régimen de cargos de acceso vigente.

Para ello, esta Comisión observa que el artículo 5 de la Resolución CRT 463 no pretendió imponer un cambio frente a la modalidad de cargos de acceso por la que opten o hubieren optado las partes del **CONTRATO** con anterioridad a su expedición, pues lo único que buscó fue dejar en cabeza del operador -en este caso **COMCEL** como operador de TMC-, la obligación de ofrecer a los operadores que les demanden interconexión -en este caso **ETB** como operador de TPBCLD-, al menos las dos opciones de cargos de acceso contempladas en la regulación, de tal manera que el operador que

¹⁹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-186 de 2011.

¹⁹² Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 2013.

demanda la interconexión podía escoger entre las dos opciones, debiendo hacer la aplicación de la misma opción en todas sus interconexiones.

De acuerdo con lo anterior, el operador (sea de TMC o de TPBCLD) que demanda la interconexión y que ya tenía un contrato vigente a la fecha de expedición de la Resolución CRT 463 de 2001 (posteriormente, de la Resolución CRT 489 de 2001), tiene dos posibilidades o alternativas: la primera, mantener las condiciones o valores vigentes de su interconexión o, la segunda, acogerse a las condiciones de la Resolución CRT 463 de 2001 (posteriormente, de la Resolución CRT 489 de 2001). Es decir, podría escoger entre continuar bajo las condiciones acordadas previamente con el operador interconectante, o introducir unilateralmente un cambio en el régimen contractual, el cual sería vinculante para su contraparte. Así, lo sometería a las condiciones del régimen de remuneración dispuesto en la regulación, tal como ya se ha explicado en la presente resolución, con la precisión de que debía obrar de idéntica manera en todas sus relaciones de interconexión, y no de una y otra manera según su conveniencia en cada una de esas relaciones.

En esas condiciones, debe esta Comisión recordar la razón por la cual estableció en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 que la elección a la que se hace referencia debería ser integral. Al punto, se precisa que en el momento en el que fue celebrado el **CONTRATO** que atañe el conflicto que aquí nos convoca, la red de telefonía móvil celular era incipiente, de modo que no existía, como se explicó en páginas precedentes, régimen de remuneración regulatorio por el uso o por el acceso a dicha red.

Al amparo del artículo 5 tantas veces referido, los operadores de TMC y TPBCLD, en su calidad de interconectados, y como profesionales en la actividad, someten su conducta al principio de integralidad dispuesto en dicho artículo para analizar qué les resultaría más ajustado a sus necesidades: si continuar con la remuneración pactada en los contratos o, acogerse, en la totalidad de sus interconexiones, a las condiciones dispuestas por el régimen de remuneración fijado por la regulación. Lo que para el caso en concreto significa que, si **ETB** decidió acogerse a los cargos de acceso determinados regulatoriamente por el régimen de remuneración vigente, la regulación establecía como consecuencia que era oponible a tal operador, la obligación alternativa de escoger entre alguna de las dos opciones que la regulación traía en la materia (v.gr minutos o capacidad).

Teniendo en cuenta el sentido del artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001, debe esta Comisión ahora abordar el argumento de la aplicación del mismo en el caso en concreto. Para tal propósito, es necesario tener en cuenta que el artículo 5 referido no se vio afectado ni por la derogatoria expresa dispuesta por la Resolución CRT 469 y, mucho menos, por la nulidad parcial proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado a través de la sentencia del 21 de agosto de 2008.

Así las cosas, el artículo 5 de la Resolución CRT 463 junto con su principio de integralidad, en el marco de su objetivo y esencia explicada anteriormente, resulta de imperativo cumplimiento para los operadores de telecomunicaciones, de lo que se deriva sin duda para esta Comisión que la escogencia que dispone tal norma no podía ser selectiva, sino de naturaleza general e integral. Sostener lo contrario resulta ser un argumento contra intuitivo de cara al mismo sentido del artículo en mención y a lo dispuesto en la Resolución CRT 575 de 2002 desde una perspectiva de protección a los usuarios de tales servicios, y no se apega a los principios de igualdad, de acceso igual – cargo igual, trato no discriminatorio y de transparencia, los cuales no solamente son imperativos sino transversales dentro de las que se imponen a los agentes del servicio de telecomunicaciones, dentro del marco comunitario¹⁹³ y la ley nacional aplicable en Colombia en la materia; sustentando el régimen de interconexión.

