



E-Telecomunicaciones

Boletín de Telecomunicaciones

Universidad Externado de Colombia

Área de Derecho de las Telecomunicaciones

Boletín de Telecomunicaciones
Edición Especial No.1



Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones

Director:

Edgar González López

Coordinador:

Luz Mónica Herrera Zapata

Investigadores:

Adriana Marcela Barbosa Trujillo
Andrea del Pilar Camacho Gutiérrez
Sandra Milena Ortiz Laverde
Martha Cecilia Ramírez Torres

Monitores:

Laura Gallardo
Angélica María León

Editores:

Adriana Marcela Barbosa Trujillo
Sandra Milena Ortiz Laverde

Diseño:

Karen Rodríguez

El Boletín de las Telecomunicaciones es una publicación mensual del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho.

Calle 10 No 3-15 Este. Edificio Egipto

Teléfonos: 3420288-2826066 extensiones 1105-1005

Correo electrónico: esdercom@uexternado.edu.co



EDICIÓN ESPECIAL No. 1

PRESENTACIÓN.

1. REGULACIÓN MERCADOS RELEVANTES

- **Resolución CRT 2058 del 2009** *“Por la cual se establecen los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes y para la existencia de posición dominante en dichos mercados y se dictan otras disposiciones”*
- **Resolución 2063 de 2009.** *“Por la cual se modifica el Anexo 006 de la Resolución CRT 087 de 1997 y se dictan otras disposiciones.”*
- **Resolución 2064 de 2009** *“Por la cual se modifica la Resolución 1940 de 208 y se dictan otras disposiciones”*
- **Resolución 2065 de 2009** . *“Por la cual se determinan condiciones relativas al acceso a las cabezas de cable submarino, se establecen éstas como instalaciones esenciales, y se dictan otras disposiciones.”*

2. **SENTENCIA T- 058 DE 2009. MAGISTRADO PONENTE: DR. JAIME ARAUJO RENTARÍA. BOGOTÁ D.C., DOS (2) DE FEBRERO DE DOS MIL NUEVE (2009).** Acción de tutela instaurada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. contra el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., con vinculación oficiosa de Telefónica Móviles Colombia S.A., la Procuraduría Cuarta Judicial Administrativa de Bogotá, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Ministerio de Comunicaciones.

3. **LAUDO ARBITRAL. COMUNICACIÓN CELULAR S.A-COMCEL Vs LA NACIÓN- MINISTERIO DE COMUNICACIONES.** FECHA: Bogotá, D.C, 17 de febrero de dos mil nueve (2009).CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN.





La expedición de las Resoluciones referentes a la incorporación de la **“Regulación por Mercados”**, que incluye criterios, definiciones y demás aspectos fundamentales para este tipo de regulación y futuras medidas que trae consigo su implementación hacen necesario un estudio de la misma. Así como el trascendental fallo proferido por la Honorable Corte Constitucional T 058 de 2009, el cual se convierte en un nuevo punto de referencia para el sector frente a las consideraciones expuestas en el fallo y el laudo arbitral proferido en el mes de febrero entre COMCEL y el Ministerio de Comunicaciones, en el que se presenta que la entrada de nuevos competidores era un hecho predecible que no podría ser imputado a la administración, sin olvidar las discusiones e implicaciones de la prórroga dada a los canales privados.

El interés principal del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones, es continuar con el espacio de difusión de las principales noticias del sector; propiciando de esta manera la discusión y el intercambio de ideas que contribuyan al fortalecimiento de criterios en nuestro campo.

Así las cosas, sólo nos queda invitar a todos nuestros lectores, a participar en e-Telecomunicaciones, a través del envío de artículos y sugerencias a los siguientes correos electrónicos: esdercom@uexternado.edu.co o Sandra.ortiz@uexternado.edu.co





REGULACIÓN POR MERCADOS CRITERIOS GENERALES Y OBLIGACIONES PARTICULARES

La incorporación de una regulación por mercados implica la transición a la aplicación plena del Derecho de la Competencia y de determinar si la competencia ha cumplido con los objetivos desde que surgió la necesidad de que esta fuera implementada, como el mecanismo más efectivo para lograr dinamizar el sector de las Telecomunicaciones y permitirá crear un escenario donde el Derecho de las Telecomunicaciones, el Derecho de la Competencia y el Derecho de los Consumidores, converjan bajo un mismo criterio como sucede en el entorno convergente de redes y servicios en el sector, pero atendiendo siempre que una regulación basada en el Derecho de la competencia puede traer complicaciones, ya que una Agencia Nacional de Competencia, no puede contrarrestar las problemáticas que se generan en cuanto al sector, por ende es necesario considerar si el derecho de la competencia excluye a la regulación sectorial y viceversa, o son políticas distantes, sino debe llegarse a la conclusión ser políticas complementarias en la búsqueda de diferentes objetivos, pero siempre dirigidos a que se garantice la seguridad tanto económica como jurídica de los operadores que se encuentran inmersos en la prestación de los servicios .

El objetivo de esta nueva regulación sigue siendo el mismo el de mantener la apertura y la confianza en la competencia antes que la imposición de obligaciones a los operadores históricos, como lo indica Herguera García¹, quien señala implementación de una regulación por mercados *“parte de evaluar en primer lugar si la competencia funciona o no en un mercado concreto y si la respuesta es negativa será entonces cuando las autoridades sectoriales podrán imponer mecanismos regulatorios sobre los operadores considerados dominantes”*. La apertura a los mercados y a la regulación de los mismos, supone un modelo más eficiente de asignación de recursos y del desarrollo del propio sector² y por ende la rápida aplicación de este modelo, favorecerá el desarrollo de la competencia a nivel sectorial.

La implementación de los principios provenientes del Derecho de la Competencia trae consigo la reducción la labor del regulador y de una aproximación a las reglas del mercado y por lo tanto se pasaría de un **Regulador Sectorial** a un **Regulador Sectorial encargado de aplicar los criterios provenientes del Derecho de la Competencia**³,

¹ HERGUERA GARGIA, Iñigo. (2002). La Delimitación de los Mercados Relevantes en el Nuevo Marco Regulador de las Telecomunicaciones. Universidad Complutense de Madrid.

² FEIJÓO GONZÁLEZ, Claudio; GÓMEZ BARROSO, José Luis y ROJO ALONSO, David. (2006) “Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones: Evolución de la Regulación Europea y Análisis Crítico del Marco Actual”. Información Comercial Española, ICE. Revista de Economía. Nº 832. 2006 (Ejemplar dedicado a: Telecomunicaciones y audiovisuales. Regulación, Competencia y Tecnología) Pp 89-103.

³ HERRERA GONZÁLEZ, Fernando. “La Aplicación de Principios de Derecho de Competencia a la Regulación Sectorial de Telecomunicaciones”. Información Comercial Española, ICE. Revista de Economía. Nº 832, 2006 (Ejemplar dedicado a: Telecomunicaciones y audiovisuales. Regulación, Competencia y Tecnología) Pp 45-57.



(Esta aproximación al Derecho de la Competencia implica dos consecuencias en particular: La primera a cargo del regulador, el cual Debe determinar efectivamente el mercado y conocer del mismo antes de imponer las obligaciones que afecten a los agentes que actúan en este. La segunda consecuencia de esta implementación, es que el conocimiento del mercado debe provenir de la aplicación de los principios de Derecho de la Competencia, pero no en una consideración ex post, cuando la conducta se ha dado, sino de un control ex ante, tratando de prevenir los posibles problemas que se pueden dar en un mercado en particular), como puede observarse en el Modelo Europeo, modelo que aún sigue contando con un regulador sectorial que se encarga de establecer los criterios provenientes de este tipo de regulación principalmente una regulación ex ante⁴, entendida como una regulación de carácter preventivo, que se caracteriza por la definición de los Mercados, la determinación de los Operadores con Posición Dominante⁵, de las obligaciones a las cuales éstos deben estar sujetos y la determinación o no, previó un análisis de las particularidades del mercado, de la sustracción de estas obligaciones cuando se considere que la competencia se ha consolidado.

En conclusión, lo que se pretende a través de la implementación de este modelo regulatorio, es que no exista abusos, que conduzcan a la intervención del regulador para solucionar los fallos del mercado, pero con una tendencia cada vez mayor a que el Derecho de la Competencia se encargue de resolver conflictos o equilibrar posiciones entre los competidores.

Es válido mencionar que la Resolución como el Documento Soporte anexo, presenta un análisis detallado de la realidad del sector, de sus tendencias, para lo cual fueron realizados por parte del regulador diferentes estudios, los cuales le permitieron determinar que operadores cuentan con redes propias, cuales no cuentan ningún tipo

⁴ La particularidad que cuenta la regulación ex ante es que es un tipo de regulación con un mayor grado de intervención, a diferencia de la regulación ex post, pero se hace necesario que se implemente la primera para garantizar la efectividad de una regulación por mercados.

⁵ Es importante mencionar que la regulación ex ante no solo está concebida para definir los mercados relevantes y demás criterios relacionados con esta nueva forma de regulación, sino que la regulación sectorial es en sí una forma de regulación más amplia ya que expide normas generales de obligatorio cumplimiento para todos y cada uno de los operadores y se diferencia fundamentalmente de la normativa proveniente del derecho de la competencia ya que esta tanto en el ámbito europeo como en el sistema colombiano solo se aplica cuando se abusa del poder o posición de dominio. Lo cual permite concluir que la regulación ex ante en un sentido amplio es más rica en matices y en la aplicación de instrumentos que el derecho de la competencia no posee como en consideraciones tales como la portabilidad de número, establecimiento de estándares mínimos de calidad (de cara al usuario), siempre habrá partes de las redes que serán cuellos de botella o similar y será necesario regular, durante años y años, de monitorear el acceso y en su defecto ordenar a un operador el acceso a sus infraestructuras y las condiciones en las cuales lo debe garantizar. Para todo esto el derecho anti trust no es suficiente, hay objetivos de otro tipo (no solo promover la competencia, también mejorar las condiciones al usuario, mejorar la calidad de los servicios, ampliar coberturas, meter en el concepto de servicio universal servicios adicionales, garantizar estandarizaciones que pueden ser interesantes...); por lo tanto puede cuestionarse la reflexión de que el derecho el anti trust por si solo puede no ser el mejor instrumento. La regulación ex ante, hoy por hoy, es necesaria, para el desarrollo eficiente y óptimo del sector de las telecomunicaciones.



de infraestructura y de allí poder concluir cual es la estructura de la empresa y si esta se encuentran o no integradas verticalmente⁶ o no, las formas de acceso que pueden utilizar los agentes para poder prestar los servicios a través de diferentes tecnologías, efectuando proyecciones a futuro y sus injerencia con relación a los servicios, del estudio de los mercados tradicionales su evolución, atendiendo a las consideraciones provenientes antes de la liberalización y las implicaciones derivadas por la misma. Los resultados obtenidos de los diversos análisis permitieron concluir que tipo de servicios eran sustitutos de otros en atención a la utilización de las elasticidades de precios, elasticidades cruzadas de los servicios que contaban con la particularidad de ser sustitutos, permitiendo determinar sus especificidades y particularidades, ante los incrementos porcentuales de precios, de las economías de alcance y de las diversas barreras existentes.

