

RESOLUCIÓN N.º 5 9 DE 2019

*Por la cual la CRC se abstiene de pronunciarse de fondo sobre una controversia surgida entre
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.*

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**

Con el ánimo de contextualizar el conflicto puesto en conocimiento de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante, la "CRC"), es importante aclarar que la presente controversia fue discutida en instancias jurisdiccionales, específicamente ante dos tribunales de arbitramento, de manera previa a la radicación de la solicitud de solución del conflicto ante esta Entidad. Por esta razón, es necesario presentar, de manera independiente, los procesos que han surtido las partes en relación con la presente controversia, teniendo en cuenta el fundamento fáctico y jurídico que los compone haciendo referencia, tanto al trámite adelantado ante la CRC, como a los trámites judiciales relativos al asunto que se debate:

1.1. Antecedentes del presente trámite administrativo

El 26 de agosto de 2016, a través de la comunicación con número de radicado interno 201633558, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado remitió el expediente de número 11001030600020160004600 a la CRC, en cumplimiento del fallo emitido mediante sentencia del 13 de septiembre de 2016¹, donde se declaró inhibida para pronunciarse de fondo sobre el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la CRC y el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir la controversia presentada por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.** (en adelante, "**COMCEL**") en contra de **UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** (en adelante, "**UNE**"); y decidió remitir el expediente a esta Comisión "*para lo de su competencia*".

Por consiguiente, la CRC emitió la comunicación identificada con el radicado de salida No. 2016506853 del 2 de noviembre de 2016, a través de la cual acusó recibo a **COMCEL** de la remisión del expediente No. 11001030600020160004600 por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante oficio No. 1278. Asimismo, le informó que, si lo decidía, esta Comisión quedaba a la espera de la radicación de la solicitud de la solución del conflicto dentro del marco de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 22 de la ley 1341 de 2009 y el Título V de esa misma ley.

Por su parte, el 19 de abril de 2017, mediante comunicación identificada con el radicado número 201731041², el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (en adelante, el "Centro de Conciliación"), al que pertenece el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir la controversia entre **COMCEL** y **UNE**, remitió a la CRC el expediente número 2013 A 013, que da cuenta del trámite adelantado en sede arbitral. Dicho Centro

¹ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Caja No. 5, Carpeta No. 1. Folios 128 a 421.

² Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Caja No. 1.

de Conciliación advirtió que envió el expediente como consecuencia de la solicitud de **COMCEL S.A.**, en la que asegura que, como consecuencia de la mencionada providencia emitida por el Consejo de Estado el 13 de septiembre de 2016, para que la CRC resuelva el conflicto requiere tanto el expediente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado como el del proceso arbitral custodiado por dicho Centro de Conciliación.

Como consecuencia de lo anterior, el 3 de mayo de 2017, la CRC emitió la comunicación identificada con el radicado de salida No. 2017569181, a través de la cual acusó recibo a **COMCEL** de la remisión del expediente del trámite arbitral que convocó en contra de **UNE** por parte del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia; y le reiteró que, la CRC tiene facultades administrativas para dirimir controversias entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones en el marco de lo establecido en el numeral 9 del artículo 22 de la ley 1341 de 2009, por lo que si lo consideraba procedente, podría presentar la solicitud de dar trámite a una actuación administrativa de solución de controversias, regida por el procedimiento dispuesto en la mencionada ley.

1.2. Antecedentes sobre los trámites arbitrales y el conflicto negativo de competencias suscitados

1.2.1. Sobre el primer trámite arbitral (no se solicitó la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina).

El 28 de diciembre de 2007, **COMCEL**, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo con **UNE** en el Comité Mixto de Interconexión (en adelante, el "CMI") celebrado el 26 de abril de 2006 y las comunicaciones cruzadas entre el 20 de junio y el 18 de julio de 2006, solicitó al Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia convocar un Tribunal de Arbitramento para que conociera la demanda formulada contra **UNE**, en la cual solicitó que se condene a este operador a indemnizarle los perjuicios ocasionados por concepto de la negligencia empleada en el cumplimiento de las siguientes obligaciones convenidas en el contrato No. 050821405 (en adelante, el "Contrato" o "Acuerdo"), suscrito por las partes (**COMCEL** y **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**, hoy **UNE**) el 30 de abril de 2005: (i) asumir una conducta adecuada a su responsabilidad en la adjudicación de líneas de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (en adelante, "TPBCL") y Telefonía Pública Básica Conmutada Local Extendida (en adelante, "TPBCLC"), a través de las cuales los usuarios de **UNE** utilizaron la red de Telefonía Móvil Celular (en adelante, "TMC") de propiedad de **COMCEL**; (ii) recaudar cartera morosa; (iii) enviar información sobre los clientes morosos; y (iv), en general, no actuar de buena fe de acuerdo con el artículo 871 del Código de Comercio³.

Mediante el laudo arbitral del 28 de mayo de 2010, el Tribunal de Arbitramento convocado condenó a **EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** (hoy **UNE**) a pagar a **COMCEL** la suma de \$17.324.926.144,99 por concepto del valor de facturación de las líneas críticas que no cumplieron los requisitos del procedimiento para recepción y trámite de pedidos telefonía básica clientes residenciales y empresariales de **UNE**⁴.

Por su parte, el 28 de junio de 2010 **UNE** interpuso recurso de anulación contra el referido laudo ante el presidente del Tribunal de Arbitramento, quien lo remitió al Consejo de Estado el 30 de agosto de 2010⁵.

Mediante providencia del 5 de noviembre de 2010, la sección tercera del Consejo de Estado resolvió avocar conocimiento del recurso de anulación interpuesto en contra del laudo arbitral emitido el 28 de mayo de 2010 y declaró la suspensión de su ejecución en los términos establecidos en el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil⁶.

A través de la providencia del 22 de marzo de 2012, la sala plena de la sección tercera del Consejo de Estado solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el "TJCA") la

³ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Respuesta a oficio No. 4 parte 3. Folios 1011 a 1012.

⁴ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Respuesta a oficio No. 4 parte 3. Folio 1084.

⁵ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Respuesta a oficio No. 4 parte 3. Folio 1103 a 1105.

⁶ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Respuesta a oficio No. 4 parte 3. Folio 1110 a 1112.

interpretación prejudicial sobre el asunto en controversia, de conformidad con las normas comunitarias aplicables, y suspender el proceso hasta que el TJCA se pronunciara⁷.

Mediante oficio No. 497-S-TJCA-2012 del 31 de julio de 2012, el TJCA allegó su interpretación prejudicial sobre la controversia suscitada entre **COMCEL** y **UNE** indicando que:

"Los árbitros o tribunales de arbitramento que son de única o última instancia y falla en derecho, se incluyen dentro del concepto de juez nacional contenido en los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 122 y 123 de su Estatuto y, en consecuencia, tienen la obligación de solicitar interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, de conformidad con las previsiones consagradas en la normativa comunitaria.

(...)

En este orden de ideas, el Consejo de Estado al conocer de un recurso extraordinario en las circunstancias anteriormente mencionadas, por encima de las limitaciones formales de su normativa interna, tiene que hacer primar el orden comunitario andino, lo que implica que debe declarar la nulidad de la sentencia o laudo arbitral que no cuente con la correspondiente interpretación prejudicial, generando con esto que todos los operadores jurídicos se inserten en el sistema jurídico comunitario de una manera adecuada.

(...)

Ahora bien, una vez que el juez extraordinario anule la sentencia por la omisión mencionada, de conformidad con las previsiones de su norma interna, puede tomar alguna de las siguientes acciones:

- *Si la normativa interna lo prevé así, devolverá el asunto al juez que debió solicitar la interpretación para que subsane su omisión y emita una nueva sentencia, acogiendo, para tal fin, la providencia expedida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.*
- *Si la normativa interna no prevé esto y el juez competente debe expedir una sentencia sustitutiva, éste debe solicitar la interpretación prejudicial como si fuera el juez de única o última instancia, para así poder emitir en debida forma la sentencia.*

(...)⁸.

El 21 de noviembre de 2012, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en el marco del derecho comunitario, profirió sentencia mediante la cual declaró nulo el laudo arbitral expedido el 28 de mayo de 2010 por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Conciliación, constituido para resolver la controversia surgida entre **COMCEL** y **UNE** con ocasión del Contrato de acceso, uso e interconexión suscrito por las partes el 30 de abril de 2005⁹.

1.2.2. Sobre el segundo trámite arbitral.

Teniendo en consideración la sentencia del 21 de noviembre de 2012, emitida por la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 10 de abril de 2013 **COMCEL** solicitó al Centro de Conciliación integrar un Tribunal de Arbitramento para que retome el trámite arbitral que no fue objeto de nulidad, solicite la interpretación prejudicial al TJCA y emita un nuevo laudo con fundamento en las pretensiones de la demanda original y el debate probatorio agotado¹⁰.

El 12 de abril de 2013, el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia le notificó a **COMCEL** y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado que la solicitud de

⁷ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Respuesta a oficio No. 4 parte 3. Folios 1196 a 1217.

⁸ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Respuesta a oficio No. 4 parte 3. Folios 1231 a 1250.

⁹ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Respuesta a oficio No. 4 parte 3. Folios 1276 a 1350.

¹⁰ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Principal parte 1. Folios 1 a 151.

integración de Tribunal de Arbitramento inició su trámite y se identifica con el radicado No. 2013 A 013¹¹.

Mediante auto No. 01 del 13 de agosto de 2013, se instaló un nuevo Tribunal de Arbitramento para conocer la controversia suscitada entre **COMCEL** y **UNE**, debido a que, de conformidad con la cláusula segunda del acta de modificación bilateral del contrato de acceso, uso e interconexión No. 050821405, las partes manifestaron que dicha modificación "solo tendría efectos para tramitar la solicitud de integración de un nuevo Tribunal de Arbitramento", toda vez que las facultades del Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo arbitral del 28 de mayo de 2010, declarado nulo por la sentencia del 21 de noviembre de 2012 del Consejo de Estado, ya cesaron, por cuanto no es posible tramitar una continuación del trámite anterior¹².

A través del auto No. 03 del 24 de septiembre de 2013, el nuevo Tribunal de Arbitramento resolvió inadmitir la demanda arbitral presentada, la cual era una copia de la demanda arbitral presentada en 2008, por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil y el 206 del Código General del Proceso¹³.

Dando cumplimiento a lo anterior, el 30 de septiembre de 2013 **COMCEL** presentó un nuevo escrito donde integró la solicitud de convocatoria al tribunal arbitral y la correspondiente demanda, donde solicitó al mencionado Tribunal de Arbitramento resolver las pretensiones declarativas y de condena determinadas en la demanda presentada en el año 2008, transcritas así:

"(...)