Adicionalmente, como se expresó en páginas precedentes del presente acto administrativo, se recuerda que a partir del 24 de abril de 2002 (fecha de publicación en el Diario Oficial de la Resolución CRT 489 de 2002), entraron a regir las nuevas condiciones para la remuneración de los cargos de

¹⁹³ María Clara Gutiérrez Torres, Desarrollo Normativo de las Telecomunicaciones en la Comunidad Andina, Grupo de Estudios en internet, Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática (GECTI), Bogotá: Editorial Temis, 2008, pp. 58-59 (explicando lo siguiente: "La resolución 432 establece principios básicos como la libertad de acceso, considerada condición básica del sistema, puesto que sin ella no hay posibilidad de liberalización; neutralidad, para evitar la competencia desleal y el aprovechamiento de ventas derivadas de la posición dominante en el mercado; no discriminación, obligatoriedad de la interconexión entre empresas de servicio público como condición básica de interoperatividad y funcionamiento de las redes; transparencia, consistente en el libre acceso a la información relevante de las condiciones de cada interconexión; y fijación libre de puntos de red, de acuerdo con posibilidades económicas y técnicas, que permite el libre desarrollo y la formulación de estrategias competitivas")

acceso en los contratos de interconexión. Al respecto, debe señalarse que en virtud de los apartes que no fueron anulados de los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 del artículo 2º y del artículo 9º de la Resolución CRT 489 de 2002 -cuya presunción de legalidad y aplicabilidad es incuestionable-, los operadores tenían la alternativa de acogerse a las modalidades de remuneración de los cargos de acceso por uso o por capacidad, o mantener las condiciones inicialmente pactadas.

En efecto, de acuerdo con los apartes que no fueron anulados de los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 del artículo 2º de la Resolución CRT 489 de 2002, vigentes a partir del 24 de abril de 2002, los operadores telefónicos tendrían que ofrecer las modalidades de cargo de acceso por uso y por capacidad. A su vez, de acuerdo con los apartes que no fueron anulados del artículo 9º de la misma Resolución CRT 489 de 2002, a partir de la misma fecha, los operadores telefónicos *"podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución CRT 463 de 2001"*. Es decir, que a partir del 24 de abril de 2002, existió la posibilidad de que los cargos de acceso fueran cobrados por uso o por capacidad, acogiendo así las nuevas reglas, o mantener sus contratos previamente celebrados, lo anterior en el marco del artículo 5 de la Resolución CRT 463 tantas veces mencionada.

En otras palabras, y de interés para el caso en concreto, la Resolución CRT 463 y mucho menos la Resolución CRT 489 de 2002 tuvieron como intención obligar a la modificación de los contratos de interconexión, sino que se limitaron a dar la alternativa de mantener las condiciones vigentes (en el caso objeto de análisis, la remuneración de los cargos de acceso por la modalidad de uso) o modificarlo para incluir las nuevas posibilidades de remuneración (concretamente, la remuneración de los cargos de acceso por la modalidad de capacidad). Por lo que dicho artículo 5 no trataba de otorgarles a estos operadores el derecho de modificar las condiciones de interconexión con otros operadores, cuantas veces quieran hacerlo. Por el contrario, el mismo involucra el establecimiento de una de tales dos opciones para los operadores como mecanismo de transición al esquema regulatorio de remuneración de cargos de acceso.

En consecuencia, teniendo en cuenta el anterior contexto, carecen de asidero jurídico los argumentos de **ETB** respecto de la legalidad (constitucionalidad) y subsistencia del llamado principio de la integralidad, toda vez que no puede perderse de vista que las modificaciones a los contratos de interconexión se celebraron con posterioridad al 24 de abril de 2002 lo cual quiere decir que se celebraron en claro ejercicio de esa libertad consagrada por la Resolución CRT 489 de 2002 de mantener las condiciones vigentes o acogerse a las nuevas modalidades de remuneración de los cargos de acceso por uso y por capacidad.

Los anteriores argumentos bastan para señalar que, en el caso concreto, lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia T-058 de 2009 -aspecto sobre el cual han sido insistentes ETB y el Ministerio Público-, no resulta aplicable desde el punto de vista sustancial en el caso concreto, sino que lo que corresponde es dar aplicación a la regulación expedida por esta Comisión en ejercicio de sus competencias legales y como expresión de la intervención del Estado en la economía, de acuerdo con lo explicado antes con fundamento en la jurisprudencia pertinente de la Corte Constitucional.

Además, respecto del supuesto desconocimiento de un precedente jurisprudencial vinculante, debe recordarse en qué casos existe tal desconocimiento, para lo cual conviene citar lo dicho por la Corte Constitucional así:

"14. Frente al defecto por desconocimiento del precedente, es preciso advertir que el mismo se configura cuando se omite aplicar una sentencia, o un conjunto de providencias anterior a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo. La relevancia de respetar el precedente atiende a razones de diversa índole, que en todo caso se complementan.