Los estudios jurídicos que soportan la Resolución, presenta una revisión integral del marco regulatorio existente con finalidad de determinar qué tipo de disposiciones podrían ser contrarias al nuevo marco regulatorio conforme a las criterios establecidos en el art.18 del Decreto 2870 de 2007; artículo que impuso a la obligación en cabeza Comisión la revisión Integral del marco legal existente para lograr su adecuación a la Regulación por Mercados. Es por esta razón que se efectuaron estudios orientados a determinar el catálogo de facultades con las que cuenta la Comisión para poder expedir este tipo de Regulación, llegando a la conclusión de que la entidad cuenta con las suficientes atribuciones para dar alcance a las tareas impuestas por parte de este decreto⁷, principalmente la de garantizar un competencia efectiva y dinámica del sector de las telecomunicaciones en Colombia⁸; asimismo se llega al conclusión que la CRT no se es abrogando las facultades del legislador que sería el ente encargado de expedir una Ley donde se derogue y se cree una nueva clasificación de servicios. .

En cuanto a las consideraciones generales tituladas “**Facultad de la CRT para establecer criterios y condiciones para identificar los mercados relevantes en los que se analizan los servicios dentro**

⁶ HOGAN & HARTSON'S. (2006) Preparing the next steps in regulation of electronic communications (Final Report). Pp 33 y sss

⁷ Artículo 4 del Decreto-Ley de 1990, Artículos 73 y 74.3 de la Ley 142 de 1994, Artículo 15 de la Ley 555 de 2000, numera 1 del artículo 37 del Decreto 1130 de 1999 y de la Comunidad Andina

⁸ VILLAMIL E, Carolina Andrea. “Regulación vs. reglamentación”. (2008). Nota Pública. Revista Andesco # 17. Bogotá. Quien señala. “La regulación en si misma se puede considerar como una **actividad continua** que comprende el **seguimiento de la evolución del sector correspondiente** y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones.

La función de regulación de carácter legal es ejercida de manera continua por un ente que cumple un régimen de regulación general fijado por el legislador a través de una Ley Marco, goza de una especial autonomía constitucional goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades...” (negrilla fuera del texto original).



del actual marco legal de los servicios de telecomunicaciones”; es válida la conclusión a la que llega la Comisión al determinar que la revisión que se efectuó y la definición de los mercados dada, no constituyen una clasificación nueva de servicios de telecomunicaciones, sino atendiendo a la consideración de que el mercado es un espacio dentro del cual los agentes participantes sean estos los operadores y los usuarios intercambian prestaciones en cuanto a los servicios que los operadores prestan en consideración a los precios y a las necesidades que estos demanden. Por lo tanto la tarea que se efectuó por parte del regulador fue atender a una definición bajo criterios económicos y jurídicos establecidos para la definición de mercados relevantes, verificando las particularidades de los operadores y los servicios en aplicación de la metodología establecida para tal fin y que esta tuviese en cuenta la clasificación existente de servicios consagradas por la el Decreto-Ley 1900 de 1990 y sus normas complementarias.

Este paquete se compone de 4 Resoluciones:

- **Resolución CRT 2058 del 2009** “Por la cual se establecen los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes y para la existencia de posición dominante en dichos mercados y se dictan otras disposiciones”
- **Resolución CRT 2063 del 2009** “Por la cual se modifica el Anexo 006 de Resolución CRT 087 de 1997 y se dictan otras disposiciones”
- **Resolución CRT 2064 del 2009** “Por la cual se modifica la Resolución CRT 1940 de 2008 y se dictan otras disposiciones”
- **Resolución CRT 2065 del 2009** “Por la cual se determinan condiciones relativas al acceso a las cabezas de cable submarino, se establecen éstas como instalaciones esenciales, y se dictan otras disposiciones”

Resolución CRT 2058 del 2009

Resolución en la que se establecen los mercados relevantes susceptibles de una regulación ex ante (entendidos como aquellos en lo que se presume la existencia prácticas anticompetitivas que no podrán regularse por medio de una la aplicación del derecho de la competencia), así como el establecimiento de los criterios generales de este tipo de regulación, en que se encuentra el objeto, las definiciones que se incorporan en este nuevo marco regulatorio y del establecimiento de un período no inferior a dos años, donde la CRT revisará las condiciones de competencia en los mercados susceptibles de regulación ex ante. Resolución que se aplica a todos los Servicios de Telecomunicaciones, salvo los servicios de Radio y Televisión que se encuentran excluidos de acuerdo a los criterios previstos en el Decreto 2870 de 2007.

OBJETO (Artículo 1)

Definir las condiciones, metodologías y criterios para:



- a) La definición de mercados relevantes de servicios de telecomunicaciones en Colombia;
- b) La identificación de las condiciones de competencia de los mercados analizados;
- c) La determinación de la existencia de posición dominante en los mismos; y,
- d) La definición de las medidas aplicables en los mismos.

CRITERIOS Y CONDICIONES PARA DETERMINAR MERCADOS RELEVANTES (Artículo 5, 6, 7)

Como uno de los principales criterios para determinar la existencia de un mercado, la CRT, tendrá en cuenta la respuesta de los agentes en el mercado, ante un aumento de precios y de la presencia de nuevos operadores y de nuevos productos.

La metodología que se utilizará para la determinación de los mercados será la aplicación del test del monopolista hipotético para determinación de los mercados minoristas y mayoristas y la determinación de los servicios que componen cada uno de ellos.

En cuanto los criterios la CRT, aplica los mismos criterios que han sido tradicionalmente para la definición de mercados, siendo estos:

- a) Análisis actual de las condiciones de competencia en el mercado
- b) Potencial competencia en el corto y mediano plazo
- c) Aplicación del derecho de competencia

POSICIÓN DOMINANTE EN MERCADOS RELEVANTES SUJETOS A REGULACIÓN EX ANTE

Para determinar si operador cuenta con la condición de Operador con Posición Dominante en Mercados, la CRT realizará un análisis de competencia en el cual se tenga en cuenta, entre otros criterios, los indicadores de concentración y de participación de los operadores en el mercado, así como un análisis prospectivo de la evolución del mercado.

MERCADOS RELEVANTES

En el Anexo 01, se presenta una un listado de los Mercados Relevantes

1. MERCADOS MINORISTAS DEFINIDAS CON ALCANCE MUNICIPAL
 - 1.1 Voz (fijo y móvil) saliente local
 - 1.2 Datos (Acceso a Internet de Banda ancha)

2. Mercados minoristas definidos con alcance nacional
 - 2.1 Voz saliente móvil



- 2.2 Voz saliente (fija y móvil) de larga distancia nacional
- 2.3 Voz saliente de larga distancia internacional
- 3. Mercados minoristas definidos con alcance departamental
 - 3.1 Voz saliente (fija y móvil) de local extendida
- 4. Mercados minoristas de terminación
 - 4.1 Terminación de llamadas fijo-móvil en todo el territorio nacional
- 5. Mercados mayoristas
 - 5.1. Mercados Mayoristas de Terminación
 - 5.1.A. Mercado Mayorista de terminación de llamadas fijo-fijo en cada municipio del país.
 - 5.1.B . Mercado Mayorista de terminación de llamadas en cada municipio del país.
 - 5.1.C. Mercado Mayorista de terminación de llamadas móvil-móvil en todo el territorio nacional
 - 5.1.D. Mercado Mayorista de terminación de llamadas de larga distancia internacional en todo el territorio nacional.
 - 5.2 Mercado Mayorista.

MERCADOS RELEVANTES SUSCEPTIBLES DE REGULACIÓN EX ANTE

Asimismo en el Anexo 02 de la resolución se presenta el listado de los Mercados Susceptibles de Regulación ex ante, los mercados definidos fueron:

MERCADOS MINORISTAS
Voz saliente Móvil 8"1.1 del Anexo 01)
Terminación de Llamadas-Fijo-móvil en todo el territorio nacional (4.1 del Anexo 01)

MERCADOS MAYORISTAS
Mercado Mayorista de terminación de llamadas fijo-fijo en cada municipio del país. (5.1.A. del Anexo 01)
Mercado Mayorista de terminación de llamadas en cada municipio del país. (5.1.B . del Anexo 01)
Mercado Mayorista de terminación de llamadas móvil-móvil en todo el territorio nacional (5.1.C del Anexo 01)
Mercado Mayorista de terminación de llamadas de larga distancia internacional en todo el territorio nacional. (5.1.D del Anexo 01)



Ver más:

<http://www.crt.gov.co/Documentos/Normatividad/ResolucionesCRT/00002058.pdf>

Resolución CRT 2063 del 2009

En virtud de las facultades en cabeza de la Comisión de regulación de Telecomunicaciones consagradas en la Ley 142 de 1992, en que se establece formular para la fijación de las tarifas de los servicios públicas, y de señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre, así como la facultad de determinar los casos para determinar el régimen de libertad regulada o libertad vigilada, o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas.

En virtud de estas facultades la CRT expidió la Resolución 1250 de 2005, resolución que estableció el nuevo régimen tarifario, las condiciones que en materia de competencia deben cumplir los regímenes tarifarios y los lineamientos y las fórmulas que deben cumplir los operadores sujetos al régimen tarifario. Asimismo en esta resolución se estableció que los operadores de TPBCL que tuvieran una participación igual o superior al 60% en el respectivo mercado relevante o cuando, a juicio de la CRT, no exista la suficiente competencia, estarían sometidos al régimen regulado de tarifas.

La misma resolución estableció dos grupos de operadores (Grupo 1) y (Grupo 2), como los planes que estos deberían ofrecer; los operadores del Grupo (2) estaban obligados a ofrecer un Plan Tarifario Básico sometido al régimen regulado de tarifas bajo el esquema de Tope de Precios.

Bajo las obligaciones impuestas tras la expedición del Decreto 2870 de 2007 en cabeza de la CRT tendientes a determinar y definir una regulación por mercados para Colombia y de los comentarios recibidos al proyecto regulatorio sometido a consideración del sector y de los análisis efectuados por parte de la entidad para determinar los criterios, consideraciones previstas para la determinación de esta regulación, se llegó a la conclusión “ *que respecto al número de suscriptores fijos con respecto al cargo de conexión, cargo fijo e ingreso promedio por usuario de telefonía móvil, revela una elasticidad de acceso propia negativa y significativa y, una cruzada con el móvil positiva, significa indicando sustitución también en el acceso desde el fijo al móvil*”.⁹

Atendiendo a estos análisis y de la presión que existe por parte de los servicios móviles con relación a los servicios fijos, de la sustituibilidad entre los mismos y atendiendo a esta situación la Comisión modifica el Anexo 006 de la Resolución CRT 087 de 1997, referente a los operadores del grupo 2, determinando que:

⁹ Resolución CRT 2063 de 2009 Considerandos



De la Publicidad de los planes tarifarios, en la que se obliga a los operadores de TPBCL y TPBCLE, que antes de la expedición de esta regulación se encuentran sometidos al anterior régimen tarifario y bajo esta nueva regulación pasaran al grupo 2 del anexo 006 de la Resolución CRT 087 de 1997, deberán formular a sus usuarios la oferta del plan tarifario que mejor se adecue a sus necesidades y satisfaga sus perfiles de consumo a más tardar el 1 de julio de 2009.

La posibilidad de elegir el plan tarifario por parte del suscriptor que pasa del anterior régimen tarifario al grupo dos, tienen derecho a elegir dentro de los (30) días hábiles siguientes a la formulación de la oferta por parte del operador, con el fin de que este pueda elegir el plan que se adecue a sus necesidades y consumo. Esta oferta debe ser enviado con la debida antelación, como texto anexo a la factura y donde se indique los efectos de la manifestación de su voluntad y los efectos de su silencio.

Asimismo los operadores deben remitir a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, la información correspondiente a los nuevos planes, sin perjuicio que esta entidad pueda formular comentarios y observaciones a los planes reportadores, sin perjuicio de las facultades que esta entidad tiene de inspeccionar, controlar y vigilar.