- a. *Que la Sociedad EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. ha sido negligente en el cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas con la celebración del contrato No. 050821405 suscrito con la Sociedad COMCEL S.A. en el mes de Abril (sic) de 2005, al no asumir una conducta adecuada a su responsabilidad en la adjudicación de líneas de telefonía pública básica conmutada local y local extendida, a través de las cuales los usuarios utilizaron la red de telefonía móvil celular de propiedad de COMCEL S.A., en el recaudo de cartera, en el envío de información sobre los clientes morosos y, en general, por no actuar de buena fe en el cumplimiento del contrato, en los términos del Artículo (sic) 871 del Código de Comercio.*
- b. *Que esta conducta negligente implicó cumplimiento imperfecto de las obligaciones adquiridas en el contrato aludido.*
- c. *Que consecuentemente EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. debe indemnizar los perjuicios que con su conducta contractual ha irrogado a Comunicación Celular S.A. - COMCEL S.A.- en cuantía de VEINTIDOS MIL SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (22.700.000.000,00), materializados en las sumas dejadas de recaudar por utilización de sus redes en generación de llamadas fijo a móvil por parte de los usuarios a quienes se les instalaron líneas telefónicas a través de las cuales utilizaron las redes de la Sociedad (sic) convocante.*

Las sumas anteriores serán indexadas.

- d. *Harán (sic) condena en costas.*

(...) ¹⁴.

El 13 de diciembre de 2013, **UNE** presentó el escrito de contestación de la demanda arbitral instaurada por **COMCEL**, oponiéndose a varios hechos mencionados por este último operador y asegurando, entre otras cosas, que: (i) los perjuicios alegados por **COMCEL** no existen debido a que fueron incluidos en la tarifa del servicio de TMC del segmento fijo-móvil; (ii) la adjudicación de líneas de telefonía pública básica conmutada es una obligación de carácter legal establecida en el artículo

¹¹ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Principal parte 1. Folios 169 a 173.

¹² Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Principal parte 1. Folios 309 a 314.

¹³ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Principal parte 1. Folios 345 a 360.

¹⁴ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Principal parte 1. Folios 362 a 392.

134 de la Ley 142 de 1994 y no de naturaleza contractual; (iii) **UNE** ha cumplido cabalmente con las obligaciones convenidas en el Contrato, tanto en lo relacionado con la facturación, distribución y recaudo, como la advertencia sobre el aumento de cartera morosa, la propuesta de un procedimiento de restricción de acceso a red celular a líneas telefónicas de EPM con indicios de utilización indebida ASOCEL – EPM (altos consumos o sospechosos) y entrega de la información solicitada por **COMCEL** en relación con los deudores morosos para la debida recuperación de cartera¹⁵.

En cumplimiento del fallo de la sentencia del 21 de noviembre de 2012, emitida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante auto No. 14 del 4 de abril de 2014, el nuevo Tribunal de Arbitramento otorgó plazo a las partes de la controversia para que enunciaran las circunstancias que se debían tener en cuenta para elevar la consulta prejudicial al TJCA.

En respuesta a dicha providencia, **COMCEL** allegó escrito el 15 de abril de 2014 y **UNE** el 25 de abril de 2014, a través de los cuales especificaron los fundamentos de hecho y de derecho sobre los cuales solicitaban que versara la interpretación prejudicial del TJCA.

Con base en los documentos presentados por las partes, el 6 de junio de 2014, el Tribunal de Arbitramento envió el cuestionario relacionado con la fundamentación fáctica y jurídica expuesta por las partes y adjuntó las copias de los escritos presentados, la demanda y contestación de la demanda y el Contrato de acceso, uso e interconexión que suscribieron.

El 4 de septiembre de 2014, el TJCA radicó copia certificada de su interpretación prejudicial respecto de la controversia suscitada entre los operadores de telecomunicaciones **COMCEL** y **UNE**, respecto del Contrato de acceso, uso e interconexión, identificado con el número 79-IP-2014, en el cual, entre otras cosas, determinó que:

"(...)

68. Por su parte, el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General, de igual forma le otorga competencia a la Autoridad de Telecomunicaciones del país donde se realiza la interconexión, para solucionar las controversias que se susciten por este evento. Esto significa que ninguna otra autoridad nacional tiene la facultad de dirimir este tipo de controversias; la voluntad del legislador comunitario es clara: la resolución de conflictos en materia de interconexión estará a la cabeza de la Autoridad de Telecomunicaciones competente, que en el caso colombiano es la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), hoy denominada 'Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)'.

(...)

71. 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 1, 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. Las controversias anteriores a dicha ejecución pueden solucionarse de conformidad con el mecanismo que las partes adopten.

72. Ahora bien, lo anterior significa que en el caso concreto la "CRC» (sic) tiene competencia exclusiva y excluyente para solucionar los conflictos generados en la interconexión. En conclusión, la normativa comunitaria confiere a la autoridad competente una línea coherente de regulación en el sector de las telecomunicaciones, lo que implica armonía en todos los aspectos, inclusive en la solución de conflictos.

(...)

75. El Tribunal considera importante ahondar un poco más en la siguiente cuestión: ¿cuándo tiene competencia la Autoridad de Telecomunicaciones para la solución de controversias en materia de telecomunicaciones?:

¹⁵ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Principal parte 1. Folios 434 a 493.

- 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 desprendan de él, o se presenten con ocasión de la ejecución del contrato. Esto quiere decir que la competencia de la autoridad en telecomunicaciones no se da únicamente en relación con los asuntos contenidos en los artículos 16, 17 y 19 de la Resolución 432, sino de cualquier otro tema que se desprenda del contrato al ser ejecutado, se presente o se desprenda de su propia puesta en marcha.
- Cuando las partes en conflicto no hayan podido llegar a un acuerdo directo para la solución de la controversia, Esto quiere decir que es un requisito de procedibilidad intentar el arreglo directo antes de acudir a la autoridad competente. Esto se debe intentar con cualquier medio de prueba aceptado por la normativa procesal interna.

(...)"¹⁶

El 2 de marzo de 2014, el nuevo Tribunal Arbitral profirió el laudo arbitral que pone fin a la controversia interpuesta por **COMCEL** en contra de **UNE** en los siguientes términos:

"A la luz de la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina transcrita en lo pertinente en aparte que anteceden y que in extenso obra en el expediente, la cual deviene vinculante para este Tribunal de arbitramento, como ya se ha expresado -y se expresará de nuevo-, resulta imprescindible establecer seguidamente, a manera de insoslayable débito fijado por el TJCA, el haz de obligaciones y prestaciones inmersas en la etapa o fase de ejecución del contrato celebrado entre las partes en conflicto, tal y como imperativamente lo señalan diversos apartes de la referida interpretación (...).

(...)

En consecuencia, la narración fáctica efectuada en los apartes anteriores no admite entonces hesitación o duda: la responsabilidad que la convocante ha pretendido atribuirle a EPM emana de la supuesta trasgresión de las obligaciones derivadas del contrato que inequívocamente los vinculaba. El hecho antijurídico, como expresamente lo señala el accionante en los segmentos arriba transcritos, tiene que ver con omisión negocial en que supuestamente incurrió EPM con la conducta que asumió en desarrollo del contrato que lo vinculaba con el actor, aspecto este último del que se colige, sin lugar a equívocos, que la controversia tiene que ver con la ejecución de dicho vínculo jurídico y no con un asunto concerniente a su celebración (etapa precontractual), o a su liquidación, o a otros factores de observancia ulterior (etapa poscontractual).

2. En cuanto a la naturaleza de las pretensiones: *las pretensiones de la demanda igualmente refrendan la conclusión anterior. Es así como cada uno de los pedimentos de la convocatoria revela que esta es una controversia de naturaleza típicamente contractual, a la par que referida a la etapa de la ejecución del contrato, sin que en tal virtud se cobijen otras fases (precontractual y poscontractual), conforme se pudo apreciar en el segmento anterior (...).*

(...)

Obsérvese entonces como (sic) los incumplimientos que se alegan, en armonía con lo transcrito, tienen su fuente u origen en el negocio jurídico respectivo. En tal orden de ideas, se trata de imputaciones relacionadas con las obligaciones previstas en el acuerdo negocial y, de contera, de transgresiones propias de la ejecución o espacio contractual, sin perjuicio del quebrantamiento que, a juicio del convocante, también tuvo lugar de cara a deberes especiales de conducta dimanantes de la buena fe.

(...)

En gran síntesis, queda entonces claro que la génesis de la controversia sometida a decisión de este tribunal atañe a las interconexiones que se suscitaron entre los usuarios de UNE con usuarios de la red móvil de COMCEL y la imposibilidad para este último de recaudar los cargos

¹⁶ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Principal parte 2. Folios 1098 a 1138.

de acceso a que habría tenido lugar y que fueron objeto de la demanda, hechos y peticiones que son propios de la ejecución de cualquier contrato de interconexión, como lo es el del caso sub lite.

(...)

Al fin de cuentas, según lo estableció reciente y sobrevinientemente el TJCA, "...todo (sic) lo relacionado con los conflictos que surjan en 'la ejecución' de la interconexión" escapa a la justicia arbitral y, en concreto, al conocimiento de este Tribunal, habida cuenta que el conflicto o la controversia planteada se anidó en la supraindicada (sic) ejecución, fase vedada para los árbitros. Tanto que el "...efecto (sic) de no respetar lo mencionado es la nulidad por vicio de incompetencia", conforme lo expresó con rotundidad el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

(...)¹⁷ (subrayado fuera de texto).

Como consecuencia de todo lo anterior, el nuevo Tribunal Arbitral resolvió declarar que no tenía competencia para dirimir las controversias surgidas entre **COMCEL** y **UNE**, en relación con el Contrato de acceso, uso e interconexión No. 050821405, suscrito por las partes el 30 de abril de 2005, de conformidad con lo establecido por el TJCA en la interpretación prejudicial No. 079-IP-2014.

El 5 de marzo de 2015, dentro del término procesal establecido, **COMCEL** presentó solicitud de complementación del laudo arbitral expedido el 2 de marzo de 2015, en el sentido de que se ordene remitir el expediente a la CRC para que conozca el proceso arbitral surtido¹⁸.

El 13 de marzo de 2015, mediante el auto No. 22, el Tribunal de Arbitramento resolvió precisar el numeral sexto de la parte resolutive del laudo arbitral expedido el 2 de marzo de 2015, en el entendido que, en la oportunidad legal pertinente, la secretaría del Centro de Conciliación envíe el expediente a la CRC, previa la toma de copias para almacenamiento en el mismo Centro¹⁹.

El 28 de abril de 2015, **COMCEL** presentó recurso de anulación en contra del laudo arbitral emitido el 2 de marzo de 2015, por cuanto solicitó a la secretaría del Tribunal de Arbitramento del Centro de Conciliación remitir el expediente arbitral al Consejo de Estado.