La primera razón se basa en la necesidad de proteger el derecho a la igualdad de las personas que acuden a la administración de justicia y de salvaguardar los principios de buena fe y seguridad jurídica. Esto, debido a que no tener en cuenta las sentencias anteriores a un caso que resulta equiparable al analizado, implicaría el evidente desconocimiento de esos derechos y principios.

El segundo argumento se basa en el reconocimiento del carácter vinculante de las decisiones judiciales, en especial si son adoptadas por órganos cuya función es unificar jurisprudencia. Como lo ha explicado esta Corte, tal reconocimiento se funda en una postura teórica que señala que "el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX (...) sino una práctica

argumentativa racional". Con lo cual, en últimas, se le otorga al precedente la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto.

Ahora bien, esta Corporación fijó los parámetros que permiten determinar si en un caso es aplicable o no un precedente. Así, la sentencia T-292 de 2006, estableció que deben verificarse los siguientes criterios: (i) que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; (ii) que esta ratio resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso; y (iii) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente.

De no comprobarse la presencia de estos tres elementos esenciales, no es posible establecer que un conjunto de sentencias anteriores constituye precedente aplicable al caso concreto, por lo cual al juez no le es exigible dar aplicación al mismo¹⁹⁴ (NFT).

Con base en la anterior jurisprudencia, es evidente que en el caso concreto no se dan los elementos que permitan inferir un desconocimiento del supuesto precedente jurisprudencial contenido en la sentencia T-058 de 2009 -si es que existe tal precedente-, pues lo cierto es que la *ratio decidendi* de la sentencia mencionada no es relevante para la solución del caso, además de que los problemas jurídicos analizados, si bien son cercanos no son semejantes y, finalmente, los hechos no resultan equiparables.

En efecto, la sentencia T-058 de 2009 se pronunció sobre un laudo arbitral y no sobre una decisión de controversias por parte de la CRC, circunstancia que, por sí misma, hace diferentes la situación analizada en el precedente invocado y la estudiada en el presente acto administrativo. Pero, además, si se lee con cuidado la citada sentencia, si bien para la protección del derecho fundamental y la decisión de dejar sin efectos el laudo arbitral se refirió a lo que se consideró como límites a las potestades de la Comisión, las razones de la decisión no se basaron en ello, sino en otros factores como puede verse en los siguientes apartes de la sentencia:

"6.4.2.1 Existencia de defecto orgánico en el presente caso

En primera instancia, la Corte concluye que resulta equivocado el argumento expuesto por el Tribunal de Arbitramento durante el presente trámite, con relación a que la falta de cumplimiento de etapas, requisitos o trámites pactados por las partes para ser evacuados en forma previa a la convocatoria del Tribunal, no inhibe la integración del mismo.

(...)

De conformidad con lo expuesto, esta Sala concluye que el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico porque (i) no se agotaron las etapas previstas con anterioridad a su conformación; y (ii) aunque en gracia de discusión se aceptara la tesis del Tribunal de Arbitramento en el sentido de afirmar que no era necesario agotar las etapas de arreglo directo previstas antes de su conformación, la decisión de la Comisión de Regulación de Telecomunicación hacía incompatible la conformación de dicho Tribunal pues el conflicto ya había sido dirimido mediante los actos administrativos expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

6.4.2.2 Existencia de defecto sustantivo en el presente caso

(...)

Entonces, para esta Sala es claro que el fundamento jurídico de la condena impuesta por el Tribunal de Arbitramento a la E.T.B., particularmente las disposiciones relativas a la fecha a partir de la cual los operadores telefónicos debían ofrecer opciones de cargos de acceso a los operadores que demanden interconexión y la obligación de éstos de acogerse a una de dichas opciones, fueron declaradas nulas por la autoridad competente, y por tanto, han desaparecido del ordenamiento y no pueden ser el fundamento jurídico de decisión alguna".

De acuerdo con lo anterior, la *ratio decidendi* de la sentencia T-058 de 2009 consiste en que, de una parte, la relación jurídica debatida en su momento ya había sido resuelta por la entonces CRT, por

¹⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-436 de 2017.

lo cual no podía haber pronunciamiento del Tribunal Arbitral y, de otra, las reglas en que se basó la decisión del Tribunal se encontraban derogadas. En ese sentido, como se explicó antes, en el caso concreto no existe una "cosa decidida" por parte de la entonces CRT en tanto que se trata de nuevas y distintas peticiones, y la regla de la integralidad se basa no solo en las normas analizadas por el Tribunal de Arbitramento, sino en otras diferentes cuyo contenido y alcance fue fijado antes, teniendo en cuenta también las reglas especiales de los efectos de las sentencias de nulidad en materia de servicios públicos domiciliarios.