Y por último se establece un plazo máximo para su implementación que no podrá superar el 1 de septiembre de 2009.

Ver más:

<http://www.crt.gov.co/Documentos/Normatividad/ResolucionesCRT/00002058.pdf>

Resolución CRT 2064 del 2009

Siendo una de las funciones principales de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones de promover la competencia en el sector de las Telecomunicaciones y de evitar medidas para impedir abusos de posición dominante, para tal objetivo se hace necesario que esta entidad cuente con información amplia, exacta, veraz y oportuna por parte de los operadores.

De acuerdo a los criterios establecidos en la Resolución CRT 1940 de 2008, en el cual se consagró la existencia de un Régimen Unificado de Reporte de Información de los operadores a la Comisión y la periodicidad de la entrega de información para remisión de la información.

De acuerdo con las modificaciones establecidas en el Decreto 2870 de 2007 en su artículo 18 y la obligación establecida en cabeza de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones de adecuar el marco regulatorio existente en lo relacionado a las redes y a los servicios existentes, a una regulación por mercados relevantes. La CRT, inició un proceso tendiente a cumplir con esta obligación, el cual concluyó con la expedición de la Resolución CRT, resolución en la que se establecen y determinan los criterios, metodología y definiciones de



mercados relevantes de servicios de telecomunicaciones Colombia y demás medias adoptadas para la determinación de los mercados, esta entidad expide la Resolución 2064, con el objeto de modificar los criterios establecidos en la Resolución CRT 1940 de 2008, referente a la información que los operadores de telecomunicaciones deben reportar a esta entidad:

Los operadores en virtud de la modificación introducida en esta resolución deben presentar cuatro reportes a saber:

1. Reporte Anual
 2. Reporte Semestral
 3. Reporte Trimestral
 4. Reportes no periódicos de novedades
1. Reporte Anual, reporte que debe incluir
 - Indicadores de proceso e atención al suscriptor y/o usuario
 - Indicadores de calidad
 - Ingresos
 - Servicio portador en conexión internacional
 - Conectividad nacional e internacional a Internet
 - Uso de la numeración
 2. Reportes Trimestrales y Semestrales que deben incluir
 - Informe de conectividad, el cual contiene información de los servicios de valor agregado de acceso a Internet, del servicio de IPTV y mensajería de texto (SMS) y de multimedia (SMS).
 - Información de ingresos y tráficos, y estadísticas de ingreso y retiro de suscriptores, el cual contiene información de los servicios de TMC, PCS y servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado- Trunking-, que se acojan a lo dispuesto en el Decreto 4239 de 2004 y demás concordantes.

Adicional a lo anterior la resolución incluye un nuevo formato que se adiciona a los previstos en la Resolución CRT 1940 de 2008, denominado de Ingresos y Tráficos de Operadores TM, PCS y Trunking, el cual debe incluir:



Ingresos

1. Mes
2. Ingresos Totales
3. Ingresos On-net Prepago
4. Ingresos On-net Pospago
5. Ingresos Off-net Prepago
6. Ingresos Off- net Pospago

Tráficos Saliente

1. Mes
2. Red
3. Tráfico Prepago
4. Tráfico Pospago

Entrante

1. Mes
2. Red Origen
3. Tráfico Entrante

Ingresos

1. Mes
2. Suscriptores Ingresados
3. Suscriptores Retirados

Reporte Extraordinario Reporte que debe ser remitido por una sola vez a más tardar el 20 de marzo de 2009, con el fin de obtener información detallada y actualiza sobre los servicios y redes de TMC, PCS y servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso Troncalizado-Trunking, referente a l diagrama de interconexión respecto a las otras redes móviles enunciadas, cobertura geográfica de la red a Diciembre 31 de 2008, elementos principales de red a 31 de Diciembre de 2008 y para el servicio portador con área de cubrimiento nacional, los datos discriminados de capacidad utilizada por el propio operador y capacidad total utilizada en clientes a 31 de Diciembre de 2008.



Resolución CRT 2065 del 2009

De acuerdo al mandato constitucional consagrado en el artículo 333 de la carta que en su penúltimo inciso en el que el Estado debe evitar que se restrinja la libertad económica y cualquier tipo de conducta que genere cualquier tipo de abuso.

Siendo una de las principales funciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, evitar la configuración de cualquier tipo de

prácticas, para lo cual expide regulación de carácter preventivo, para lograr el normal desarrollo de la competencia, como se encuentra consagrado en la Ley 142 de 1994, como en el Decreto 1130 de 1999, en que se consagra adicionalmente que esta entidad se encargue de regular los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión de redes y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soporte lógicos necesarios para la efectividad de interconexiones y conexiones.

Que siendo indispensable para garantizar la interconexión de las redes, que los operadores permitan el acceso a sus redes o servicios, como se encuentra consagrado en la resolución 432 de 2000 y Decisión 462 de 1999 de la Comunidad Andina, Decisión en la que se definen las instalaciones esenciales como toda instalación de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores y cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico. Concepto que fue incorporado en la Resolución CRT 087 de 1997, en los siguientes términos “*instalación esencial todo elemento o función de una red o servicio que sea suministrado exclusivamente o de manera predominante por un operador o por un número limitado de los mismos, cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo técnico o en lo económico, y establece que la interconexión corresponde a la vinculación de recursos físicos y soportes lógicos, incluidas las instalaciones esenciales necesarias, para permitir el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de servicios de telecomunicaciones*”.

Atendiendo a los criterios de los artículos 10 y 13 del Decreto 2870 de 2007 y de la existencia de cuellos de botella en lo referente al servicio portador, la Comisión decidió, determinar como una instalación la cabeza de cable submarino como instalación esencial, modificando el artículo 4.2.2.8 de la Resolución, en consideración de que las cabeceras de cable submarino, cumplen con la particularidad de ser difíciles de replicar y se constituyen en elementos indispensables para la prestación de los diversos servicios de telecomunicaciones y que al no ser suministrados pueden generar fuertes afectaciones a la competencia y al mercado en general.



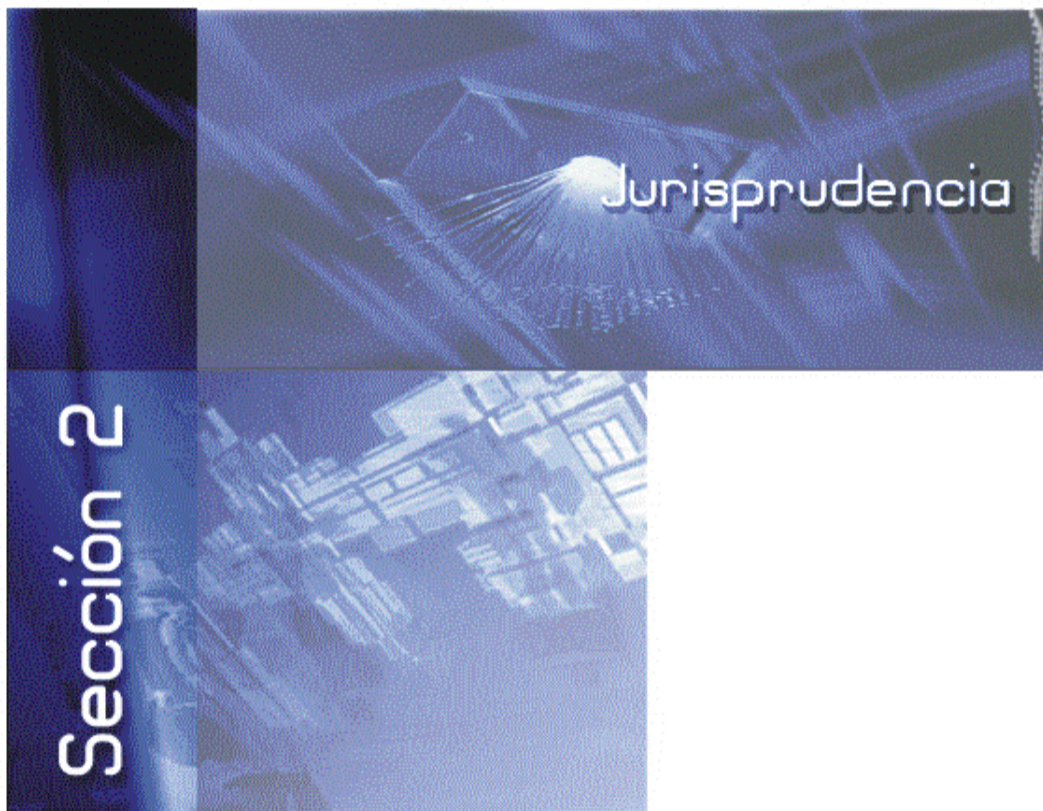


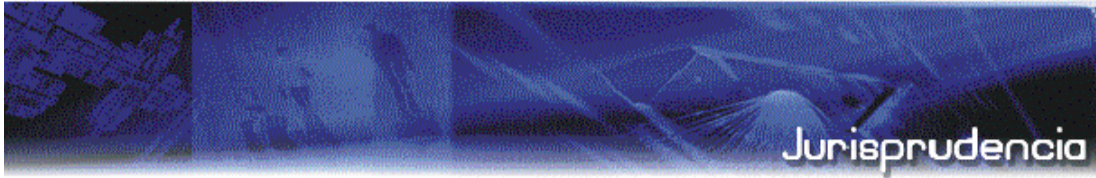
El acceso a estas cabeceras de cable debe darse en condiciones no discriminatorias y de transparencia. Asimismo los operadores dueños de la cabecera de claves deben poner a disposición de los interesados, una oferta comercial actualizada a partir del 30 de abril del 2009.

Esta oferta bajo los parámetros del artículo 4 debe contener:

- I. Generalidades
- II. Condiciones Técnicas
- III. Condiciones Económicas

La oferta debe ser registrada en el Sistema de Información Unificados del Sector de Telecomunicaciones SIUST, antes del 30 de abril de 2009.





Sentencia T- 058 de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentarías. Bogotá D.C., dos (2) de febrero de dos mil nueve (2009).

Acción de tutela instaurada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. contra el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., con vinculación oficiosa de Telefónica Móviles Colombia S.A., la Procuraduría Cuarta Judicial Administrativa de Bogotá, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Ministerio de Comunicaciones.

Hechos.

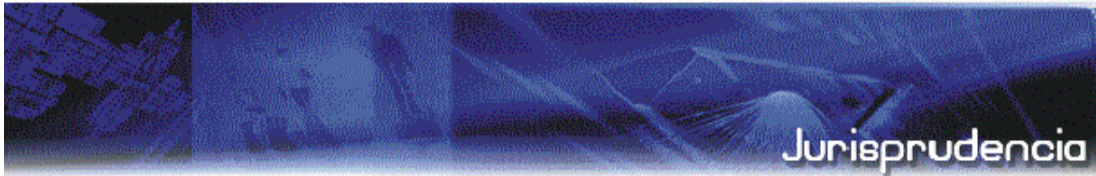
El 11 y 18 de noviembre de 1998 Movistar y E.T.B. celebraron contrato de Acceso, Uso e Interconexión de redes telefónicas. En virtud de dichos contratos, Movistar se obligó a suministrar el servicio de uso, acceso e interconexión de sus redes de telecomunicaciones y E.T.B. se obligó al pago de una contraprestación por el servicio recibido.