Mediante memoriales del 26, 27 y 28 de mayo de 2015, el secretario del nuevo Tribunal de Arbitramento remitió el expediente del proceso arbitral al Consejo de Estado para que conozca y resuelva el recurso presentado por **COMCEL**²⁰.

El secretario del nuevo Tribunal de Arbitramento allegó una comunicación a través de la cual dio traslado de cuatro (4) cuadernos que contenían 1.957 folios, en cumplimiento del fallo del laudo arbitral emitido el 2 de marzo de 2015.

El 10 de julio de 2015, la CRC, en respuesta a la remisión del expediente del trámite arbitral efectuado por la controversia suscitada entre **COMCEL** y **UNE**, por parte del secretario del nuevo Tribunal de Arbitramento, emitió una comunicación en la que informó que: *"(...) de conformidad con la Constitución y la Ley, la CRC carece de competencia para ejercer funciones jurisdiccionales, razón por la cual, inclusive en los términos del artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, y de la sentencia de interpretación prejudicial 79-IP-2014 proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la solución de controversias relacionadas con la ejecución de la interconexión de redes de telecomunicaciones comporta el ejercicio de una función administrativa en el marco de una actuación de igual naturaleza, iniciada en los términos de la Ley 1341 de 2009."*

¹⁷ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Actuación Tribunal. Folios 1516 a 1606.

¹⁸ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Actuación Tribunal. Folios 1607 a 1609.

¹⁹ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Actuación Tribunal. Folios 1611 a 1613.

²⁰ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Actuación Tribunal. Folios 1617 a 1627.

A través del auto del 13 de julio de 2015, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decidió rechazar por extemporáneo el recurso de anulación presentado por **COMCEL** en contra del laudo arbitral emitido el 2 de marzo de 2015²¹.

El 17 de julio de 2015, **COMCEL** presentó memorial relacionado con el recurso de anulación del laudo arbitral expedido el 2 de marzo de 2015, por medio del cual solicitó que se tuviera en cuenta la comunicación de la CRC emitida el 10 de julio de 2015, en relación con la remisión del expediente del proceso arbitral desarrollado entre **COMCEL** y **UNE**, por parte del secretario del nuevo Tribunal Arbitral²².

El 28 de julio de 2015, **COMCEL** presentó recurso de reposición en contra del auto de fecha 13 de julio de 2015, emitido por la sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, por considerar que dicho recurso de anulación presentado en contra del laudo arbitral del 2 de marzo de 2015 no fue extemporáneo²³.

El 28 de julio de 2015, **COMCEL** presentó recurso de súplica en contra del auto de fecha 13 de julio de 2015, emitido por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por considerar que dicho recurso de anulación presentado en contra del laudo arbitral del 2 de marzo de 2015 no fue extemporáneo²⁴.

A través del auto del 24 de agosto de 2015, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decidió revocar el auto proferido el 13 de julio de 2015 y avocar conocimiento del recurso de anulación interpuesto por **COMCEL** en contra del laudo arbitral expedido el 2 de marzo de 2015²⁵.

Mediante sentencia del 3 de agosto de 2016, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró infundado el recurso de anulación presentado por **COMCEL** en contra del laudo arbitral del 2 de marzo de 2015, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir la controversia que dicho operador presentó en contra de **UNE**, con ocasión al Contrato No. 050821405, en la medida en que **COMCEL** fundamenta su recurso en la apreciación subjetiva de que la interpretación prejudicial No. 079-IP-2014 es inconstitucional, sin haber sido declarada. Además, resolvió devolver el expediente del proceso arbitral al Tribunal de Arbitramento que conoció la controversia²⁶.

A través del oficio No. C-2016-0957-D del 12 de octubre de 2016, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado remitió el expediente No. 110010326000201500089 00 (54315) al Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

1.2.3. Sobre el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Tribunal de Arbitramento del Centro de Conciliación que conoció la controversia y la CRC.

Como consecuencia de lo decidido mediante laudo arbitral del 2 de marzo de 2015, complementado por el auto No. 22 del 13 de marzo de 2015, a través del cual el Tribunal de Arbitramento que conoció la controversia entre **COMCEL** y **UNE** se declaró incompetente para decidir y remitir las copias del expediente a la CRC, esta Comisión, mediante comunicación identificada con el radicado de salida No. 201553134 del 10 de julio de 2015, le informó al secretario del nuevo Tribunal de Arbitramento que carece de facultades jurisdiccionales por cuanto no puede dirimir la controversia y procedió a devolverle las copias del expediente arbitral.

²¹ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Actuación Tribunal. Folios 1630 a 1633.

²² Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Actuación Tribunal. Folio 1639.

²³ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Actuación Tribunal. Folio 1634.

²⁴ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Actuación Tribunal. Folio 1635.

²⁵ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Actuación Tribunal. Folios 1642 a 1646.

²⁶ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Actuación Tribunal. Folios 1689 a 1717.

El 4 de agosto de 2015, el secretario del Tribunal de Arbitramento envió comunicación a la CRC donde manifestó que no le era posible recibir la copia del expediente devuelto debido a que el Tribunal de Arbitramento en el que fungió como secretario cesó sus funciones con la emisión del laudo arbitral y posterior aclaración, por cuanto, jurídicamente, ya no existe; además de reiterar que se remitió el expediente a la CRC para "lo de su competencia"²⁷.

Ante la negativa del secretario del Tribunal de Arbitramento de recibir el expediente devuelto por la CRC, por medio de comunicación identificada con radicado de salida No. 201553678 del 4 de agosto de 2015, esta Comisión procedió a remitir las copias del expediente del proceso arbitral No. 2013 A 013 al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia para su respectivo archivo documental o el trámite que corresponda²⁸.

El 19 de agosto de 2015, **COMCEL** presentó solicitud ante el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia para que remita el expediente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para que dirimiera el conflicto negativo de competencias que existe entre dicho Centro de Conciliación y la CRC, como consecuencia de la controversia suscitada entre **COMCEL** y **UNE**²⁹.

Mediante comunicación del 24 de agosto de 2015, el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia envió copia del expediente arbitral convocado por **COMCEL** en contra de **UNE**, identificado con el radicado No. 2013 A 013, al Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia con el fin de que resolviera el conflicto de colisión negativo de competencias entre dicho Centro de Conciliación y la CRC. Dicha solicitud fue remitida a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura por ser de su competencia, el 27 de agosto de 2015³⁰.

El 2 de diciembre de 2015, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura profirió sentencia judicial en la que se abstiene de dirimir el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Tribunal de Arbitramento del Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia y la CRC, debido a que la primera de ellas cumple funciones jurisdiccionales administrativas y la segunda únicamente administrativas, por cuanto no se cumple la exigencia constitucional de que el conflicto se verifique entre distintas jurisdicciones o entidades que cumplan funciones jurisdiccionales por lo menos de forma transitoria, tal como lo provee el numeral 2 del artículo 112 de la Ley 270 de 1996³¹.

Como consecuencia de lo anterior, resolvió remitir el expediente a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para que, de acuerdo con sus competencias, dirima el conflicto suscitado entre las autoridades administrativas colisionadas, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

El 13 de septiembre de 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado profirió sentencia judicial a través de la cual resolvió que no existe conflicto negativo de competencias en la medida en que, tal y como lo determinó el secretario del Tribunal de Arbitramento que conoció la controversia suscitada entre **COMCEL** y **UNE**:

"Sería inconstitucional e ilegal que los árbitros que lo integraron se manifestaran sobre situaciones posteriores a la culminación de su función.

La cesación de funciones del Tribunal de Arbitramento hace jurídicamente imposible asumirlo como parte de un conflicto de competencias.

Así, en el caso concreto que analiza la sala, solo hay una autoridad, la CRC, y esta circunstancia elimina la existencia del conflicto propuesto por el Centro de Conciliación.

3.3. La función del Tribunal de Arbitramento es judicial, no administrativa.

²⁷ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno laudo arbitral y documentos después del mismo. Folio 97.

²⁸ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno laudo arbitral y documentos después del mismo. Folios 97 a 104.

²⁹ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno laudo arbitral y documentos después del mismo. Folios 107 a 111.

³⁰ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno laudo arbitral y documentos después del mismo. Folios 112 a 114.

³¹ Expediente allegado por el Consejo de Estado. Consejo Superior de la judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Radicación No. 110010102000201502663 00. Cuaderno Principal. Folios 165 a 176.

La afirmación precedente no admite discusión frente al artículo 116 de la Carta Política, transcrito atrás.

Significa entonces que si existiera, el conflicto no sería exclusivamente de naturaleza administrativa y, por consiguiente, no podría ser decidido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, pues la competencia de esta se fija y delimita en el artículo 39 del CPACA, disposición que, también sin duda alguna, se refiere al ejercicio de la función administrativa, exclusivamente³².

Por lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado concluyó que carece de competencia para decidir de fondo y se declaró inhibida para emitir pronunciamiento respecto al conflicto negativo de competencias entre el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia y la CRC. Además, remitió el expediente a la CRC "para lo de su competencia".

1.3. El trámite surtido ante la CRC

El 5 de marzo de 2018, mediante comunicación radicada bajo el número 2018300566³³, **COMCEL** solicitó a la CRC adelantar el trámite administrativo de solución de controversias entre este y **UNE**, por el presunto incumplimiento de algunas obligaciones establecidas en el Contrato, suscrito por las partes (**COMCEL** y **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**, hoy **UNE**) el 30 de abril de 2005, debido a que, en su concepto, podría estarse ante una posible conducta negligente desarrollada por **UNE** durante la ejecución del mismo.

Analizada la solicitud presentada por **COMCEL**, y verificado el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad dispuestos en los artículos 42 y 43 de la Ley 1341 de 2009, el Director Ejecutivo de la CRC dio inicio a la respectiva actuación administrativa el día 13 de marzo de 2018, para lo cual fijó en lista el traslado de la solicitud³⁴ y remitió a **UNE** copia de esta y de la documentación asociada a la misma, mediante comunicación de la misma fecha, identificada con número de radicado de salida 2018510670³⁵, para que se pronunciara sobre el particular.

El día 27 de marzo de 2018, mediante radicado de entrada No. 2018300805³⁶, la apoderada general de **UNE**, otorgó poder amplio y suficiente a los doctores **GABRIEL IBARRA PARDO**, **ANA LUCÍA PARRA VERA** y **ALEJANDRO IBARRA IBARRA**, para que represente a **UNE** dentro de la presente actuación administrativa.

Posteriormente, a través de la comunicación identificada con el radicado de entrada No. 2018300814³⁷ del 28 de marzo de 2018, **UNE** solicitó expedir copias de todo el expediente que reposa en las instalaciones de la CRC y ampliar o suspender el término para presentar observaciones, decretar pruebas y enviar la oferta final respecto de la solicitud de solución de la controversia aquí referenciada.