Así las cosas, concluye la CRC que en la *ratio decidendi* de la sentencia T-058 de 2009 no existe una regla de derecho o un precedente aplicable al caso concreto, situación que, por sí misma, hace que en dicha sentencia no exista un precedente jurisprudencial vinculante para la CRC.

4.1.5. Respetto del argumento de ETB relacionado con orientación a costos eficientes del cargo de acceso a redes móviles.

En relación con lo manifestado por **ETB** en el sentido de indicar que la regulación en materia de cargos de acceso establece el criterio de cargo de acceso tope y el efecto que tal condición impone es que todo aquel valor por debajo del valor tope se encuentra ajustado a la regulación, pierde de vista cuáles fueron los objetivos que se tuvieron en cuenta al momento de formular la propuesta regulatoria de carácter general que concluyó con la expedición de las reglas de remuneración a redes fijas y móviles contenidas en el Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997, contenido en la Resolución CRT 489 de 2002, y en particular, aquel relacionado con la optimización de las inversiones y reducción de costos.

En efecto, tal y como se pudo observar en el documento que explicó la razón de ser del proyecto regulatorio, uno de los objetivos perseguidos era *"lograr que la estructura de cargos de acceso refleje los costos eficientes de interconexión"*. En este sentido, señalaba en su momento la Comisión que *"Colombia, como país en vía de desarrollo, debe (...) asegurar que las inversiones existentes se utilicen extensa e intensamente, generando, en consecuencia, ingresos adicionales que les permitan a los operadores establecidos recuperar sus inversiones."* (NFT)

Posteriormente, la Entidad también destacó que *"para la CRT es perfectamente claro que los precios de interconexión y de acceso a los diferentes elementos de red son tal vez la variable más neurálgica y de más impacto, no solo en las finanzas de los diferentes actores del sector, sino en la calidad y profundidad de los servicios que reciben los usuarios."* (NFT) (...)

Agregando que *"los precios de interconexión y acceso y uso de elementos de red deben reflejar costos eficientes, asegurar la recuperación de la inversión de la infraestructura por parte del proveedor de acceso, incentivando nuevas inversiones y el mantenimiento y reposición de las redes."*

Dentro de este contexto, la intervención regulatoria debía definir cargos de acceso que aseguraran la recuperación de la inversión de la infraestructura por parte del proveedor de acceso, en este caso el operador de la red móvil, sin perder de vista el impacto en caja que dicho valor eficiente podría tener en los proveedores que debían remunerar las redes, en este caso, los operadores de larga distancia internacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, los análisis adelantados por la CRC en la propuesta regulatoria giraron alrededor de dos ejes: por una parte, que la tarifa fijo-móvil, propiedad en dicho momento de los operadores móviles, permitía inferir que dada la estructura de costos de los proveedores y su reciente entrada al mercado, el cargo de acceso a redes móviles, en comparación con el benchmark internacional era alto:

"De lo anterior, se deduce que la terminación de una llamada en redes móviles en Colombia se encuentra cerca de 5 centavos de dólar por encima del promedio internacional y cerca de 10 centavos por encima de las mejores prácticas internacionales. ³⁰"

En virtud de este primer eje de análisis, la Comisión pudo concluir que se requería el establecimiento de un cargo de acceso **tope** que impidiera a los operadores de redes móviles establecer un cargo de acceso excesivamente alto.

El segundo eje de análisis se centró en definir cuál debía ser el valor eficiente de cargo de acceso que permitiera remunerar, de manera eficiente, el uso de las redes móviles. A este respecto, la

Comisión indicó, en primer lugar, que el análisis comparativo de cargos de acceso con el que identificó la necesidad de definir un tope, no incluía los cargos de acceso definidos para las redes móviles por la entrada de tráfico de LDI.

Es así como la nota al pie de la cita expuesta anteriormente señalaba, de manera explícita, que el cargo de acceso regulado para la terminación de llamadas en las redes celulares para las llamadas de larga distancia internacional, **no fue incluido dentro de dicha comparación.**

"30 Es preciso aclarar que las anteriores cifras no reflejan el cargo que por \$48 recientemente reguló la Comisión para la terminación en las redes celulares de llamadas de larga distancia internacional."