En los contratos referidos se estableció cláusula compromisoria con el procedimiento para la solución de diferencias en la interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del contrato. Así, para solucionar las posibles controversias, las partes debían acudir a los siguientes medios de arreglo directo: 1. COMITÉ MIXTO DE INTERCONEXION. Si en el término de treinta (30) días desde la primera reunión donde se plateó la diferencia, no se ha llegado a un arreglo, las partes acuden a una segunda instancia. 2. REPRESENTANTES LEGALES DE LAS EMPRESAS CONTRATANTES. Dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término anterior, los Presidentes de las empresas contratantes buscarán una solución al conflicto planteado.

Surtidas las anteriores etapas de arreglo directo sin que se lograra un acuerdo, es procedente que las partes surtan la tercera etapa con la mediación de un tercero: 3. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. Dentro de los tres días siguientes al vencimiento del plazo anterior las partes deberán decidir si solicitan la intervención de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones o del Ministerio de Comunicaciones. De no llegar a una decisión conjunta, las partes acudirán a la siguiente etapa, 4. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO. Si el plazo anterior se venció o si las partes deciden no solicitar intervención, se acudirá a la decisión del Tribunal de Arbitramento Institucional que acuerden las partes. El fallo de los árbitros será en derecho y tendrá efecto de cosa juzgada.

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) expidió la resolución 463 de 2001 por medio de la cual se imponía a los dueños de redes de telecomunicaciones -en este caso Movistar- la obligación de ofrecer dos opciones de cargo de acceso a los operadores que les demandaran interconexión -en el caso E.T.B.-: (1) cargos de acceso





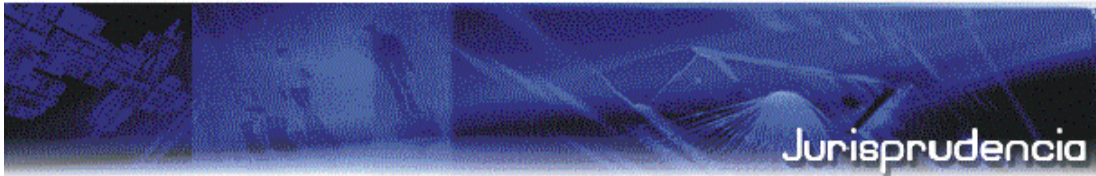
máximo por minuto y (2) cargos de acceso máximo por capacidad.

Ante la controversia suscitada por la resolución 463, Movistar solicitó unilateralmente a la CRT que le impusiera a la E.T.B. la obligación de optar por la modalidad de remuneración de cargo de acceso máximo por minuto. Dicha solicitud fue negada mediante la resolución 1269 de 2005 en razón de que era a la E.T.B. a quien le correspondía escoger una de las dos opciones, y no necesariamente la señalada por Movistar. Posteriormente, la resolución 1303 de 2005 admitió el recurso de reposición interpuesto por Movistar contra la resolución 1269, y aclaró que si bien en la resolución recusada Movistar no tiene el derecho de escoger el cargo de acceso, dado que la E.T.B. en algunas de sus interconexiones ya optó por la modalidad de cargos de acceso por capacidad, la interconexión deberá ser igualmente remunerada, tal como sugiere el concepto de integralidad de la resolución 463 de 2001.

En virtud de la decisión de la Comisión, Movistar formula demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con la finalidad de que se declare el incumplimiento de los contratos celebrados en 1998 y que en consecuencia se condene a la E.T.B. a pagar según la opción (1) de la resolución 463 de 2001, es decir, el cargo de acceso mínimo por minuto. El 7 de noviembre de 2007, el Tribunal de Arbitramento resolvió favorablemente las pretensiones y ordenó a la E.T.B. cumplir los contratos de acceso, uso e interconexión pagando al demandante el valor establecido como cargo de acceso máximo por minuto teniendo en cuenta que las fracciones se aproximan al minuto siguiente; ordenó el pago a Movistar por concepto de daño emergente causado desde agosto de 2002 hasta marzo de 2007 por un valor de \$109.275,241.595; ordenó el pago del daño emergente desde abril de 2007 hasta la fecha de ejecutoria de la providencia, por la diferencia entre el valor cancelado por cargo de acceso y la tarifa según el tráfico cursado por minuto redondeado; condenó al pago del lucro cesante derivado del incumplimiento de los contratos correspondiente a los intereses de mora causados desde agosto de 2002 hasta la fecha en que se realice el pago, suma que asciende a \$640452.447.966.

Como consecuencia del desacuerdo de la E.T.B. acerca de la decisión del Tribunal, esta presentó acción de nulidad contra el laudo arbitral ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, la cual avocó el conocimiento el 15 de febrero de 2008 y adicionalmente suspendió la ejecución del laudo arbitral del 7 de noviembre de 2007. El artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 “por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones” establece las causales taxativas de nulidad de un laudo arbitral.

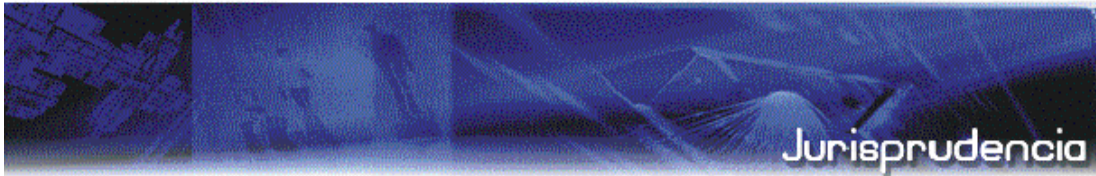
En vista de que en ninguna de las causales de nulidad se protege los derechos fundamentales de las partes, la E.T.B., quien considera vulnerados sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, presentó correlativamente acción de tutela contra el Tribunal de Arbitramento, ante la Sala Jurisdiccional



Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y señaló que de no concederse la tutela, se le causaría un perjuicio irremediable por la considerable suma de dinero a la que fue condenado, ya que la suspensión del laudo no interrumpe la causación de intereses. Según la E.T.B. el Tribunal de Arbitramento vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia y por las siguientes razones solicita dejar sin efecto el laudo arbitral proferido el 7 de noviembre: 1. El Tribunal carece de competencia para dirimir la controversia planteada por Movistar ya que incumplió el requisito de procedibilidad acordado en la cláusula compromisoria y el impuesto por el artículo 4.4.15 de la Resolución 087 de 1997 de la CRT según los cuales la primera etapa para dirimir las posibles controversias debe ser la de arreglo directo, es decir, la conformación del Comité Mixto de Interconexión. 2. Haber acudido ante la CRT, extingue la posibilidad de utilizar el mecanismo arbitral porque se pretende evitar decisiones contradictorias. 3. La decisión del Tribunal configura una vía de hecho por defecto orgánico y procedimental ya que deja sin efectos los actos administrativos de la Comisión menoscabando la competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa administrativa en este sentido. 4. El Tribunal de Arbitramento incurrió en vía de hecho fáctica toda vez que dejó de practicar pruebas e invirtió la carga de la prueba, al atribuírsela a la demandada.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca tramitó la primera instancia de la acción de tutela. El 10 de marzo ordeno la notificación al Tribunal de Arbitramento demandado, a la Consejera de Estado de la Sección Cuarta Ligia López y a la Procuraduría Cuarta Judicial Administrativa de Bogotá. A diferencia de la Consejera y de la Procuraduría quienes guardaron silencio, el Tribunal solicitó al juez de instancia que declarara la improcedencia de la acción o en su defecto que denegara la tutela interpuesta, con base en la siguiente sustentación: 1. Incumplimiento del requisito de subsidiariedad porque existe otro medio de defensa judicial, el recurso de anulación ante el Consejo de Estado, el cual ya fue interpuesto y busca el mismo efecto de la tutela, es decir, suspender el laudo arbitral por defectos sustanciales. 2. Ausencia de perjuicio irremediable, toda vez que la condena a pagar una suma de dinero y unos intereses no tiene este carácter, además, con la interposición del recurso de anulación el laudo arbitral queda suspendido. 3. Con relación a las vías de hecho, el Tribunal concluyó que la falta de cumplimiento de las etapas no inhibe su integración; teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, supeditar la conformación del Tribunal a etapas previas vulnera el derecho al acceso a la administración de justicia del interesado; en virtud de que la solicitud de Movistar a la CRT no fue formulada de común acuerdo, no puede considerarse como etapa agotada, sino como una decisión propia de las funciones del organismo; la naturaleza jurídica de la CRT solo le permite un análisis administrativo, mientras que el Tribunal estudió las pretensiones de la demanda desde el punto de vista de la relación contractual.





El 28 de marzo de 2008 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca declaro improcedente la acción de tutela interpuesta, para el efecto acogió los

argumentos del Tribunal de Arbitramento en su escrito de contestación de la acción y dijo que la tutela incumple el requisito de subsidiariedad, que no se configura un perjuicio irremediable para el actor y que la autoridad constitucional no puede pronunciarse por cuanto existe el recurso de anulación.

El 28 de mayo de 2008 la E.T.B. impugnó la sentencia de primera instancia ante la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura quien conocería la tutela en segunda instancia. Durante este trámite intervino el Tribunal de Arbitramento y Movistar solicitando que se confirmara la sentencia impugnada por la E.T.B. Finalmente, el 5 de junio de 2008 el juez ad quem declaro la improcedencia de la acción de tutela.

Intervención del Ministerio Público

En defensa de los intereses de la sociedad, el Ministerio Publico mediante escrito dirigido al juez de tutela de primera instancia solicitó conceder el amparo invocado por la E.T.B. sobre sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. En virtud de que el Tribunal carecía de competencia para dirimir la controversia, por faltar a la clausula compromisoria según la cual se debió conformar previamente el Comité Mixto de Interconexión y en segundo lugar, porque el laudo arbitral desvirtuó lo decidido en los actos administrativos de la CRT configurando una vía de hecho por defecto orgánico y procedimental, tal como la E.T.B. argumento en sus pretensiones.

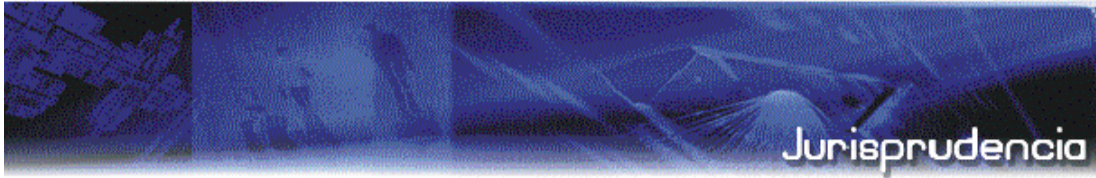
Posteriormente discernió de las sentencia de primera instancia, y afirmó que la acción de tutela es procedente pues de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado el recurso de anulación contra el laudo arbitral solo actúa sobre los errores in procedendo y no sobre los errores sustanciales. Y de conformidad con la Corte Constitucional la acción de tutela es procedente aun si se encuentra pendiente resolver un recurso de anulación y si efectivamente existe un perjuicio inminente.

Problema Jurídico

¿El Tribunal de Arbitramento accionado vulneró los derechos fundamentales de la E.T.B. al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, al decidir sobre la demanda arbitral instaurada por Movistar?