Dentro del término legal establecido para la solicitud de copias, la CRC emitió la comunicación con radicado de salida No. 2018512885, en respuesta de la petición mencionada, donde además se le reiteró a **UNE** que los expedientes allegados por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y del Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, que reposan en la entidad, se encuentran disponibles para ser consultados por las partes de la presente controversia desde el momento en que se dio el traslado de la petición de solución del conflicto, esto es, desde el 13 de marzo de 2018. En consecuencia, frente a la solicitud de copia integral, se le indicó cuál es el procedimiento que debe seguir para que la CRC proceda con la petición y le entregue las copias de los mencionados expedientes.

Por su parte, en relación con la petición de ampliación o suspensión del término para presentar observaciones, esta Comisión le informó a **UNE** que de conformidad con los artículos 46 de la Ley 1341 de 2009 y 40 de la Ley 1437 de 2011, tiene la oportunidad de controvertir las pruebas durante

³² Expediente allegado por el Consejo de Estado. Número de radicación interna 201633558. Oficio No. 1278.

³³ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios del 1 al 49.

³⁴ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 51.

³⁵ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 51.

³⁶ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios del 53 al 75.

³⁷ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios del 76 al 81.

toda la actuación administrativa y, en todo caso, hasta antes de que se profiera la decisión de fondo³⁸.

Seguidamente, encontrándose dentro del término, **UNE** respondió al traslado efectuado por la CRC, formuló sus observaciones, solicitó pruebas y presentó su oferta final, a través de escrito radicado bajo el número 2018300902³⁹ del 5 de abril de 2018.

Posteriormente, mediante comunicación del 12 de abril de 2018, con radicado de salida número 2018513565⁴⁰, el Director Ejecutivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 45 de la Ley 1341, procedió a citar a las empresas mencionadas para la celebración de la audiencia de mediación correspondiente al trámite en curso y fijó como fecha para la realización de dicha audiencia el día 25 de abril de 2018, la cual se llevó a cabo en la fecha y hora previstas. En la referida audiencia, las partes reiteraron sus ofertas finales sin llegar a un acuerdo directo en dicha instancia⁴¹.

El 16 de mayo de 2018, mediante comunicación identificada con el número de radicado de entrada 2018301370, **COMCEL** presentó un memorial con el fin de aclarar y precisar puntos específicos relacionados en el escrito de observaciones, solicitud de pruebas y oferta final presentado por **UNE**, identificado con el radicado de entrada No. 2018300902 de fecha 5 de abril de 2018⁴².

El 22 de junio de 2018, la CRC emitió el auto mediante el cual se decretaron las pruebas dentro de la presente actuación administrativa de solución de controversias⁴³, el cual fue notificado mediante estado fijado el 26 de junio de 2018⁴⁴.

El 27 de julio de 2018, **UNE** allegó la comunicación identificada con el número de radicado de entrada 2018302343, mediante la cual presentó comentarios respecto del memorial radicado por **COMCEL** bajo el número 2018301370 del 16 de mayo de 2018 y del auto de decreto mediante el cual se decretaron las pruebas de esta controversia⁴⁵.

El 6 de agosto de 2018, la CRC corrió traslado a **COMCEL** de la comunicación identificada con el número de radicado de entrada 2018302343 del 27 de julio de 2018, con el fin de que hiciera los pronunciamientos que considerara pertinentes⁴⁶.

El 5 de septiembre de 2018, la CRC mediante las comunicaciones con número de radicado de salida 2018529230⁴⁷ y 2018529236⁴⁸ comunicó a **COMCEL** y a **UNE** la oportunidad que tienen como partes de la controversia referida, para aportar, pedir y practicar pruebas durante la actuación administrativa hasta antes de proferir la decisión de fondo, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011.

En respuesta a dichas comunicaciones, mediante la comunicación radicada bajo el número 2018302971 del 12 de septiembre de 2018⁴⁹, **COMCEL** radicó un escrito a través del cual presentó los argumentos finales en relación con la controversia que aquí se trata; y **UNE**, a través del memorial radicado con el número 2018302972⁵⁰, del 12 de septiembre de 2018, allegó la declaración juramentada de Freddy Alberto Corrales Sánchez, con el fin de probar que para la fecha de la ocurrencia de los hechos, no existía un solución técnica que permitiera a **UNE** restringir el acceso de los usuarios a los servicios de TMC de **COMCEL**.

El 2 de octubre de 2018, mediante comunicación identificada con el número de radicación de salida 2018531524, y con el fin de garantizar el derecho de contradicción de las partes del proceso, la CRC dio traslado a **COMCEL** del memorial allegado por **UNE** el 12 de septiembre de 2018, con los respectivos anexos, para que se pronunciara dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.

³⁸ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios 83 al 84.

³⁹ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios 85 al 261.

⁴⁰ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios 263 a 267.

⁴¹ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios 267 a 279.

⁴² Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios 280 a 294.

⁴³ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios 295 a 300.

⁴⁴ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios 301 a 303.

⁴⁵ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios 304 a 319.

⁴⁶ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 320.

⁴⁷ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 321.

⁴⁸ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 322.

⁴⁹ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios 323 a 327.

⁵⁰ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios 328 a 330.

El 8 de octubre de 2018, dentro del término correspondiente, **COMCEL** allegó memorial con las consideraciones pertinentes en relación con la mencionada declaración juramentada radicada por **UNE**.

Mediante comunicación identificada con el número de radicación de ingreso 2018303610 del 14 de noviembre de 2018, **UNE** presentó comentarios respecto del memorial radicado por **COMCEL** bajo el número 2018303229, a través del cual se pronunció sobre la declaración juramentada de Freddy Alberto Corrales Sánchez allegada por **UNE** el 12 de septiembre de 2018.

Finalmente, debe advertirse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.2.30.4. del Decreto 1074 de 2015⁵¹, el presente acto administrativo no requiere ser informado a la 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 PRESENTADOS POR LAS PARTES DENTRO DE LA PRESENTE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

2.1 ARGUMENTOS EXPUESTOS POR COMCEL

De conformidad con la comunicación allegada por **COMCEL**, identificada con el radicado de entrada No. 2018300566, dicho proveedor explica que la presente controversia se origina por el aludido incumplimiento del Contrato No. 050821405 que suscribió con **UNE** el 30 de abril de 2005, debido a lo que considera una conducta negligente de dicho proveedor, en el cumplimiento de las siguientes obligaciones contractuales adquiridas a través de la suscripción del Contrato⁵²:

- I. Asumir una conducta de cuidado en su responsabilidad de adjudicación de líneas de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (en adelante, "TPBCL") y Telefonía Pública Básica Conmutada Local Extendida (en adelante, "TPBCLE"), a través de las cuales los usuarios utilizaron la red de Telefonía Móvil Celular (en adelante, "TMC") de propiedad de **COMCEL**.
- II. Realizar el recaudo de cartera de los usuarios morosos que utilicen la red TMC de **COMCEL**.
- III. Enviar la información de contacto necesario de los usuarios que se encuentren en mora.
- IV. Aplicar el procedimiento interno de **UNE** para recibir y tramitar solicitudes de telefonía básica de futuros usuarios interesados en el servicio.
- V. No actuar de buena fe en el cumplimiento del Contrato (Art. 871 C.Co.).

Como consecuencia de lo anterior, para **COMCEL**, las actuaciones desplegadas por **UNE** durante la ejecución del Contrato se enmarcan en la definición de culpa grave establecida por el artículo 63 del código civil, en la medida en que no fue diligente en el negocio ajeno que se le encomendó⁵³.

De acuerdo con lo expuesto en la solicitud presentada por **COMCEL**, éste paga a **UNE** por dos conceptos: (i) una tarifa o cargo de acceso por cada segundo de cada llamada completada entre los usuarios de las dos redes; y, (ii) una tarifa fija por concepto de la prestación de los servicios de facturación, distribución y recaudo⁵⁴.

Por otro lado, cada llamada realizada por un usuario de la red de TPBCL o TPBCLE de **UNE** a la red TMC de **COMCEL**, genera una tarifa que debe pagar el usuario, de acuerdo con la duración de esta. Dichos valores deben ser facturados y recaudados por **UNE** y luego transferirlos a **COMCEL**⁵⁵.

De esta manera, **COMCEL** asegura que los pagos que realiza a **UNE** los debe hacer independientemente de que los usuarios finales paguen el valor causado por el minuto utilizado, es decir, incurran en mora o no. Sin embargo, los valores facturados y recaudados por **UNE** no siempre son transferidos a **COMCEL**; en principio, sí transfiere el 100% de los valores facturados a los usuarios finales, hayan pagado estos o no, pero si incurrieron en mora, refactura hasta por siete veces, y si estos definitivamente no pagan, **UNE** procede a retirar estos valores no pagados de su sistema de facturación, es decir, los descuenta de la correspondiente transferencia mensual que

⁵¹ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo.

⁵² Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios del 4 al 5.

⁵³ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 5.

⁵⁴ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 9.

⁵⁵ Ibidem.

hace a **COMCEL**, generando como consecuencia que sea este último quien asume los valores de la cartera no recuperada⁵⁶.

En consecuencia, **UNE**, quien es la encargada contractualmente de seleccionar los usuarios para otorgar su línea básica, no solo obtiene lucro por la prestación de los servicios de facturación, distribución, recaudo y pago por cargo de acceso por las llamadas terminadas en su red de TPBCL o TPBCLE, sino que **COMCEL** asume el valor no pagado por los usuarios finales que inician las llamadas en la red de telefonía básica de **UNE** y utilizan la red de TMC de **COMCEL**, aunque se haya realizado o no una selección diligente de suscriptores o de gestión de recaudo de cartera o, incluso, el tráfico generado en la red sea originado por fraude o hecho ilícito en contra de **UNE**.

Por lo anterior, según **COMCEL**, **UNE** tiene la responsabilidad contractual de escoger los usuarios, hacer seguimiento a la cartera y gestionar el recaudo, como consecuencia de la contraprestación pagada por la ejecución del Contrato⁵⁷.

La negligencia de **UNE**, según **COMCEL**, lo llevó a hacer un muestreo de cien (100) usuarios en mora, encontrando una serie de irregularidades en las adjudicaciones de las líneas. Por ejemplo, se adjudicó hasta diecisiete (17) líneas a un mismo usuario, se hicieron instalaciones en direcciones inexistentes o en lotes en construcción. Se hicieron visitas domiciliarias para corroborar y se encontró que: el 86% de usuarios en mora no eran localizables, el 12% no existía la dirección y un 13% correspondían a líneas adjudicadas a terrenos baldíos⁵⁸.