De esta manera, la Comisión buscó identificar cuál debía ser dicho cargo de acceso, si ese valor previamente definido de \$30 pesos por minuto, o algún otro. En virtud de lo anterior, la Comisión indicó que *"[s]e presentó asimismo el resultado del trabajo de comparaciones internacionales, por medio del cual se recopiló información de cargos de acceso para una gran variedad de países, estandarizando las cifras por diferencias originadas en conceptos no existentes en la estructura colombiana."*

En virtud de lo anterior, la Comisión definió un cargo de acceso por minuto de \$206,90, a ser alcanzado no de manera inmediata, sino en el año 2005, incluyendo por lo tanto una senda creciente de cargos de acceso:

"ARTÍCULO 4.2.2.19. de la Resolución CRT 087 de 1997. CARGO DE ACCESO A LAS REDES DE TELEFONIA: a partir del primero de enero de 2002, los operadores telefónicos deberán ofrecer por lo menos las siguientes dos opciones de cargos de acceso a los operadores que les demanden interconexión:

	UNO	\$ 49.35	\$ 43.26	\$ 37.16	\$ 31.07
	DOS	\$ 50.98	\$ 46.50	\$ 42.03	\$ 37.56
	TRES	\$ 53.59	\$ 51.73	\$ 49.87	\$ 48.01
	Redes de TMC y PCS (3)	\$ 66.92	\$ 97.49	\$ 142.02	\$ 206.90

(1) *Expresado en pesos constantes de junio 30 de 2001. La actualización de los pesos constantes a pesos corrientes se realizará conforme al artículo 4.3.8. Corresponde al valor de los cargos de acceso que los operadores de TPBCL reciben de los operadores de otros servicios cuando estos hacen uso de sus redes, tanto en sentido entrante como saliente.*

(2) *En el Anexo No. 008 se definen las empresas operadoras de TPBCL que conforman cada uno de los grupos aquí señalados. Los valores que contempla esta opción corresponden a la remuneración por minuto. Todas las fracciones se aproximan al minuto siguiente.*

(3) *No se podrá cobrar el cargo de acceso a las redes y al mismo tiempo tarifa por tiempo al aire. Aplica para las llamadas entrantes del servicio de TPBCLDI y cualquier otro que defina la regulación."(NFT)*

En este sentido, se identificó, por una parte, que de acuerdo con los análisis realizados el valor que permitía remunerar de manera eficiente el uso de la infraestructura móvil era ostensiblemente superior a los \$30¹⁹⁵ pesos de cargo de acceso que aplicaban a la fecha para la terminación de tráfico de LDI en las redes móviles, y por lo mismo, definió una escalera ascendente de cargos de acceso entre el año 2002 y el año 2005 que le permitiera a los operadores de LDI aminorar el impacto en caja por el incremento en el cargo de acceso y le permitiera a los operadores móviles remunerar el uso de su infraestructura.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta la identificación por parte de la Entidad de definir un cargo de acceso que respondiera a criterios de costos eficientes más utilidad razonable, que implicó el incremento del valor de cargo de acceso a redes móviles, resulta evidente entonces que el

¹⁹⁵ Artículo 5.10.6 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por el artículo 1 de la Resolución CRT 253 de 2000.

"ARTÍCULO 5.10.6 CARGOS DE ACCESO Y USO DE OPERADORES DE TELEFONÍA MÓVIL (TMC Y PCS) Los operadores de redes móviles tendrán derecho a cobrar a los operadores de Larga Distancia Internacional (LDI) por las llamadas entrantes a sus redes, un cargo de acceso y uso equivalente al establecido en el numeral 5.10.2.1 del artículo de la presente resolución."

El artículo 5.10.2.1 señala que el valor de cargo de acceso es de \$30 pesos por minuto, a ser actualizado con IAT. Al 2001 dicho valor era de \$48 pesos.

establecimiento de los valores de cargo de acceso de la escalera ascendente definidos como tope, implicaba imponer un límite a los operadores móviles para así impedir que se cobrara en exceso por la terminación en sus redes, pero también implicaban a su vez un piso teniendo en cuenta la necesidad de alcanzar el valor del cargo de acceso eficiente que le permitiera a los operadores móviles (incipientes en el mercado de telecomunicaciones colombiano para esa época) a remunerar de manera eficiente su infraestructura. Es así como el valor establecido regulatoriamente, constituía un valor único, por lo cual no resultaba viable la fijación de cargos inferiores ni superiores.

Entender, de manera conveniente, que el cargo de acceso fijado en la Resolución CRT 489 de 2002 constituye únicamente un valor tope, llevaría al sin sentido de afirmar que no habría lugar a la remuneración de las redes utilizadas, contrario a la propia ley nacional y supranacional, según la cual el uso de la infraestructura debe ser remunerada bajo criterios de costos eficientes. Así mismo, una lectura de dicha naturaleza iría contra del denominado "efecto útil de las normas" según el cual debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias¹⁹⁶.