Consideraciones y Fundamentos de la Corte Constitucional

1. **Aproximación a la naturaleza constitucional y legal de la jurisprudencia arbitral y sus características más sobresalientes.**



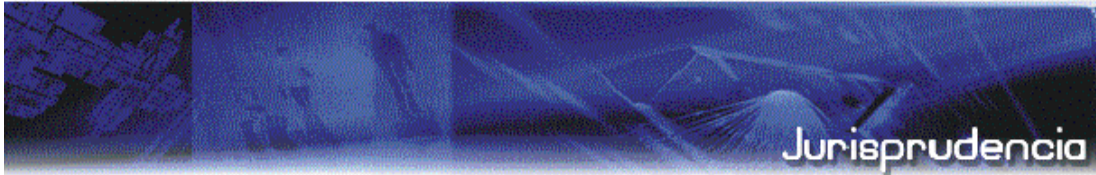
Según el art. 116 de la CP la justicia arbitral: (I) es el ejercicio de la función pública de administrar justicia en cabeza de particulares habilitados para el efecto; (II) tiene origen en la voluntad de las partes que deciden libremente someter sus diferencias a la decisión directa de árbitros; (III) en consecuencia su naturaleza es temporal y transitoria mientras se da solución a la controversia; (IV) los fallos son en derecho o en equidad; (V) el legislador tiene amplias facultades para definir los términos bajo los cuales se configura este tipo de justicia, bajo el presupuesto de que se rige por las reglas básicas de cada proceso: el respeto por los derechos fundamentales de las partes.

Los árbitros gozan de los mismos poderes procesales básicos de los jueces para administrar justicia: (I) poder de decisión para resolver la controversia, el laudo arbitral tiene efecto vinculante para las partes y hace transito a cosa juzgada; (II) poder de coerción para procurar el cumplimiento de su decisión; (III) poder de practicar y valorar pruebas; (IV) en general. Poder de adoptar todas las medidas permitidas para dar solución a la controversia.

El Decreto 1818 de 1998 “por el cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos” en su art. 228 prevé la posibilidad de que en los contratos estatales se incluyan cláusulas compromisorias para someter las diferencias a decisión de los árbitros, precisa que el arbitramento será en derecho y que los árbitros serán tres salvo que las partes decidan acudir a arbitro único. El art. 230 del mismo, prevé el recurso de anulación contra el laudo arbitral, que deberá interponerse ante el Tribunal de Arbitramento y se surtirá ante la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, cuando el laudo incurre en una de las nueve (9) causales de nulidad, la cuales versan sobre defectos no sustanciales.

2. Procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales. Doctrina constitucional de las vías de hecho. Reiteración de la jurisprudencia.

El laudo arbitral tiene alcances y efectos similares a los de una sentencia en el sentido de que hace transito a cosa juzgada y presta merito ejecutivo, por tanto, así como la acción de tutela procede de manera excepcional contra las sentencias judiciales cuando vulnera o amenaza derechos fundamentales, de la misma forma debe proceder contra laudos arbitrales que transgredan el ordenamiento constitucional. La Corte ha definido unos requisitos para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales, estos son: (I) cumplimiento del requisito de subsidiariedad, esto es, el agotamiento de todos los mecanismos previstos en la ley para atacar la decisión arbitral, y que a pesar de esto persista la vulneración directa al derecho fundamental; y (II) la configuración de una vía de hecho, es decir, la existencia de defectos que la corporación considera relevantes para la procedencia de la acción de tutela.



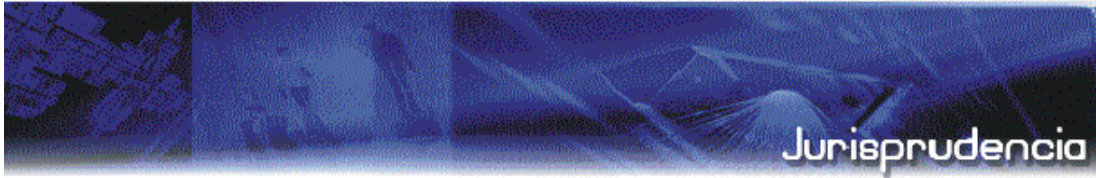
Respecto del principio de subsidiariedad, la naturaleza transitoria de la justicia arbitral no permite que sobre los mismos proceda trámite de segunda instancia, y el mecanismo de control del procedimiento en materia civil, la acción de nulidad, no fue diseñado para revisar integralmente el contenido de la decisión arbitral, porque los jueces de anulación deben restringir su estudio a las causales específicas invocadas. Por tanto, aun sin haberse agotado los recursos ordinarios y extraordinarios que contempla la ley contra los laudos arbitrales, es procedente acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable. Acerca de las vías de hecho, la Corte concluyo que el actor debe acreditar que el demandado incurrió en uno de los siguientes defectos: 1. Defecto orgánico: cuando el Tribunal carece por completo de competencia para surtir dicha actuación; 2. Defecto procedimental: cuando se adelanta el procedimiento arbitral por fuera del procedimiento establecido en el acuerdo y vulnera el derecho de defensa y de contradicción de las partes; 3. Defecto factico: cuando el supuesto legal del cual se deriva la decisión arbitral no tiene sustento en el material probatorio allegado al proceso, o de manera arbitraria se niega la practica de las pruebas necesarias para llegar a una decisión en derecho; 4. Defecto sustantivo: cuando las normas acogidas para tomas la decisión no son aplicables al caso concreto, o la interpretación que de ellas se hace genera un perjuicio a los derechos fundamentales del actor.

3. Estudio del caso concreto.

La sala encuentra que la acción de tutela satisface el principio de subsidiariedad y que en consecuencia se debe revocar la decisión adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se declaro la improcedencia de la acción. Siguiendo el criterio del ministerio publico, la Corte considera que la acción de tutela es procedente porque es el único medio para proteger los derechos fundamentales del actor.

Sobre las resoluciones expedidas por la CRT que regulan las condiciones con arreglo a las cuales las empresas de servicios públicos deben remunerar la utilización de las redes de interconexión, la Corte considera que la Comisión desbordo su competencia al sustituir al legislador en su actividad de crear normas objeto de su especialidad. Igualmente, con las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005 la Comisión desbordó su competencia al alterar la voluntad expresada por las partes en los contratos celebrados en 1998 sobre el cargo de acceso ya que dieron aplicación a la resolución 463 de 2001 no considerada por las partes en los contratos celebrados porque no era vigente en ese momento y aun si fuera posible aplicar dicha resolución, la Comisión no puede obligar a la E.T.B. a acogerse a las mismas condiciones de remuneración en todos sus contratos tal como lo hizo en la resolución 1303 de 2005 basándose en el principio de integralidad.

A pesar de que mediante las decisiones anotadas la CRT decidió el fondo de las pretensiones incoadas por Movistar, este presento demanda arbitral contra la E.T.B. con el fin de que se declarar el



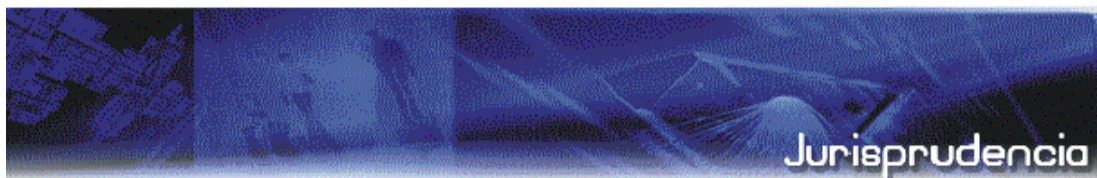
incumplimiento de los contratos celebrados en 1998 y que en consecuencia esa empresa fuera condenada a pagar con el cargo de acceso máximo por minuto, pretensiones que fueron acogidas por el Tribunal.

El Tribunal accionado incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico y sustantivo al vulnerar el derecho fundamental al debido proceso de la E.T.B. por las siguientes razones:

1. Defecto orgánico. La Sala concluye que el Tribunal incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico porque: (I) no se agotaron con antelación las etapas previstas a su conformación; y (II) aunque en gracia de discusión se aceptara la tesis del Tribunal de Arbitramento en el sentido de afirmar que no era necesario agotar las etapas de arreglo directo previstas antes de su conformación, la decisión de la CRT hacia incompatible la conformación de dicho Tribunal pues el conflicto ya había sido dirimido mediante los actos administrativos expedidos por la CRT.

2. Defecto sustantivo. La Sala concluye que el Tribunal incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo porque: (I) la E.T.B. no se encuentra obligada a acogerse a las mismas condiciones de remuneración en todos sus contratos en aplicación del principio de integralidad como pretendió imponerle el Tribunal fundamentándose en la resolución 463 de 2001, pues cada relación contractual es diferente y autónoma de las demás; (II) si se aceptara que la competencia de la CRT para expedir normas de intervención económica como la Resolución 463 de 2001 y la procedencia de aplicar a los contratos en cuestión normas posteriores, como lo hizo el Tribunal con el cargo de acceso por minuto, la aproximación al minuto solo tiene sentido si los usuarios utilizan por mas de treinta segundos el servicio, de otra forma esta tarifa afecta seriamente los derechos de los consumidores; (III) la condena impuesta a la E.T.B. por el Tribunal de Arbitramento si causa un perjuicio a la Empresa teniendo en cuenta las considerables sumas de dinero a que fue condenado y el carácter publico de los recursos debidos a la empresa privada demandante.

La E.T.B. podrá mantener las condiciones de remuneración pactadas en los contratos de Uso, Acceso e Interconexión celebrados en 1998, como señaló el Tribunal: “el párrafo del art. 9 relativo a que los operadores de TMC Y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución 463 de 2001”. Esta misma resolución 463 de 2001 que modifico los títulos IV y V de la Resolución 087 de 1997, sirvió de fundamento jurídico de la condena impuesta por el Tribunal de Arbitramento a la E.T.B., sin embargo, fue demanda en sus numerales adicionales que regulan particularmente las disposiciones sobre la fecha a partir de la cual los operadores telefónicos debían ofrecer opciones de cargos de acceso a los operadores que demanden



interconexión y la obligación de estos de acogerse a una de dichas opciones; la autoridad competente las declaró nulas y por tanto han desaparecido del ordenamiento jurídico y no pueden ser el fundamento jurídico de decisión alguna, pues precisamente respecto de esta resolución declarada nula, es que la CRT pretende producir efectos desde el primero de enero de 2002.

En virtud de lo expuesto quedo demostrado que la CRT y el Tribunal accionado vulneraron el derecho fundamental al debido proceso de la E.T.B y por tanto la Corte Constitucional en Sala Primera de Revisión revocó la decisión adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela, y en su lugar, concedió la protección del derecho fundamental conculcado. En tal sentido declaró la nulidad del laudo arbitral en comento.

Decisión

Primero. REANUDAR el término para resolver la revisión, suspendido por la Sala mediante auto del día 23 de septiembre de 2008.

Segundo. REVOCAR. La decisión adoptada el 5 de julio de 2008 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y en su lugar CONCEDER la tutela del derecho fundamental al debido proceso.

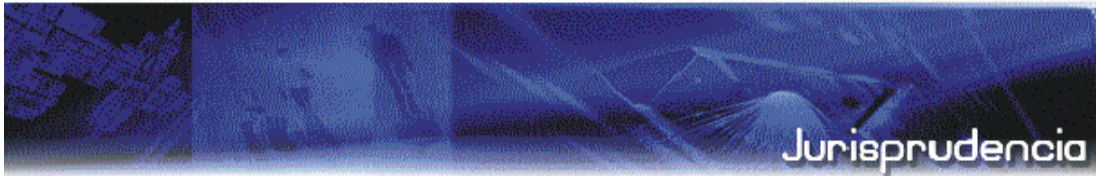
Tercero. DECLARAR la nulidad del laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2007.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA CLARA ELENA REALES GUTIERREZ

La Magistrada Clara Elena Reales Gutiérrez señala que las razones de su discrepancia se resumen en el desconocimiento de los precedentes jurisprudenciales en materia de tutela contra laudos arbitrales, en relación con tres puntos:

- (i) La procedencia de la tutela como mecanismo principal cuando se encuentra en trámite el recurso de anulación contra el laudo cuestionado;
- (ii) La existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela como mecanismo transitorio; y
- (iii) el papel del juez de tutela al examinar la supuesta existencia de un defecto sustantivo en un laudo arbitral.