En adición a lo anterior, según **COMCEL**, **UNE** no ha cumplido con la obligación de envío del "Informe de Devolución de Cartera" que contiene la información de los usuarios que incurrieron en mora en el pago de los servicios prestados, dentro de los primeros veinte (20) días de cada mes, así como tampoco ha exhibido las facturas no pagadas, ni los soportes de las instalaciones ni los estudios de los usuarios, o cualquier otro documento que evidencie una gestión diligente⁵⁹.

Asimismo, **COMCEL** aduce que, por la negligencia de **UNE**, cuentas individuales de algunos de sus usuarios finales incurrieron en mora por montos muy altos, debido a que este último operador tenía la facultad legal (Art. 141 de la Ley 142 de 1994) de suspender el servicio de telefonía básica por no pago durante tres (3) facturas continuas; sin embargo, no efectuó la debida suspensión entre mayo de 2005 y enero de 2007⁶⁰.

Finalmente, **COMCEL** asegura que esta controversia no está viciada de prescripción ni de caducidad, toda vez que se está cumpliendo la orden judicial emitida por el Consejo de Estado contenidas en las sentencias proferidas el 3 de agosto de 2016 y 13 de septiembre de 2016, así como en lo dispuesto en las comunicaciones emitidas por la **CRC** de fecha 2 de noviembre de 2016 y 3 de mayo de 2017. Además, debido a que el contrato se encuentra vigente y no ha sido liquidado⁶¹.

Por todo lo anterior, **COMCEL** le solicitó a la CRC que⁶²:

- I. Se declare que **UNE** ha sido negligente en el cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas con la celebración del Contrato No. 050821405, al no asumir una conducta adecuada a su responsabilidad en la adjudicación de líneas de TPBCL y TPBCLE, a través de las cuales los usuarios utilizaron la red de TMC de **COMCEL** en el recaudo de cartera, en el envío de información de usuarios morosos, y en general, por no actuar de buena fe, de acuerdo con los artículos 63 del C.C. y 871 del C.Co.
- II. Se declare que la conducta negligente ocasionó el cumplimiento imperfecto de las obligaciones establecidas en el Contrato No. 050821405.
- III. Se ordene a **UNE** la indemnización de perjuicios ocasionados a **COMCEL** los cuales ascienden a un monto de \$22.700.000.000.00 o el valor superior que se demuestre en el proceso, materializados en las sumas dejadas de pagar por utilización de las redes en generación de llamadas fijo a móvil. Estas sumas serán indexadas.
- IV. Se condene en costas.

⁵⁶ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios del 9 al 12.

⁵⁷ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios del 12 al 13.

⁵⁸ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 13.

⁵⁹ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios del 14 al 15.

⁶⁰ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 16.

⁶¹ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios del 34 al 35.

⁶² Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios del 29 al 30.

2.2 ARGUMENTOS PRESENTADOS POR UNE

UNE en el documento de respuesta a la solicitud de solución de controversia presentado por **COMCEL**, señaló que, si bien la controversia de la referencia se originó porque **COMCEL** considera que **UNE** incumplió las obligaciones contractuales establecidas mediante el Contrato suscrito entre dichos operadores, como consecuencia de su actuar negligente y sin observancia del principio de buena fe, entre mayo de 2005 y enero de 2007, **UNE** estima que no se configuró tal incumplimiento contractual sino que, por el contrario, fue **COMCEL** quien actuó de manera negligente en su propio perjuicio pero, como bien es sabido, nadie puede alegar en su favor su propia culpa⁶³.

En desarrollo de lo anterior, **UNE** arguye que el servicio de interconexión que presta a **COMCEL** permite la interoperabilidad de las redes y el interfuncionamiento de los servicios, es decir, que este último operador preste el servicio de TMC a los usuarios de TPBCL y TPBCLE de **UNE**, lo que significa que es **COMCEL** quien debe responder por el tráfico que se cursa a través de esa interconexión, así como es quien determina las tarifas, modalidades de cobro y promociones, etc. Esto, de conformidad con lo establecido en los artículos 1 de la ley 37 de 1993 y 3 del decreto 990 de 1998, los cuales disponen que el servicio de TMC *"proporciona en sí (sic) mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos y usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal"*.

En consecuencia, el tráfico originado en un teléfono fijo con destino a un móvil o viceversa, es tráfico móvil y, en esa medida, quien hace uso de ese servicio es entonces **usuario del servicio TMC** o, para el caso que nos ocupa, usuario de **COMCEL**⁶⁴.

En esta medida, de acuerdo con el artículo 3 de la ley 422 de 1998 (que modificó la ley 37 de 1993), que impone la obligación de que los operadores se interconecten con el fin de permitir el intercambio de telecomunicaciones entre ellos, y lo acordado en el Contrato, las llamadas que realice un usuario de la red de telefonía fija de **UNE** con destino a un usuario de la red TMC de **COMCEL**, se consideran llamadas móviles, el primero "pasa a ser" un usuario de TMC que, por lo tanto, debe pagar la tarifa que previamente ha fijado ese operador de TMC, es decir **COMCEL**. Precisamente por ello, la ley dispone que las sumas que factura y recauda **UNE** por ese concepto (llamada de fijo a móvil), deben ser transferidas a **COMCEL** por ser la empresa que presta el servicio de TMC y, como es lógico, asume tanto los beneficios como los perjuicios asociados al pago o impago de esas tarifas por parte de los usuarios de su servicio⁶⁵.

Como consecuencia de lo anterior, para **UNE** las siguientes características de la relación contractual con **COMCEL** tienen un origen legal y reglamentario claro y delimitado⁶⁶:

- I. Que **UNE** preste el servicio de interconexión a **COMCEL**.
- II. Que **COMCEL** pague por el servicio de interconexión un cargo a favor de **UNE**.
- III. Que **UNE** preste los servicios de facturación, distribución y recaudo a **COMCEL**.
- IV. Que **COMCEL** remunere a **UNE** por los servicios de facturación, distribución y recaudo.
- V. Que **UNE** transfiera a **COMCEL** los valores facturados y recaudados a los usuarios de TMC, es decir, a los abonados de las redes TPBCL y TPBCLE de **UNE** que hacen llamadas a móviles **COMCEL**.

Por consiguiente, es extraño para **UNE** que habiendo sido pactadas cada una de estas condiciones en el Contrato con **COMCEL**, acordes, además, con el marco regulatorio vigente para el momento de la suscripción del Acuerdo, este operador considere que dichas condiciones lo afectan negativamente. Y es que resulta inadmisibles para **UNE** que dentro del presente trámite **COMCEL** resalte de múltiples maneras que es él el que asume el valor de la cartera no recuperada, puesto que, de hecho, no podría ser de manera diferente, porque las obligaciones impagas por parte de los usuarios finales se originan en la prestación de sus servicios de TMC.

⁶³ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 90.

⁶⁴ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 91.

⁶⁵ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios 92 al 93.

⁶⁶ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 93.

En otras palabras, si **COMCEL** no recibe por parte del usuario del servicio de TMC el pago de las tarifas respectivas, es ella quien debe asumir esa pérdida como un riesgo asociado a su negocio y al desarrollo de su actividad comercial, del mismo modo que si **UNE** presta a **COMCEL** los servicios de interconexión, facturación, distribución y recaudo en los términos acordados, es natural que se le reconozca (como en efecto lo hizo la hoy solicitante) la remuneración pactada en el contrato, la cual dicho sea de paso, no está condicionada al monto de la facturación que logre recaudar **UNE** ni a que garantice al operador de TMC el recaudo total de la cartera.

En consecuencia, **COMCEL** tiene pleno conocimiento de que la prestación de los servicios de TMC se hace bajo su cuenta y riesgo, lo que incluye el desarrollo de actuaciones de debida diligencia con el fin de que se evite la generación de obligaciones en mora y aumenten sus ingresos⁶⁷.

Por otra parte, **UNE** asegura que su posición contractual no es más ni menos beneficiosa que la de **COMCEL**, debido a que las obligaciones adquiridas por las partes en el Contrato son producto del acuerdo libre y autónomo de su voluntad, y del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a los contratos de interconexión⁶⁸.

Adicionalmente, respecto a las obligaciones contractuales que, según **COMCEL**, **UNE** incumplió como consecuencia de su negligencia, este último arguye que dentro del Acuerdo no se encuentran establecidas como obligaciones en sí mismas. Al respecto, insiste en que⁶⁹:

- I. La asignación de líneas por parte de **UNE** se hace en desarrollo de su objeto social y de su actividad comercial, no es una de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula novena del Contrato⁷⁰. De esta manera, de acuerdo con el artículo 134 de la Ley 142 de 1994, por tratarse de servicios públicos, cualquier persona capaz de contratar y que habilitara o utilizara un inmueble a cualquier título tenía derecho a recibir el servicio y a hacerse parte en un contrato para su prestación⁷¹.
- II. Dentro de las obligaciones adquiridas por **UNE** en el Contrato y los servicios que le presta a **COMCEL**, no se encuentra el de "escogencia de usuarios".
- III. Para la fecha en la que se firmó el Contrato, **UNE** ofrecía en el mercado el servicio de TPBCL y TPBCLE, es decir, un servicio público domiciliario básico y de carácter esencial como lo disponen los artículos 1 y 4 de la Ley 142 de 1994. En consecuencia, la vinculación y relación contractual con los usuarios de ese servicio se regía (y se rige) por el "Contrato de Telefonía Fija Pública Básica Conmutada" que suscribe con éstos (sic), al que son por completo ajenos los servicios de TMC ofrecidos y prestados por **COMCEL**.
- IV. En consecuencia, **UNE** no "escoge a los usuarios" que hacen uso del servicio de TMC de **COMCEL**, sino que asigna líneas para la prestación de su servicio de TPBCL y TPBCLE. Si esos usuarios deciden o no hacer uso de sus líneas fijas para realizar llamadas a móviles de **COMCEL** o de cualquier otro operador de TMC, es un asunto que escapa al control o "escogencia" de **UNE**.

Aunado a lo anterior, **UNE** asegura que, en virtud del Contrato, no se garantiza a **COMCEL**, ni puede garantizarle, un porcentaje determinado de recaudo exitoso de la cartera que se encuentra en mora, ni existe ninguna estipulación que establezca que **UNE** deba asumir directamente el valor de la misma, ya que ello comportaría mutar una obligación que fue pactada como "de medio" (el recaudo) en una obligación "de resultado" (el recaudo exitoso), lo cual desborda el objeto contractual y el marco regulatorio vigente al momento de su suscripción.

En relación con el supuesto incumplimiento de la obligación de envío del "informe de Devolución de Cartera" por parte de **UNE**, este operador asegura que este informe efectivamente se enviaba de manera mensual, incluyendo la información necesaria para identificar el usuario final que incurrió en mora y la cuantía de la misma. Ahora bien, en palabras de **UNE** "Cuestión diferente es que **COMCEL** considere, sin ningún tipo de fundamento o sustento, que la cláusula 7º del Anexo 2 del Contrato le permite solicitar a **UNE** cualquier tipo de información y que, en virtud de ese entendimiento errado de la cláusula, exija la entrega de documentos tales como (...) las facturas no pagadas, los estudios que soporten las instalaciones (...) "⁷².