En efecto, si se da pie a la interpretación de **ETB**, la misma Comisión habría procurado el incumplimiento de su objetivo regulatorio: en una escalera ascendente de topes, el primer valor siempre se encontraría por debajo de los demás, y cumpliría con la regulación; así como el segundo sería inferior al tercero y al cuarto y cumpliría con la regulación, y así sucesivamente. Bajo esta lógica, la misma regulación no le permitiría alcanzar el objetivo claramente identificado por esta, el cual era alcanzar un valor de cargo de acceso, que permitiera remunerar de manera eficiente el uso de las redes móviles en Colombia. Nada más alejado de la realidad y de la lógica que debe guiar la interpretación normativa.

Así, la aplicación de la regulación de carácter general a un caso específico y concreto, como en el caso que nos ocupa, de manera alguna busca favorecer o desfavorecer los intereses particulares de cada uno de los interesados. Dicha aplicación, al constituir una manifestación de la intervención del Estado en la economía, lo que pretende es la consecución de los intereses generales, uno de los cuales es la determinación de valores de remuneración de las redes utilizadas en la prestación de los servicios de telecomunicaciones bajo criterios de costos más utilidad razonable.

4.1.6. La inexistencia de caducidad o prescripción en las peticiones de COMCEL

El Ministerio Público y la **ETB** han sostenido que existe caducidad en las solicitudes presentadas por **COMCEL**, pues en su criterio, han transcurrido más de dos años desde la finalización de los periodos reclamados, en la medida en que consideran que el mencionado fenómeno se configuró, ello implica que la Comisión debe abstenerse de decidir de fondo. Por su parte, **COMCEL** se opone a lo dicho por el Ministerio Público y la **ETB** afirmando, de una parte, que no existe prescripción porque es la misma obligación que se viene cobrando desde el primer proceso arbitral y porque ello ha debido alegarse desde la contestación y, de otra, que no existe caducidad porque ella solo correría a partir de la liquidación del contrato, cosa que no ha ocurrido.

Al respecto es de aclarar en primera instancia, que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la caducidad "*es un fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración, sin que se haya ejercido el derecho de acción por parte del interesado*"¹⁹⁷.

Por su parte, la prescripción "*es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva*"¹⁹⁸. Así las cosas, mediante la prescripción se adquiere o extingue un derecho, mientras que la caducidad se refiere a la oportunidad que se tiene de presentar una solicitud ante una autoridad competente del orden judicial.

¹⁹⁶ Vid. Corte Constitucional, sentencia C-569 de 8 de junio de 2004, exp. D-4939, M.P.(e): RODRIGO UPRIMNY YEPES.

¹⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 9 de julio de 2015, Expediente: 27001233300020130034601 (03272014), C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

Ahora bien, teniendo en cuenta que lo que alega **ETB** es que operó alguno de los dos fenómenos respecto de los derechos derivados del contrato de interconexión suscrito con **COMCEL**, debe indicarse en primer lugar que **ETB** no señala la forma en que supuestamente se configura la prescripción en el presente caso, de forma tal que no aclara si aquello que alega hace alusión a la prescripción adquisitiva o extintiva. Teniendo en cuenta que la primera figura referida representa un modo de adquirir la propiedad, y que lo que se discute en el presente trámite es el régimen aplicable a una relación de interconexión, es así como considera esta Comisión que no es esa la razón de ser de alegar una supuesta prescripción en el presente asunto.

En lo que respecta a la prescripción extintiva, esto es, la extinción de obligaciones por el paso del tiempo, es claro que a la fecha se encuentra en ejecución el contrato que dio origen a las obligaciones de pago entre los operadores, razón por la cual no habría lugar a alegar que no existe una fuente vigente de las mismas.

Por otra parte, debe señalarse que el fenómeno de la caducidad de la acción constituye una carga para aquel sujeto que **pretenda ejercer una acción contencioso administrativa** en el sentido de que debe activar el aparato judicial dentro del plazo establecido en la ley. Como característica fundamental de la institución de la caducidad de la acción, se destaca que ella opera de pleno derecho, es decir, por el simple paso del tiempo. En este sentido, ha expresado la jurisprudencia administrativa:

10. Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho.

11. Es así como el fenómeno procesal de la caducidad opera ipso iure o de pleno derecho, es decir que no admite renuncia, y el juez debe declararla de oficio cuando verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer determinada acción judicial.¹⁹⁹.

Así, entonces, el fenómeno de la caducidad de la acción, además de garantizar el valor constitucional de la seguridad jurídica a los sujetos procesales y de generar como carga procesal para el demandante la de demandar en tiempo, *"busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente, impidiendo el surgimiento del proceso, razón por la que la efectividad del derecho sustancial que se busca con su ejercicio puede verse afectada"*²⁰⁰.