“...A pesar de la aparente rigidez del recurso de anulación, el Consejo de Estado ha proferido sentencias mediante las cuales amplía la interpretación de las causales de anulación de los laudos arbitrales. Así, entre otras providencias, esa Corporación ha estudiado la posible



aplicación de la causal de nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, aún cuando la misma no se encuentra explícitamente consagrada como una causal para solicitar la nulidad de laudos surgidos de contratos regidos por la Ley 80 de 1993. Ha dicho el Consejo de Estado que *“(...) cabe el pronunciamiento de anulación de laudos por fuera de las citadas causales establecidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes eventos a saber: a) cuando exista nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, caso en el cual procede su declaratoria incluso de oficio y, por ende, invalida también el laudo (...)”*¹⁰.

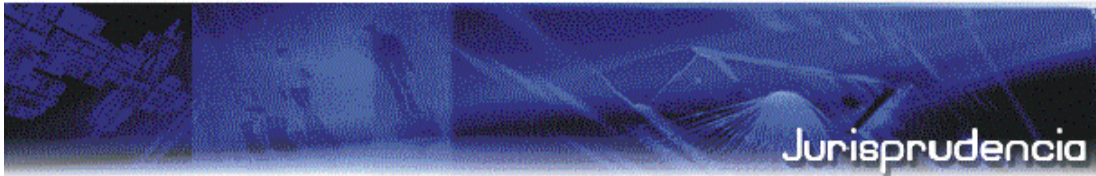
En otra sentencia, el Consejo de Estado se refirió a una causal de nulidad de los laudos arbitrales no fijada expresamente en la Ley. Indicó que procedía la nulidad del laudo, por violación del artículo 29 de la Constitución, cuando en el proceso se habían obtenido pruebas con violación del debido proceso: *“(...) procede la causal de nulidad de pleno derecho por la obtención de prueba con violación del debido proceso, establecida en el artículo 29 de la Constitución, pues si bien es cierto que las causales de nulidad son las establecidas taxativamente en la ley, lo cual contribuye ‘a la realización jurídica y material del debido proceso y a la seguridad jurídica’, la disposición constitucional citada establece una causal adicional que por mandato del artículo 4 ibídem impera sobre cualquiera otra disposición de orden inferior. La causal de nulidad referida afecta sólo la prueba viciada o puede comprometer la decisión cuando aquélla constituye su fundamento.”*¹¹

En resumen, señala la magistrada, las causales para la anulación de los laudos arbitrales, así como también la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, protegen el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia de la ETB. Por ello, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha señalado la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo principal cuando está en curso el trámite el recurso de anulación del laudo arbitral.

En la sentencia SU-174 de 2007, se reiteró que la acción de tutela contra laudos arbitrales sólo es admisible cuando en dichas actuaciones se incurre en una vía de hecho que implique una vulneración directa de un derecho fundamental. El carácter excepcional de la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales se

¹⁰ En esta sentencia el Consejo de Estado declaró infundado el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver un conflicto entre el Distrito turístico, cultural e histórico de Santa Marta, en calidad de parte convocada en el trámite arbitral, y la Sociedad concesionaria obras y proyectos del caribe S.A. Sentencia del 8 de junio de 2006, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio

¹¹ En esta sentencia el Consejo de Estado negó el recurso de anulación interpuesto por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil contra el laudo arbitral proferido por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre esta entidad y la Planta Terminal de Distribución de Productos del Petróleo Antioquia S.A. - Terpel Antioquia S.A. Sentencia del 19 de junio de 2000, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque



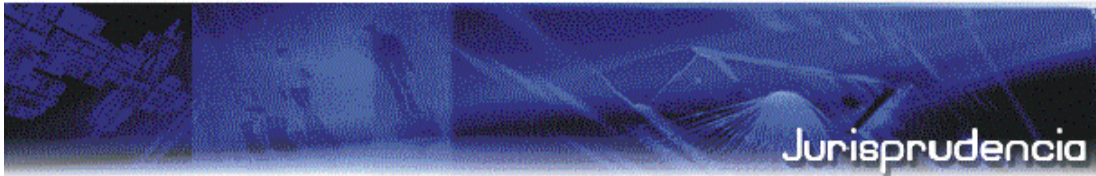
deriva de: “(a) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales, (b) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje, (c) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales, y (d) la procedencia taxativa de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros.”

En esta providencia se especificó la doctrina de las vías de hecho para adaptarse a las características propias del proceso arbitral. En relación con la vía de hecho por defecto sustantivo, la Corte afirmó que sólo se configura cuando: “el laudo, al fundarse en una norma clara y evidentemente inaplicable al caso concreto, ha vulnerado de manera directa un derecho fundamental. Las discrepancias interpretativas o los errores argumentativos no tienen la entidad suficiente para que se configure una vía de hecho. En efecto, las interpretaciones de la ley y del contrato efectuadas por los árbitros gozan, como se vio, de una sólida protección constitucional debido a que las partes de forma voluntaria les han confiado la resolución de sus controversias a pesar de haber podido seguir la regla general de acudir a la justicia estatal. En esa medida, únicamente se configura una vía de hecho por defecto sustantivo cuando con el fundamento esencial del sentido del laudo se vulnera de manera directa un derecho fundamental.”

La vía de hecho por defecto orgánico, según la Corte “tiene requisitos particularmente exigentes para su configuración, puesto que [...], los tribunales arbitrales tienen un margen autónomo de interpretación para determinar el alcance de su propia competencia. En consecuencia, para que se presente este tipo de vía de hecho es necesario que los árbitros hayan obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la ley, al pronunciarse sobre materias no transigibles. Así mismo, dado que las causales de procedencia del recurso de anulación incluyen hipótesis relativas a la falta de jurisdicción o competencia del tribunal, es indispensable que se haya interpuesto dicho recurso en forma oportuna contra el laudo que se ataca, y que luego de su resolución subsista el defecto orgánico. Las meras discrepancias respecto de la interpretación de la propia competencia efectuada por el tribunal arbitral no son suficientes para configurar este tipo de vías de hecho. Dado que son en principio los árbitros quienes están llamados a decidir el alcance de su competencia con base en la habilitación de las partes, el juez de tutela sólo podrá determinar si han incurrido en un exceso manifiesto, por salirse en forma protuberante del ámbito de su competencia.”

Por su parte, el defecto procedimental en laudos arbitrales “se configura cuando se ha adoptado el laudo en forma completamente por fuera del procedimiento establecido legal o convencionalmente para el proceso arbitral respectivo, y con ello (a) se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción de las partes, o de una garantía constitucional integrante del derecho fundamental al debido proceso, y (b) dicha vulneración directa de





derechos fundamentales ha sido determinante del sentido del laudo atacado, es decir, si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una decisión arbitral distinta en ese caso concreto”.

Finalmente, el defecto fáctico se da en los eventos en que “los árbitros han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso, han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable [...], eventos que conllevan una vulneración directa de derechos fundamentales. Es necesario que en estos casos, el defecto haya sido determinante del sentido de la decisión finalmente plasmada en el laudo. Al igual que con los otros tipos de vía de hecho, es indispensable que las partes interesadas hayan hecho uso de los recursos que consagra el ordenamiento jurídico para controlar el laudo que les afecta, y que con posterioridad a la resolución de dichos recursos, persista el defecto fáctico con clara violación de un derecho fundamental.”

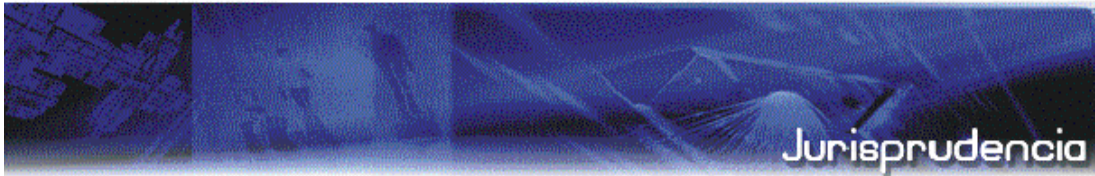
Además, en diferentes ocasiones la Corte ha considerado que el recurso de anulación es idóneo y efectivo para la solución de controversias particulares.¹²

De esta manera, la jurisprudencia de la Corte ha rechazado precisamente los argumentos esgrimidos en la sentencia de la que discrepa.

Adicionalmente, la presente decisión de tutela también se aparta de la jurisprudencia de la Corte acerca de la existencia de un perjuicio irremediable. En el asunto bajo estudio no se estaba ante un perjuicio irremediable que cumpliera los requisitos exigidos por la

¹² En la sentencia T-608 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa) la Corte consideró que el recurso de anulación del laudo arbitral, que había sido presentado aunque no había sido decidido, le impedía estudiar la tutela presentada por el convocado que consideraba que el laudo arbitral era un vía de hecho : “Así las cosas, no podría el juez constitucional, y en particular esta Sala de Revisión, invadir la órbita de competencia asignada por la ley al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, decidiendo en forma paralela y casi simultánea sobre el mismo asunto: la presunta ilegalidad del laudo arbitral recurrido. Más aún, si como obra en las pruebas recogidas por esta Sala de Revisión (a folio 276), Fiberglass sustentó el recurso de anulación en varias de las causales consagradas en el artículo 38 del Decreto 2779/89, particularmente las contenidas en los numerales 2º, 8º y 9º, para lo cual utilizó, respecto de las dos últimas, los mismos fundamentos jurídicos que ahora promueven la acusación en sede de tutela; es decir, aquellos dirigidos a demostrar el error de interpretación del tribunal de arbitramento al reconocer la existencia de un contrato de agencia comercial entre las partes y desconocer el de suministro.” En la sentencia T-1223 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil) la Corte estudió una tutela interpuesta por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que consideraba que un laudo arbitral, en el cual había sido condenada dicha entidad, constituía una vía de hecho, por diversas razones. El Ministerio no había ejercido todos los recursos en el proceso arbitral ni había interpuesto el recurso de anulación del laudo. Para la Corte, los mecanismos de defensa previstos en la Ley eran suficientes e idóneos, por lo que la tutela resultaba improcedente: “pero la acción es improcedente, porque el ordenamiento cuenta con mecanismos adecuados para que las partes contradigan las decisiones arbitrales, que los apoderados de La Nación no utilizaron, y la acción de tutela no ha sido establecida para solventar la incuria procesal de las partes.”





Corte Constitucional, a saber: que fuera (a) **inminente**, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (b) **grave**, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (c) que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean **urgentes**; y (d) que la acción de **tutela sea impostergable** a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. A pesar de la alta cuantía de dinero que involucra el presente proceso, la ejecución del laudo cuestionado se encontraba suspendida, por lo que no se trataba de un perjuicio inminente que requiriera medidas urgentes y por lo mismo, la tutela era postergable.

Adicionalmente, la jurisprudencia es clara en que los daños económicos no generan por sí solos un perjuicio irremediable, por más de que su cuantía sea elevada. En esta sentencia, ni siquiera se hace referencia a los casos excepcionales en los que la jurisprudencia ha admitido que un daño económico resulte en un perjuicio irremediable - aunque resultaba evidente que el presente caso no hacía parte de dichas excepciones.