⁶⁷ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios 94 al 95.

⁶⁸ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 96.

⁶⁹ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 97.

⁷⁰ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 108.

⁷¹ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 112.

⁷² Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 100.

De hecho, con el fin de coadyuvar con el acceso a la información que requería **COMCEL**, **UNE**, mediante comunicación del 14 de abril de 2017, propuso una mesa de trabajo para entregar la información que fuera pertinente y necesaria para poder recuperar la cartera en mora, sin embargo, **COMCEL** dio respuesta a este oficio ratificando su solicitud, pero sin hacer mención de la propuesta de la mesa de trabajo⁷³.

Ahora bien, en lo relacionado con el argumento de **COMCEL** sobre la facultad que ostenta **UNE** para suspender la prestación de los servicios de TPBCL y TPBCLE, este último arguye que dentro de la relación contractual aquí discutida, no es el único operador que la tiene, toda vez que, de conformidad con el artículo 11 del decreto 990 de 1998, **COMCEL** también puede suspender el servicio a los usuarios de su red de TMC que incurran en causales como la *"falta de pago del servicio, salvo las sumas en relación con las cuales exista reclamación no resulta, las cuales deberán ser canceladas en caso de no prosperar la reclamación"*; esto, sumado al hecho de que **COMCEL** tenía el registro detallado de llamadas, así como los datos de tasación y tarificación de las mismas para indicarle a **UNE** cuánto debía facturar, no es claro por qué cuando advirtió obligaciones en mora por montos tan altos, no procedió a su suspensión. Caso contrario sucede con la facultad de suspensión que supuestamente ostenta **UNE**, toda vez que para que este último pueda materializarla debe solicitar autorización de restricción de acceso a la red TMC por parte de los demás operadores de esa red en Colombia⁷⁴.

Por su parte, respecto a la etapa de arreglo directo a la que se refiere el artículo 42 de la Ley 1341 de 2009, **UNE** considera que las actuaciones surtidas ante los Tribunales de Arbitramento, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, no pueden entenderse como parte integrante de la etapa de arreglo directo, toda vez que estas tuvieron lugar con ocasión a una demanda civil, en aplicación de la cláusula compromisoria estipulada en el Contrato, por consiguiente, no pueden entenderse como intentos de negociación directa entre **COMCEL** y **UNE**. Así como tampoco el Comité Mixto de Interconexión (en adelante, el "CMI") que se llevó a cabo el 26 de abril de 2006, debido a que, de acuerdo con el acta suscrita ese día, no se convocó con el objetivo de dirimir la controversia de la referencia⁷⁵.

Tampoco es posible acusar a **UNE** por haber incurrido en negligencia equiparable a la culpa grave conforme al artículo 63 C.C. ya que hace referencia a no manejar los negocios ajenos con el mismo cuidado que aún las personas negligentes emplean en sus propios negocios, y en este caso, sucede que: (i) la asignación de líneas de TPBCL y TPBCLE no es un negocio de **COMCEL** sino de **UNE**, y por tanto, (ii) no puede decirse que **UNE** dio un tratamiento negligente grave "al negocio de **COMCEL**", debido a que la etapa de venta y asignación de líneas hace parte del negocio del primero, como consecuencia de la realización del procedimiento interno diseñado por control interno, el cual, de hecho, fue el que permitió que este operador informara a **COMCEL** sobre las anomalías que se estaban presentando con algunos usuarios de servicios de TMC con obligaciones en mora por altos montos⁷⁶.

En adición a lo anterior, **UNE** aduce que la **CRC** no posee competencia para conocer la controversia presentada por **COMCEL**, toda vez que lo que se busca con la misma es la indemnización de los perjuicios supuestamente ocasionados por el primero. Al respecto, considera importante enunciar que, a la hora de resolver un conflicto, la **CRC** debe propender por el funcionamiento del mercado, así como por el interés general dentro del mismo, y no es su función administrar justicia entre los particulares. De esta manera, la **CRC** no está facultada para determinar la responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual, que emane del resultado de la controversia.

De esta manera, la **CRC** es la competente para determinar, de acuerdo con la regulación, cómo deben cumplirse las obligaciones de ciertos contratos de los proveedores, para efectos de garantizar el correcto funcionamiento del mercado y la calidad del servicio, mas no para ordenar la indemnización de perjuicios y, mucho menos, para tasar o determinar el monto de los mismos, toda vez que esto es ajeno a la función administrativa, a los fines de la intervención del Estado en la economía y es una actividad propia de la función jurisdiccional⁷⁷.

⁷³ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 124.

⁷⁴ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 101.

⁷⁵ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 105.

⁷⁶ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 115.

⁷⁷ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 139.

d/

Finalmente, en lo relacionado con la prescripción, no obstante **COMCEL** arguye que la radicación de la solicitud de la solución de la controversia es consecuencia de la orden judicial emitida por el Consejo de Estado el 13 de septiembre de 2016 y las comunicaciones emitidas por la **CRC**, de fecha 2 de noviembre de 2016 y 3 de mayo de 2017, a través de las cuales informaba que se recibieron los expedientes remitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y la Cámara de Comercio de Medellín, respectivamente, **COMCEL** presentó la comunicación pidiendo la solución del presente conflicto el 5 de marzo de 2018, esto es, un (1) año y cinco (5) meses después de la emisión de la primera comunicación emitida por la **CRC**. De esta manera, de conformidad con el artículo 17 de la ley 1755 de 2015, puede entenderse que el transcurso de este tiempo produjo el desistimiento de la solicitud⁷⁸.

Por todo lo anterior, y de acuerdo con el escrito allegado por **UNE**, la **CRC** entiende que la petición de este operador es que se declare el cabal cumplimiento de sus obligaciones contractuales, que se determine que ha honrado los principios de buena fe y diligencia, y que no procede condena en costas.

3. CONSIDERACIONES DE LA CRC

3.1. Verificación de requisitos de forma y procedibilidad

En primer lugar, resulta necesario constatar si la solicitud presentada por **COMCEL** cumple o no con los requisitos de forma y procedibilidad para el trámite contemplado en los artículos 42 y 43 de la Ley 1341 de 2009, esto es: **i)** solicitud escrita; **ii)** manifestación de la imposibilidad de llegar a un acuerdo; **iii)** indicación expresa de los puntos de divergencia, así como los puntos 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 establecidos en la regulación que sobre el particular expida la CRC.

Revisado el escrito de solicitud inicial allegado por **COMCEL**, se evidenció que la presentó de forma escrita el 5 de marzo de 2018, en la cual manifestó que no ha sido posible llegar a un acuerdo, especificó cuáles son los puntos de divergencia que tiene con **UNE**, presentó su oferta final y aseguró que el requisito de procedibilidad del término de treinta (30) días calendario se surtió, primero, por medio del CMI llevado a cabo el 26 de abril de 2006, en el cual surgieron inquietudes sobre los temas de la controversia como lo determina el acta; segundo, a través de las comunicaciones enviadas el 20 de junio de 2006⁷⁹ y 18 de julio de 2006⁸⁰, entre los representantes legales de las partes mencionadas, en donde pone de presente el conflicto de interconexión por presunto fraude y reventa de minutos en las líneas de usuarios de **UNE**, que afectan los niveles de recaudo de **COMCEL**, como consecuencia de la relación de interconexión que existe entre estos; tercero, que debido a que no se llegó a ningún acuerdo, **COMCEL** sometió la controversia a decisión de un tribunal de arbitramento, los cuales culminaron con la expedición de los laudos arbitrales del 10 de mayo de 2010, suspendido mediante auto del 5 de noviembre de 2010 y anulado mediante sentencia judicial emitida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida el 21 de noviembre de 2012, y el laudo arbitral de fecha 2 de marzo de 2015, a través del cual, el nuevo tribunal de arbitramento, concluyó que no tiene competencia para dirimir la controversia⁸¹.

No obstante lo anterior, **UNE**, mediante su escrito de observaciones, aseguró que en la controversia de la referencia no se cumplió el requisito de procedibilidad debido a que, primero, las actuaciones surtidas ante los Tribunales de Arbitramento, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, no pueden entenderse como parte integrante de la fase de arreglo directo mencionada en el artículo 42 de la Ley 1341 de 2009, debido a que se efectuaron con ocasión a la demanda civil presentada ante Tribunales de Arbitramento, investidos de funciones jurisdiccionales; segundo, el CMI efectuado el 26 de abril de 2006 no convocó el objeto de dirimir el conflicto solicitado por **COMCEL**; y tercero, respecto a la comunicación enviada por **COMCEL** a **UNE**, no se puede tomar como un acercamiento al arreglo directo entre las partes, porque, aunque se ponen de presente las bases de la presente controversia, se menciona que es consecuencia de "*de un creciente fenómeno de presunto fraude y de reventa de minutos*" y, de acuerdo con el numeral 6 de la cláusula sexta del

⁷⁸ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios 147 al 155.

⁷⁹ Expediente 11001030600020160004600, remitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Radicado 2013 A 013, respuesta a oficio No. 4, parte 4, folios 357 a 360.

⁸⁰ Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Principal parte 1 folio 496.

⁸¹ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios 16 al 28.

anexo 2 del Contrato "cuando no sea posible establecer la responsabilidad de alguna de las partes o los registros sean originados por la utilización fraudulenta de la línea, el CMI establecerá la responsabilidad de los costos de estas inconsistencias"⁸², por cuanto considera que como no se siguieron los términos acordados, no se entiende agotada la etapa de arreglo directo⁸³.

Como consecuencia de lo anterior, esta Comisión realizó un estudio minucioso de los documentos allegados por **COMCEL** y que conforman la solicitud de solución de controversias presentada, determinando que, en primer lugar, los temas discutidos en el CMI celebrado el 26 de abril de 2006 sí tienen relación con la controversia que aquí nos convoca, en la medida en que se habló del aumento en la devolución de cartera que se le estaba presentando a **COMCEL** en ese momento, que podría calificarse como fraude por suscripción y frente a lo que el mismo operador puso de presente una encuesta realizada a cien (100) suscriptores que presentaban el mayor valor del total de la cartera; se discutió el tema de responsabilidad de **UNE** en este aumento de la devolución de cartera y se determinó que si se encuentra que hubo responsabilidad de este último, asumirá las consecuencias económicas bajo ciertas condiciones. Adicionalmente, se discutió el tema del procedimiento de venta e instalación utilizado por **UNE**, en donde se explicaron los pasos que se siguen para desarrollarlo; y finalmente, **COMCEL** presentó la propuesta relacionada con la aplicación de dicho procedimiento en los casos en los que nuevos clientes deseen acceder al servicio móvil, comprometiéndose **UNE** a verificar el tema y enunciando que esto sería aplicable si todos los operadores móviles se ponen de acuerdo con el procedimiento.