Como puede verse de lo anterior, el fenómeno de la caducidad invocado por el Ministerio Público y **ETB** no tiene cabida en el presente trámite administrativo, toda vez que se trata estrictamente de una limitación temporal para acudir ante el juez del contrato, y no para acudir ante una autoridad de regulación a que se resuelva una controversia en la cual se encuentra de por medio materias de orden público.

Si lo anterior no fuera suficiente y se pretendiera dar aplicación al régimen de caducidad propio de las acciones judiciales, la Comisión destaca que, dada la naturaleza jurídica de la **ETB** como entidad estatal y empresa de servicios públicos domiciliarios, el contrato celebrado entre **ETB** y **COMCEL** es, en sentido estricto, un contrato estatal, pero, de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y 55 de la Ley 1341 de 2009, se rige por el derecho privado, por lo cual, de una parte, las reglas de caducidad serían las contenidas en el CPACA y, de otra, no existe obligación de liquidación del contrato, salvo que las partes pacten algo al respecto, cosa que no aconteció en el caso concreto.

En ese sentido, el literal j del numeral 2 del artículo 164 del CPACA señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

¹⁹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 13 de enero de 2013, expediente 43.008.

²⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 3 de marzo de 2010, expediente 36.282.

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;"(NFT)

De la lectura del anterior aparte normativo, se infieren las siguientes reglas: **(i)** por regla general, la caducidad operará al día siguiente en que hayan pasado dos (2) años a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento; **(ii)** si se trata de nulidad absoluta o relativa del contrato, la caducidad operará pasados dos (2) años de la fecha de perfeccionamiento del mismo; **(iii)** si la ejecución es instantánea la caducidad operará pasados dos (2) años de la fecha en que debió cumplirse el contrato, y **(iv)** cuando se trate de un contrato de ejecución con tracto sucesivo, el cómputo de los dos (2) años que configuran la caducidad, dependerá de la fecha y necesidad de liquidar el contrato.

En el caso concreto, es evidente que el contrato celebrado entre **ETB** y **COMCEL** es un contrato de tracto o ejecución sucesiva, luego la regla de caducidad, contrario a lo sostenido por la **ETB** y el Ministerio Público, no es la de aplicar los dos años a partir del vencimiento de los motivos de hecho que den lugar a la controversia, sino que dichos dos años deben contarse desde la terminación del contrato, dado que en el mismo no se pactó cláusula de liquidación.

Al respecto, ha sido posición reiterada del Consejo de Estado, que los contratos estatales cuyo régimen es el derecho privado no requieren de liquidación -a menos de que exista un pacto expreso de las partes en ese sentido-, por lo cual el cómputo de la caducidad de la acción contractual comenzará a los dos (2) años en que haya terminado el plazo de ejecución del contrato, en los siguientes términos:

Sobre el cómputo del término de caducidad en tratándose de contratos estatales que se rigen por el derecho privado, la jurisprudencia de la Corporación ha puntualizado lo siguiente:

"El a quo consideró que el contrato era liquidable, en forma bilateral, dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación del mismo. Como no se hizo, la entidad debía proceder a liquidarlo, en forma unilateral, dentro de los dos meses siguientes, plazo que venció el 28 de febrero de 2005. Como la demanda se presentó el 17 de septiembre de 2009, entonces había caducado. La Sala considera que, efectivamente, el tribunal tiene razón, pero es necesario hacer una precisión sobre la fecha en que aconteció.

"Por oposición al criterio del a quo, esta Sala considera que el contrato sub iudice no requería liquidación, porque su régimen sustantivo era el derecho privado, y no la ley 80 de 1993, que exige que los contratos de tracto sucesivo se liquiden, bien de manera bilateral o unilateralmente. De modo que si el contrato de agencia comercial sub iudice

lo celebró una entidad que no se rige por la ley 80, mal puede pedirse que cumpla con exigencias propias de la ley 80 de 1993 –arts. 60 y 61-.

"Además, no sobra indicar que las partes tampoco pactaron esta posibilidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, luego no existe razón para exigir la liquidación bilateral de un contrato que no requiere de este trámite. Y con mayor razón se debe reprochar que el tribunal exija, inclusive, la liquidación unilateral, a falta de la bilateral, pues este poder extraordinario no lo contempla la ley civil ni comercial, luego no podría asumirlo la entidad estatal sin autorización legal. Por lo menos, deducirlo de la ley 80 o de la ley 1.150 de 2007 sería inadecuado.

"En este orden de ideas, la norma de caducidad aplicable al caso concreto es el artículo 136.10, lit. b) del CCA., teniendo en cuenta que este contrato no requiere liquidación, porque la ley no la impuso, ni las partes la pactaron."²⁰¹ (NFT)

En el mismo sentido, recientemente el Consejo de Estado ha sostenido que los contratos estatales que se rigen por el derecho privado no requieren de liquidación, pero que nada impide que por autonomía de la voluntad las partes pacten hacerlo de forma bilateral, así:

"Bajo ese panorama, se advierte que el contrato objeto de estudio, en principio, no requiere de liquidación, dado que se rige por las reglas del derecho privado, no obstante, las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pactaron, en su cláusula segunda, la posibilidad de mutuo acuerdo.