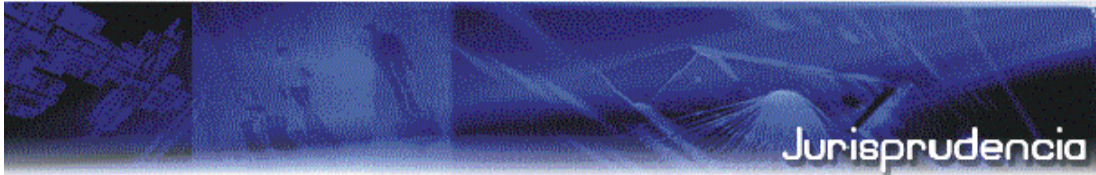
La Corte ha considerado los daños económicos no generan perjuicios irremediables desde el punto de vista constitucional. En la sentencia de unificación SU-544 de 2001¹³, la Corte declaró improcedente una acción de tutela entablada contra la decisión de designar a una persona en un cargo público, cuando se alegaba que dicho nombramiento provocaba un perjuicio económico a quien no había sido seleccionado. Acerca de la acción de tutela como mecanismo transitorio, la Corte señaló que *“la medida cautelar reforzada que constituye la tutela como mecanismo transitorio, exige que la amenaza que se cierne sobre los derechos fundamentales de las personas sea de tal naturaleza que, salvo que intervenga la justicia constitucional, se presentará un menoscabo en extremo gravoso para la persona. [...] || En la tutela como mecanismo transitorio, no basta con la existencia de un peligro inminente para el Derecho Fundamental. Se requiere un presupuesto más: que de consumarse la vulneración, se ocasione un perjuicio irremediable. Es decir, que hay urgencia de tomar medidas cautelares, porque de no hacerlo, se consumaría un daño irreparable. [...] || Como corolario de lo anterior, resulta que si el mecanismo principal únicamente permite una indemnización, [...] resulta imposible acudir a la tutela como mecanismo transitorio. En estos casos el perjuicio no es irremediable, porque el ciudadano siempre obtendrá la satisfacción de sus derechos a través de la acción principal, sin peligro alguno de daños irreparables, pues está de por medio una satisfacción meramente patrimonial, que en todo caso le será reconocida de manera integral.”*

Adicionalmente, en la sentencia T-1017 de 2006¹⁴ la Corte declaró la improcedencia de una tutela interpuesta por una unión temporal a

¹³ MP Eduardo Montealegre Lynett, SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Álvaro Tafur Galvis

¹⁴ MP Marco Gerardo Monroy Cabra.





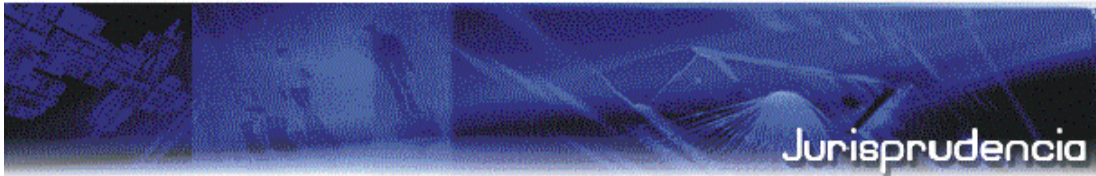
quien se había declarado la nulidad y la liquidación de un contrato de concesión. La accionante estimaba que mientras se controvertía judicialmente dicha decisión se configuraba un perjuicio irremediable por el hecho de que la liquidación del contrato resultaba en la reclamación de unos valores adeudados por ella. La Corte señaló que:

“[...] es claro que los reclamos de la parte demandante no prueban suficientemente la existencia de dicho perjuicio, porque la naturaleza del daño invocado por la unión temporal es económica, al punto que el abogado de la misma reconoce que en la liquidación del contrato, el Municipio de Cali ha decidido cobrar unas sumas de dinero que supuestamente [...] deben ser pagadas por sus clientes.”

Ahora bien, la Corte ha reconocido que excepcionalmente controversias que en principio son de naturaleza económica, pueden resultar en la vulneración de derechos fundamentales y en la configuración de perjuicios irremediables que ameritan la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio. En la sentencia SU-219 de 2003¹⁵ la Sala Plena estudió la admisibilidad de una acción de tutela presentada por varias sociedades que habían constituido un consorcio con el fin de perfeccionar un contrato de concesión con INVIAS para la construcción, mantenimiento y operación de un proyecto vial. Los accionantes buscaban proteger sus derechos fundamentales dado que INVIAS había declarado la caducidad del contrato e inhabilitado a los socios del consorcio para contratar con el Estado por un término de 5 años. La Corte consideró que para verificar la eficacia e idoneidad de la acción contencioso administrativa era necesario analizar si y en dicho caso existía un perjuicio irremediable, pues *“el conflicto planteado trasciende[e] el ámbito puramente legal, sobre la interpretación y aplicación de la ley contractual, para comprender un aspecto de naturaleza constitucional que demande la protección especial del juez de tutela de manera inmediata.”* En esa ocasión, la Sala Plena determinó que era necesario admitir la procedibilidad de la tutela como mecanismo transitorio, pues sin la acción de tutela, las sociedades accionantes perderían la capacidad jurídica para desempeñar y desarrollar su objeto social. Dijo lo siguiente sobre lo que significa para una sociedad contratista *“la reducción prácticamente total del ámbito de su capacidad jurídica”*:

“[C]onstata la Corte que el acto administrativo objeto de análisis en el presente proceso incide de manera grave, directa y prolongada sobre el derecho fundamental de las personas jurídicas a ejercer su personalidad jurídica (artículo 14 C. P.). Uno de los efectos del acto administrativo, en este caso, consiste en impedir que los socios de COMMSA S.A. ejerzan de manera efectiva su capacidad jurídica por el lapso de cinco años, dado que esa es la consecuencia de la inhabilidad sobre sociedades cuyo objeto principal es contratar con el Estado. Constituye un perjuicio irremediable

¹⁵ MP Clara Inés Vargas Hernández; SV Álvaro Tafur Galvis.



la reducción prácticamente total del ámbito de su capacidad jurídica. De tal manera, que la Corte pasará a analizar si dicho efecto es la consecuencia legítima de un acto administrativo expedido de conformidad con la Constitución, en especial respetando el debido proceso administrativo.”

En el mismo sentido, en la sentencia T-1017 de 2006 precitada la Corte indicó

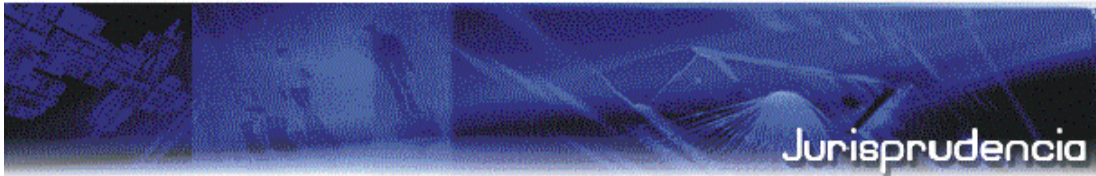
“..Tampoco encuentra probado un perjuicio de tal magnitud que pudiera poner en peligro la existencia de las empresas que conforman la unión temporal, pese a que el informe de la contadora se refiera a los efectos negativos de la liquidación. Para la Sala, la proyección de los efectos económicos negativos de la liquidación no prueba por sí misma la existencia de un perjuicio irremediable, pues no magnifica sus efectos para el caso concreto. Por demás, los perjuicios derivados de la liquidación del contrato están condicionados por la decisión final que adopte la jurisdicción contencioso administrativa, hecho que impide considerarlos como irremediables. Adicionalmente, respecto de las consecuencias negativas que en el terreno laboral pueden presentarse a raíz de la liquidación del contrato, esta Sala considera que además de que las mismas no pueden ser invocadas por la unión temporal como prueba de un perjuicio irremediable propio, sólo los trabajadores afectados estarían legitimados para invocarlo.”

En síntesis, la jurisprudencia ha señalado que cuando se alega la existencia de un daño económico generado en una controversia contractual como justificación para la procedencia de la acción de tutela proceda como mecanismo transitorio, es necesario que además existan daños distintos de los económicos, tales como la pérdida de la capacidad jurídica para realizar el objeto social de la persona jurídica, que hagan impostergable la acción de tutela.

En el caso que se analiza en esta ocasión, la suspensión del laudo arbitral mediante dentro del recurso de anulación hizo desaparecer la inminencia del supuesto perjuicio. Adicionalmente la ETB no alegó que su existencia como persona jurídica dependiera del no pago de los daños y perjuicios ordenados por el Laudo Arbitral. A dicha deducción tampoco se puede llegar de manera independiente. En esa medida, no existía un perjuicio irremediable, grave, e inminente que hiciera procedente la tutela como mecanismo transitorio. La presente sentencia de tutela se aparta de esa clara línea jurisprudencia al considerar la eventualidad que daños económicos para una de las partes y el alto monto de los mismos como un perjuicio irremediable.

Aun cuando considera que la presente tutela ha debido ser declarada improcedente, la sentencia también señala la existencia de defectos sustantivos que supuestamente hacían procedente la acción de tutela.





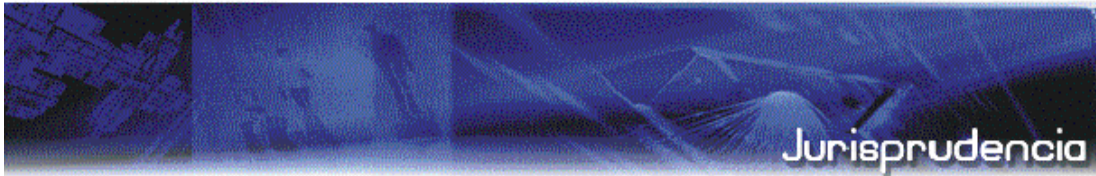
En relación con este punto, aun cuando los demandantes se limitaron a alegar la existencia de defectos fácticos, procedimentales y orgánicos, una lectura generosa de la demanda podría llevar a evaluar la posible existencia de un defecto sustantivo no alegado expresamente. Si bien la informalidad de la acción de tutela permite que el juez proteja todos aquellos derechos que resulten vulnerados con la actuación u omisión alegados, así éstos no hayan sido alegados expresamente por las partes, esta posibilidad debe ser estudiada más cuidadosamente cuando se trata de tutela contra providencias judiciales.

En la demanda de tutela se afirma que el laudo atacado incurre en varios defectos que configuran una vía de hecho. Primero, señala la existencia de un defecto orgánico y procedimental, por desarrollar un proceso arbitral sin haber agotado la etapa relativa al comité mixto de interconexión. Segundo, indica que existe un defecto fáctico por no haber tenido en cuenta, o valorado correctamente, pruebas que evidenciaban que no se agotó dicha etapa de solución de controversias. Tercero, sostiene que se incurrió en un defecto orgánico y procedimental por haber alterado el contenido de actos administrativos que gozan de la presunción de legalidad y no pueden ser modificados por un tribunal de arbitramento.

Además, en la sección del escrito de tutela en la que se trata el tema del defecto orgánico y procedimental por modificar actos administrativos, el apoderado de la ETB indica que el laudo arbitral también *“incurrió en una vía de hecho”* al aplicar al caso el régimen de retribución establecido en la resolución 463 de 2001. Este argumento sólo se deduce del escrito de tutela y no se lee directamente de ella. Por esta razón, considera que la Sala no ha debido siquiera entrar a resolver si en el laudo se incurría en un defecto sustantivo. Aunque es la obligación de un juez de tutela identificar los puntos de vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes así éstos no los hayan alegados en el escrito de tutela, dicha regla se dirige a proteger a personas que por sus condiciones de indefensión o desconocimiento del derecho no pueden distinguir con exactitud los argumentos jurídicos acerca de la vulneración de sus derechos. Esta misma regla debe ser aplicada de manera más restrictiva en casos como el presente en los que participan abogados con gran experiencia y conocimiento, que han asesorado a las partes desde la misma negociación del contrato y los han acompañado en el proceso arbitral y en el trámite del recurso de anulación ante el Consejo de Estado.