De esta manera, reiterando que el asunto en controversia versa sobre el recaudo de cartera de los usuarios morosos que utilicen la red TMC de **COMCEL**, el envío de la información de contacto de los usuarios morosos, la aludida inaplicación del procedimiento interno de **UNE** para recibir y tramitar solicitudes de telefonía local y local extendida de futuros usuarios y la alegada mala fe, que deviene en el alegado incumplimiento del Contrato por negligencia de **UNE** al adjudicar líneas de TPBCL y TPBCLE, a través de las cuales los usuarios utilizaron la red de TMC de **COMCEL**, entre mayo de 2005 y enero de 2007, se concluye que las partes del presente trámite administrativo sí han tenido la oportunidad de discutir, debatir y negociar sobre esta materia por más de treinta (30) días calendario, plazo dispuesto por la ley 1341 de 2009 como requisito de procedibilidad.

Por todo lo anterior, esta Comisión determina que los requisitos de forma y procedibilidad, necesarios para iniciar el trámite administrativo de solución de controversias, fueron cumplidos a cabalidad.

3.2. En relación con la prescripción alegada por UNE

De conformidad con el escrito de observaciones radicado por **UNE** el 5 de abril de 2018, dicho proveedor considera que en el presente conflicto operó la figura de la prescripción, principalmente, debido a que, pasó un (1) año y cinco (5) meses desde el momento en que esta Comisión emitió las comunicaciones identificadas con los radicados de salida No. 2016506853 del 2 de noviembre de 2016 y 2017569181 del 3 de mayo de 2017, a través de las cuales acusó recibo a **COMCEL** de la remisión de los expedientes del trámite arbitral por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, respectivamente, advirtiéndole que, si así lo decide, podía presentar la solicitud de solución de conflicto; y el día en que efectivamente **COMCEL** radicó la solicitud ante esta Comisión (5 de marzo de 2018). Así, según **UNE**, el transcurso de este largo tiempo está sancionado por el artículo 17 de la Ley 1755 de 2015, es decir, se entiende que se materializó el desistimiento tácito, contándose desde la fecha de expedición de cualquiera de las dos comunicaciones enviadas por la **CRC**⁸⁴.

Al respecto, esta Comisión considera menester recordar que a través de las mencionadas comunicaciones la CRC únicamente informó a **COMCEL** sobre el recibo de los expedientes 11001030600020160004600 y 2013 A 013, para que, si consideraba pertinente que esta Comisión conociera la controversia en el marco de las facultades administrativas otorgadas por la ley, presentara la respectiva solicitud de solución de controversias. Textualmente se indicó:

"A esos efectos, y en la medida en que entre las competencias de la CRC no figura el ejercicio de funciones jurisdiccionales sino la solución de controversias entre proveedores de redes y

⁸² Expediente allegado por el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Cuaderno Principal parte 1 folio 496.

⁸³ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios 105 al 107.

⁸⁴ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folios 63 al 73.

*servicios de telecomunicaciones en el marco de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, previo desarrollo de la actuación administrativa correspondiente, esta entidad queda a la espera de que **COMCEL** 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 caso⁸⁵.*

Así, es claro que la comunicación en cita no tuvo como objeto ni mucho menos como efecto, dar inicio a una actuación administrativa, ni tampoco requirió la complementación de una solicitud incompleta, supuesto del artículo 17 del CPACA citado por **UNE**. De esta forma, dado que durante el tiempo que transcurrió entre los oficios remitidos por la CRC y la solicitud de solución de controversia de **COMCEL** no existía una petición en curso, no es posible afirmar que se generó el desistimiento de una solicitud que siquiera se ha presentado; ello, máxime, si se tiene en cuenta que el trámite administrativo de solución de controversias es rogado⁸⁶ y que **COMCEL** no tenía la carga de complementar una petición ya radicada, sino que estaba en el derecho de decidir si acudía o no la CRC en instancia de solución de controversias.

Por otro lado, respecto al argumento esgrimido por **UNE** en donde asegura que **COMCEL**, en atención a las mencionadas comunicaciones enviadas por la **CRC**, debió radicar la solicitud de solución de controversia dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a las comunicaciones remitidas por la CRC, de acuerdo con lo establecido en los artículos 42 y 43 de la Ley 1341 de 2009, esta Comisión debe poner de presente que el plazo de negociación directa y la oportunidad para presentar solicitudes de solución de controversias se refiere a asuntos diferentes que generan efectos jurídicos distintos. Como ya se explicó, el término de treinta (30) días hábiles establecido en el artículo 42 de la mencionada ley, hace referencia al término que tienen las partes en conflicto para que traten de dirimir sus diferencias de manera directa, sin que medie un tercero, requisito de procedibilidad que la CRC debe validar que se materializó para recibir la solicitud de controversia a petición de parte, como lo establece el artículo 43 del mismo compendio normativo.

Ahora bien, dicho término no exige que la solicitud de controversia sea presentada dentro del mismo. Hacer una interpretación de este tipo desconocería las reglas del derecho constitucional de petición e implicaría imponer requisitos y condiciones que no están incluidos en la ley, lo cual va en detrimento de lo establecido en el artículo 84 de la misma Carta Política, donde se prohíbe a las entidades públicas establecer permisos, licencias o requisitos adicionales para el ejercicio de un derecho reglamentado. En consecuencia, bajo ninguna situación se puede considerar que el término de treinta (30) días es el plazo para presentar la solicitud de solución de controversias, en la medida en que la ley no lo establece así y, por tratarse de un tipo de derecho petición especial y reglado, sus reglas deben interpretarse de manera restrictiva.

En este contexto, esta Comisión considera menester aclarar la figura jurídica de la prescripción dadas las confusiones que se evidenciaron en el escrito de observaciones presentado por **UNE**. Para esto, se trae a colación la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la que se recuerdan las diferencias existentes entre las figuras de caducidad y prescripción. Al respecto advirtió que:

"La caducidad es el fenómeno jurídico procesal a través del cual se limita en el tiempo, por mandato normativo, el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de hacer efectivo su derecho. Ello implica de antemano la obligación para quien pretenda demandar de hacerlo dentro del plazo fijado por la ley. No actuar de esta manera, le acarrea la pérdida de la posibilidad de accionar ante la jurisdicción. En síntesis, la caducidad ocurre por la inactividad de quien tiene el deber de demandar dentro del término legal señalado para hacerlo.

(...)

⁸⁵ Comisión de Regulación de Comunicaciones, comunicación con radicado interno de salida No. 2016506853 del 2 de noviembre de 2016.

⁸⁶ Ley 1341 de 2009. "ARTÍCULO 43. SOLICITUD DE INICIACIÓN DE TRÁMITE ADMINISTRATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, DE IMPOSICIÓN DE SERVIDUMBRE DE ACCESO, USO E INTERCONEXIÓN, Y DE FIJACIÓN DE CONDICIONES DE ACCESO, USO E INTERCONEXIÓN. Vencido el plazo de la negociación directa al que hace referencia el artículo 42 de la presente ley, si no se ha logrado un acuerdo, el Director Ejecutivo de la CRC, previa solicitud de parte, iniciará el trámite administrativo para dirimir en la vía administrativa la controversia surgida."

Por su parte, la prescripción hace alusión directa a la pretensión, esto es, al derecho, y constituye el término particular para adquirirlo o extinguirlo⁸⁷. Es decir, es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo, de acuerdo con las condiciones descritas en las disposiciones que para cada situación se dicten, bien sea en materia adquisitiva o extintiva^{88, 89} (subrayado fuera de texto).

Así, y según lo antes expuesto, el hecho de que **COMCEL** presentara la solicitud de solución de controversias, en palabras de **UNE**, un (1) año y cinco (5) meses después del envío de las comunicaciones por medio de las cuales la CRC le informó la remisión de los expedientes No. 11001030600020160004600 y 2013 A 013, del Consejo de Estado y Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, respectivamente, no implica que el término para adquirir o extinguir un derecho haya prescrito.

En efecto, como ya se anotó la petición de solución de controversias, está reglado de conformidad con las condiciones establecidas en el título V de la Ley 1341 de 2009, lo que implica que las reglas para su presentación y trámite se rigen por las condiciones especiales contenidas en la mencionada ley y, en lo no previsto por dicha norma en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, disposiciones que no contemplan condicionamientos como los que advierte **UNE**. De esta forma, la inexistencia de una regla que limite en el tiempo la posibilidad de presentar solicitudes de solución de controversias implica que el mero paso del tiempo no extingue el derecho de **COMCEL** de presentar una solicitud de controversias, todo lo contrario, las entidades de naturaleza pública tienen el deber constitucional de recibir y responder de fondo todas las peticiones que presenten las personas, de manera respetuosa, por motivos de interés general o particular⁹⁰.

Por consiguiente, en el caso en concreto, en la medida en que no existe un término legal ni constitucional que extinga el derecho de petición especial de solución de controversias, no es posible asegurar que la figura de prescripción se materialice en este tipo de procesos administrativos con el paso del tiempo. En consecuencia, no se materializó la figura de la prescripción en la actuación administrativa de solución de controversias que nos convoca.

3.3. Asunto en controversia

Teniendo en consideración los argumentos presentados por las partes, las pruebas decretadas y los expedientes allegados por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, se evidencia que el asunto en controversia versa sobre las complicaciones presentadas en el recaudo de cartera de los usuarios morosos que utilizaron la red TMC de **COMCEL**, en el envío de la información de contacto de los usuarios morosos, en la aludida inaplicación del procedimiento interno de **UNE** para recibir y tramitar solicitudes de telefonía básica de futuros usuarios y en la alegada mala fe, todo lo cual deviene en el aludido incumplimiento del Contrato por la aludida negligencia de **UNE** al adjudicar líneas de TPBCL y TPBCLE, a través de las cuales los usuarios utilizaron la red de TMC de **COMCEL**, entre mayo de 2005 y enero de 2007.

Así las cosas, corresponde a esta Comisión analizar la competencia que ostenta para resolver el asunto en controversia antes anunciado, a lo cual se hará referencia en el siguiente acápite:

⁸⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Consuelo Sarrio Olcos. Bogotá D.C., diez y ocho (18) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996). Radicación: 7934.

⁸⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez (E). Bogotá D.C., 4 de julio de 2013. Radicación: 11001-03-25-000-2012-00301-00(1131-12). Actor: Luz Stella Trujillo Cortés. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

⁸⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., 13 de octubre de 2016. Radicado: 080012331000201000340 01 (1175-2012). Actor: Janeth Esther Alf Ibáñez. Demandado: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, Contraloría Distrital de Barranquilla.