Así pues, en virtud de que las partes acordaron la liquidación de mutuo acuerdo del aludido contrato, se destaca que, pese a que el referido negocio no le aplican las disposiciones de la Ley 80 de 1993, lo cierto es que sí requiere del trámite de liquidación bilateral, porque así se pactó contractualmente."²⁰²

De este reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, se puede afirmar que el cómputo del término de caducidad de la acción contractual en los contratos estatales sometidos al régimen privado atiende a dos reglas: **(i)** no es necesaria su liquidación, por lo cual, una vez terminado el plazo de ejecución del contrato, iniciará a correr el término de caducidad, pero **(ii)** si en el contrato se acordó una liquidación bilateral, el término de la caducidad comenzará a correr una vez se haya liquidado el contrato o se agote el plazo para la liquidación bilateral pactada.

Así las cosas, dado que en el caso concreto se trata de un contrato estatal sometido al derecho privado en el cual no se pactó cláusula de liquidación, los dos años de caducidad deben comenzar a contarse desde la terminación del contrato y, dado que el contrato aún se encuentra en ejecución, la caducidad no ha empezado a contar.

Por último, importa destacar que el asunto que ahora resuelve la CRC no comenzó pura y simplemente con la solicitud de solución de conflicto presentada el 10 de marzo de 2016, sino que tiene origen en la demanda que culminó con el laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006 y que por las diversas vicisitudes descritas en esta decisión, hasta ahora puede ser resuelta. En consecuencia, no es cierto que **COMCEL** no hubiera acudido ante las autoridades que en su momento se consideraban competentes para hacer valer sus derechos, por lo cual considerar que existe caducidad o prescripción implicaría desconocer que **COMCEL** sí acudió oportunamente en defensa de sus derechos.

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO. Acceder parcialmente a la solicitud de **OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. (Hoy COMUNICACIÓN CELULAR S.A.- COMCEL S.A.)**, en el sentido de establecer que la remuneración de la relación de interconexión entre la red de TPBCLDI de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** y la red de TMC de **OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. (Hoy COMUNICACIÓN CELULAR S.A.- COMCEL S.A.)** para la terminación de

²⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de agosto de 2013, expediente 45.191.

²⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A, auto de 22 de junio de 2017, expediente 57.816.

llamadas de larga distancia internacional en sentido entrante y saliente, para el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2006 y el 29 de febrero de 2008, se rige por el régimen de remuneración de cargos de acceso dispuesto en la Resolución CRT 489 de 2002 y CRT 1763 de 2017, en los términos expuestos en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. – Negar por improcedentes, al no ser competencia de la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES, las pretensiones **SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA** relacionadas con la declaración del reconocimiento del pago y la solicitud de definición y pago de intereses presentadas por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A.- COMCEL S.A.**, por las razones expuestas en la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO. – Notificar personalmente la presente Resolución a los representantes legales de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A.- COMCEL S.A.**, de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** o a quienes hagan sus veces y al Doctor **MANUEL EDUARDO MARÍN SANTOYO** Procurador Treinta y Tres Judicial II con funciones en Asuntos Administrativos con sede en Bogotá, quien actuó como **AGENTE ESPECIAL** del Ministerio Público dentro del presente trámite administrativo, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiéndoles que contra la misma procede el recurso de reposición, dentro de los (10) días siguientes a su notificación.

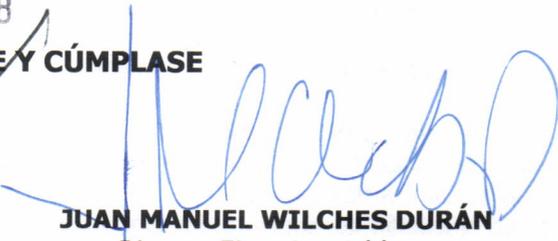
ARTÍCULO CUARTO. - Remitir copia de la presente resolución a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

Dada en Bogotá D.C., a los

21 MAY 2018

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS LUGO SILVA
Presidente


JUAN MANUEL WILCHES DURÁN
Director Ejecutivo *Ad-hoc*

Proyecto 3000-92-531

S.C. 08/05/18 Acta 363
C.C. 23/04/18 Acta 1149

Revisado por: Lina María Duque – Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias.
Elaborado por: Nicolás Almeyda, Camila Gutiérrez Torres.