⁹⁰ Constitución Política de Colombia. "ARTICULO 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales."

3.4. Competencia de la CRC para analizar el asunto en controversia

Para efectos del presente análisis, debe partirse de identificar que la facultad de solución de controversias que posee esta Comisión se encuentra prevista en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, según el cual:

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

(...)

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

(...)"

Dicha facultad no puede interpretarse de manera aislada, por el contrario, en sus lecturas debe tenerse en consideración lo establecido por la Corte Constitucional, la cual limitó el ejercicio de dicha facultad de la CRC "en el marco de sus competencias", esto es, 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 la sentencia C-186 de 2011, donde se 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", de la Ley 1341 de 2009, se reiteró la posición antes esgrimida por la Corte Constitucional en sentencia de C-150 de 2003, 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. En su tenor literal expresó:

*"De la extensa cita trascrita 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.

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.”⁹¹ (Negrilla fuera de texto).

Como se observa, la naturaleza y el alcance de la función de solución de controversias de esta Comisión, como una manifestación de la intervención en el sector de las TIC, son temas ampliamente tratados por la Corte Constitucional en las sentencias C-1120 de 2005 y C-186 de 2011; sobre todo en esta última, donde el Alto Tribunal no solo recordó el alcance de los pronunciamientos previos de dicha Corporación al respecto, sino que, además, puntualmente señaló que dicha competencia es de naturaleza administrativa y no jurisdiccional. En efecto, esta alta Corte indicó:

*“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”⁹². (Negrilla fuera de texto).*

Así las cosas, y bajo el referido marco constitucional, es factible concluir que la función de solución de controversias de esta Comisión, de conformidad con el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009: (i) es una función administrativa de regulación y de intervención en la economía; y (ii) se desarrolla en el marco de las competencias legales de esta autoridad en el sector TIC. Por lo anterior, 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.

Por su parte, la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, 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 SGCAN 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 acuerdo, 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.

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-186 de 2011, exp.: D-4194

⁹² Corte Constitucional, sentencia C-186 del 16 de marzo de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

d/

Al respecto, el mismo TJCA, mediante la interpretación prejudicial No. 293-IP-2016, aseguró que:

"1.7 El principio de complemento indispensable de la normativa comunitaria consagra lo que algunos tratadistas denominan 'norma de clausura', según la cual se deja a la legislación de los Países Miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los cargos susceptibles de regulación jurídica.

(...)

1.11 Es decir, los Países Miembros no pueden expedir normas sobre asuntos regulados por las normas comunitarias, salvo que sean necesarias para su correcta ejecución y, en consecuencia, no pueden, so pretexto de reglamentar normas comunitarias, establecer nuevos derechos u obligaciones o modificar los ya existentes y previstos en la norma comunitarias (sic).

1.12 No obstante lo anterior, cuando la norma comunitaria deja a la responsabilidad de los Países Miembros la implementación o desarrollo de aspectos no regulados por aquella, en aplicación del principio de complemento indispensable, les corresponde a esos países llevar a cabo tales implementaciones, sin que estas puedan establecer, desde luego, exigencias, requisitos adicionales o constituir reglamentaciones que de una u otra manera afecten el derecho comunitario o, restrinjan aspectos esenciales por él regulados de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria.

(...)

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 ante las Autoridades Nacionales respectivas de la materia que se trate, las cuales resolverán de acuerdo con su normativa nacional.

2.3 Queda claro, a partir de dicho artículo, que las actuaciones que impliquen violaciones de 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 principios de orden público y la protección de los intereses generales.

(...)

2.5 De esta manera, el Tribunal modula la jurisprudencia anterior manifestación 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 la voluntad de las partes podrán resolverlas mediante los mecanismos de solución de controversias previstos en el contrato y aprobados por la autoridad competente, de conformidad con literal (sic) f) del Artículo 17 de la Resolución 432, entre ellos el arbitraje.

2.6 En cambio, 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.

(...)"(Subrayado fuera de texto)⁹³.

⁹³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial No. 293-IP-2016, oficio No. 872-S-TJCA-2017 dentro del proceso de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Radicado No. 25000232400020040068401.

Así las cosas, de acuerdo con el contenido de la Resolución SGCAN 1922 y lo establecido por la interpretación prejudicial No. 293-IP-2016 del TJCA, las normas andinas no determinan la naturaleza de la función de solución de controversias atribuida a la autoridad competente de cada país miembro, sino que ello, en aplicación del principio de complemento indispensable, debe hacerlo cada país. Para el caso de Colombia, será el legislador quien determine el alcance de las competencias del regulador al dirimir controversias.

De esta manera, procede la CRC a analizar si, dentro de las facultades administrativas claramente determinadas por el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, le es posible dirimir el asunto en controversia definido en el acápite 2.3. del presente escrito, para lo cual es necesario traer a colación las pretensiones que **COMCEL** puso de presente en su escrito de solicitud de solución de controversia, así:

"(...)

Que se declare que la Sociedad UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. ha sido negligente en el cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas con la celebración del contrato No. 050821405 suscrito con la Sociedad COMCEL S.A. en el mes de Abril (sic) de 2005, al no asumir una conducta adecuada a su responsabilidad en la adjudicación de líneas de telefonía pública básica conmutada local y local extendida, a través de las cuales los usuarios utilizaron la red de telefonía móvil celular de propiedad de COMCEL S.A., en el recaudo de cartera, en el envío de información sobre los clientes morosos y, en general, por no actuar de buena fe en el cumplimiento del contrato, en los términos de los artículo 63 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

Que se declare que esta conducta negligente implicó cumplimiento imperfecto de las obligaciones adquiridas en el contrato aludido.

Que como consecuencia de lo anterior se ordene a EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (hoy UNE TELCO). (sic) indemnizar los perjuicios que con su conducta contractual ha irrogado a Comunicación Celular S.A. -COMCEL S.A.- los cuales ascienden cuando menos, a la cuantía de en cuantía de 22.700.000.000,00 o el valor superior que se demuestre en el proceso, materializados en las sumas dejadas de recaudar por utilización de sus redes en generación de llamadas fijo a móvil por parte de los usuarios a quienes se les instalaron líneas telefónicas a través de las cuales utilizaron las redes de la Sociedad (sic) convocante.

Las sumas anteriores serán indexadas.

Harán (sic) condena en costas

(...)⁹⁴.

Lo primero que salta a la vista es que las pretensiones de **COMCEL** son de naturaleza declarativa y de condena entre las partes de la controversia, donde dicho operador exige que se declare la negligencia de **UNE** en la ejecución del contrato y, en consecuencia, que se condene indemnizarle los perjuicios ocasionados. En palabras del TJCA, derechos disponibles o de libre disponibilidad, por cuanto se pueden modificar, renunciar, ceder y hasta extinguir.

En este punto, es menester recordar que tal y como se explicó anteriormente, la jurisprudencia constitucional ha explicado de tiempo atrás que las funciones de solución de controversias con que cuentan las comisiones de regulación de Colombia son de naturaleza administrativa desde los puntos formal, orgánico y material, lo que quiere decir que responden a la facultad principal de intervención en el mercado del servicio público del que se trate, en el caso de la CRC, el servicio de comunicaciones, con el fin de garantizar la efectividad del bienestar social⁹⁵.

De esta manera, resolver el asunto de la controversia que aquí nos ocupa exigiría a la CRC decidir en un ámbito meramente privado y con un interés patrimonial claro, lo que sería una extralimitación de sus funciones legales de solución de controversias que, por el contrario, deben propender por la garantía de la prestación del servicio público de manera eficiente y el bienestar de la sociedad. De hecho, es el juez del contrato, en el marco de su autonomía funcional, el que debe interpretar la

⁹⁴ Expediente Administrativo 3000-86-549. Folio 30.

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1120 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

situación entre particulares que le pongan en conocimiento, la cual no se verá afectada por el interés general, sino que, posterior al análisis de una controversia surgida de la ejecución de un negocio jurídico, como la que aquí se discute, determinará si existió la aludida negligencia en el actuar de **UNE** al no seguir el procedimiento interno de adjudicación de líneas de TPBCL y TPBCLE, el envío de información a **COMCEL** sobre los usuarios que incurrieron en mora y posible fraude y la recuperación de la cartera morosa de este último operador.

En consecuencia, debido a que el marco de las competencias de solución de controversias en sede administrativa que le fueron otorgadas a la CRC no permite resolver un conflicto de intereses privados y patrimoniales entre las partes de un acuerdo de acceso, uso e interconexión, la CRC se abstiene de emitir pronunciamiento sobre el fondo del conflicto presentado por **COMCEL** en contra de **UNE**.

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

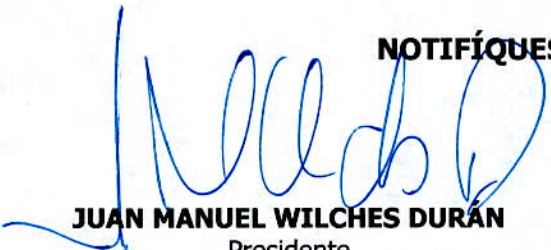
ARTÍCULO PRIMERO. Abstenerse de pronunciarse respecto de todas las pretensiones relacionadas con la declaración de incumplimiento de obligaciones contractuales, la conducta negligente de unas de las partes del Contrato, la indemnización de perjuicios y la indexación de las sumas solicitadas presentadas por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.**, al no ser competencia de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES**, por las razones expuestas en la presente resolución.

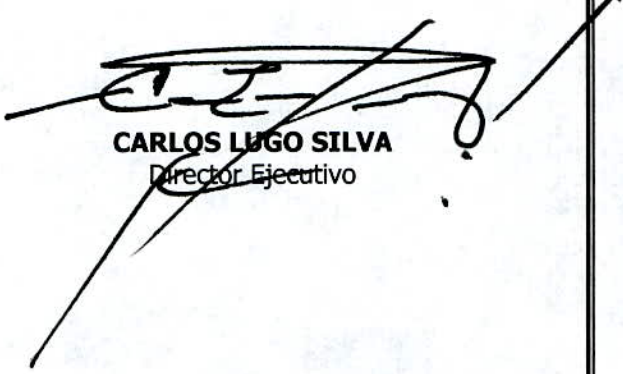
ARTÍCULO SEGUNDO. Notificar personalmente la presente Resolución a los representantes legales de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.** y **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.** hoy **UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** o a quienes hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código 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.

Dada en Bogotá D.C. a los

10 ENE 2019

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JUAN MANUEL WILCHES DURÁN
Presidente


CARLOS LUGO SILVA
Director Ejecutivo

Expediente administrativo 3000-86-549

S.C. 28/12/18 Acta 369

C.C. 07/12/18 Acta 1183

Revisado por: Lina María Duque del Vecchio – Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias.

Elaborado por: Laura Martínez Nova. 