En el presente caso, la sentencia de tutela decidió anular el laudo bajo argumentos que no son explícitos en la acción de tutela, haciendo como si los defectos analizados vinieran del mismo escrito de tutela y sin hacer explícito por qué se estaba pronunciando frente a una vulneración no alegada por los accionantes.

El laudo arbitral contra el que se interpone la tutela, no incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo. Lejos de esto, los argumentos y el análisis de dicha providencia fueron razonables, balanceados y exhaustivos en confrontar y rebatir uno a uno los



argumentos de la ETB y no se advierte en ellos un error manifiesto o una arbitrariedad. Por esta razón, la decisión de tutela se aparta de la jurisprudencia constitucional acerca la configuración de los defectos orgánico, procedimental, fáctico y sustantivo en las providencias judiciales y sobre el papel que tiene el juez de tutela al examinar una supuesta vulneración del derecho al debido proceso por parte de una providencia judicial.

El Tribunal de Arbitramento no incurrió en un defecto en cuanto a la decisión de avocar competencia para decidir el caso.

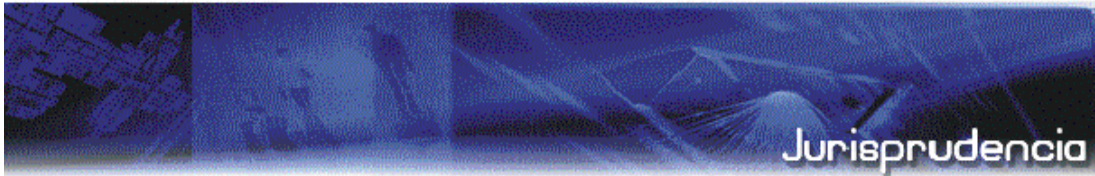
Desde el inicio del proceso arbitral, la ETB argumentó que el tribunal de arbitramento no era competente para resolver la disputa entre ella y Telefónica. Consideró que (i) el contrato entre la ETB y Telefónica establecía que antes de acudir a un Tribunal de arbitramento había de conformar al Comité Mixto de Interconexión (CMI), lo cual no sucedió en este caso. (ii) En entender del accionante, el laudo modificó y “dejó sin efectos” dos resoluciones de la CRT que ya habían dado solución a la disputa entre las dos organizaciones. El Tribunal de Arbitramento refutó dichos argumentos de la siguiente manera:

Respecto de la supuesta obligación de acudir al CMI, el Tribunal esgrimió dos argumentos. En primer lugar, evidenció que “o bien las partes acordaron tácitamente prescindir de la instancia del CMI para resolver el conflicto, o bien esa instancia fue cumplida, sin que hubiera aportado solución alguna a la controversia.” Tras un estudio de las pruebas, el Tribunal concluye que se demostró (i) que “no existe evidencia de que la ETB, en algún momento hubiera expresado la necesidad de llevar la discusión a dicho Comité, o siquiera su interés en hacerlo”¹⁶ (ii) el hecho de que “la ETB considerara cumplida la etapa de discusión al interior del CMI o su conformidad con prescindir de ella”¹⁷, (iii) que “los representantes legales de las partes se reunieron

¹⁶ A continuación se transcribe parte del análisis probatorio realizado por el Tribunal: “[O]bra en el expediente [...] una comunicación dirigida por el representante legal de Telefónica al Presidente de la ETB, de fecha 30 de marzo de 2005 en la que manifiesta: ‘Con el fin de procurar un arreglo directo entre los representantes legales de nuestras empresas en relación con el valor del cargo de acceso que reconoce ETB a Telefónica móviles Colombia S.A. por el uso de la red en las llamadas internacionales entrantes, nos gustaría reunirnos con usted de acuerdo con el procedimiento para la solución de diferencias planteada (Sic) en el contrato suscrito entre las partes el 13 de noviembre de 1998.’ [A] folio 311 del Cuaderno de Pruebas número 1 del expediente, obra otra comunicación de fecha 11 de abril de 2005, dirigida por el presidente de Telefónica al presidente de la ETB, en la que expresa: ‘De acuerdo con lo previsto en la cláusula Décima Segunda del contrato [...] me permito invitarlo a una reunión el próximo jueves 14 de abril de 2005, a las 4:00 P.M. en las oficinas de Telefónica Móviles Colombia S.A. ubicadas en la Calle 100 número 7-33 piso 18, con el fin de agotar la última instancia de arreglo directo y buscar un acuerdo entre los representantes legales de las compañías en el conflicto suscitado por la aplicación de la regulación en relación del (Sic) valor del cargo de acceso que ETB reconoce a Telefónica Móviles Colombia S.A. por el uso de la red en las llamadas internacionales entrantes.’”

¹⁷ Esto lo confirma con “la comunicación de fecha 9 de noviembre de 2005, suscrita por su representante legal, mediante la cual devuelve la cuenta de cobro que le ha enviado Telefónica y en la que expresa: ‘ETB propone que se lleve a cabo una nueva reunión para intercambiar opiniones sobre el particular e, incluso, para explorar la posibilidad de modificar el acuerdo respecto del valor de los cargos de acceso, en consideración a los costos en que debe incurrir TELEFONICA por permitir el uso de su red en la terminación de llamadas internacionales entrantes a sus usuarios.’ [L]a decisión de dar por cumplida





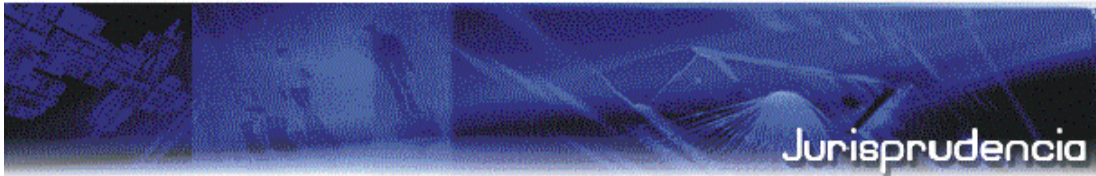
para debatir la controversia relacionada con los cargos de interconexión, sin que hubieran logrado un acuerdo”¹⁸, y más importante, (iv) que el conflicto sí había sido debatido al interior del CMI¹⁹.

dicha etapa o prescindir de ella, tiene sentido si se tiene en cuenta que en la cláusula de solución de controversias, la intervención de los representantes legales de los contratantes estaba prevista como una instancia posterior al CMI para obtener la resolución de las discrepancias.”

¹⁸ El Tribunal constata que “en la transcripción del testimonio de Martha Helena Díaz Granados, que no obstante ha sido tachado por sospecha por el apoderado de ETB, ha sido citado en forma reiterada en sus alegaciones finales, aparece: ‘DR. SÁCHICA: En el relato que nos acaba de hacer mencionó que al momento se reunieron con ETB, nos puede contar qué pasó en esa reunión y nos puede decir si además de esa reunión se dieron otras reuniones donde las partes revisaron el tema y los discutieron? || SRA. RUIZ: Hay comités mixtos de interconexión y se hacían, en ninguno estuve presente de manera que no me consta lo que haya pasado en esas reuniones, se que había reuniones del comité mixto de interconexión. En particular en la reunión en que estuvo el Presidente de la compañía con el Presidente de la ETB se que la decisión del Presidente de la ETB fue no aceptar remunerar a los valores establecidos en la resolución 463, incluso les manifestamos acudamos de mutuo acuerdo ante la CRT porque el tema es tratábamos de agotar todas las instancias de acercamiento y de resolver de manera directa y el conflicto pero no nos podíamos ver truncados en nuestro derecho por la falta de aquiescencia de la ETB, entonces ya ante la negativa, le solicitamos incluso eso, que acudiéramos de manera conjunta a la solución de conflictos, ellos dijeron que no entonces fuimos de manera individual y presentamos la solicitud de resolución de controversias.’ || Luego, durante la misma declaración, el apoderado de la ETB preguntó: ‘DR. HERRERA: Sabe y le consta si en la aludida reunión el Presidente de la ETB o alguno de los asistentes representantes y funcionarios de empresa pensaron fórmulas de arreglo en torno a la negociación del minuto? || SRA. RUIZ: En esa reunión en particular, en la última que se presentó entre los presidentes de Telefónica Móviles Colombia y de la ETB no se presentó ninguna fórmula y lo único que se manifestó fue una fórmula anterior que tenía un valor absolutamente inferior, ni siquiera se expresó el valor... simplemente se había dicho que se mantenían en su posición que era su posición de siempre donde o reconocían eso o máximo \$20 pesos más quizá, lo cual era totalmente inaceptable porque nosotros no estamos hablando de negociar un cargo sino de obtener la remuneración de una interconexión a un cargo fijo.’”

¹⁹ El Tribunal observa que “en la declaración de Juan Carlos Niño, cuyo testimonio no fue tachado por el apoderado de la parte convocada, se afirmó en forma clara y contundente que el conflicto había sido debatido al interior del CMI, en los términos siguientes: ‘DRA. MURRLE: Ha mencionado en una respuesta al iniciar su declaración y a propósito de la explicación que le solicitó el doctor Henao de cómo escalaban los conflictos hasta el punto que si no se resolvía iba a un CMI, Comité Mixto de Interconexión, en el caso de la controversia que se ha suscitado recuerda cómo participó el CMI, si participó o no, y quiénes integraban ese comité para ese momento? || SR. NIÑO: El CMI por parte de Telefónica generalmente en los participantes está Norma Quiroz por el área legal de Telefónica Móviles, hay un representante del área técnica que en ese tiempo era Walter Correa o Carlos Díaz y está José Vicente Rodríguez o estoy yo, somos los miembros que tradicionalmente estamos en el CMI. Por parte de ETB está Juana Duque, creo que está también el doctor Cala, aunque tradicionalmente muchos de estos CMI se realizan con la doctora Juana Duque y también está un representante que es Diego no recuerdo el apellido, que también trabaja en el área del doctor Cala. || ‘El CMI sí habló del tema, nosotros varias veces hablamos de ese tema, hasta el punto que llegamos a tener esa reunión en la oficina del vicepresidente financiero de Telefónica Móviles con el doctor Cala y la doctora Juana Duque porque ya se llegó un momento en el cual las partes sabíamos que no íbamos a tener un acuerdo en cuál era el valor por lo tanto hablamos con nuestro vicepresidente financiero y en algún momento hasta se propuso una charla entre los dos presidentes de las compañías, charla que creo nunca se dio. || ‘DRA. MURRLE: O sea que CMI sí conoció del tema y simplemente no lo resolvió? || ‘SR. NIÑO: Sí conoció el tema y no se llegó a un acuerdo porque las posiciones de las partes eran completamente opuestas, los miembros del comité sabíamos que este tipo de conflictos no íbamos a llegar a un acuerdo y teníamos que seguirlo escalando a representantes legales.’ [...] || En el mismo sentido se pronunció el representante legal de la Telefónica Móviles Colombia S.A., Darío Arango Díez, durante el interrogatorio de parte, rendido a solicitud de la parte convocada, en los siguientes términos: ‘DR. HERRERA: Sí señor. Por qué Telefónica Móviles no recurrió a agotar la etapa previa distancia solución de conflictos denominada comité mixto de interconexión? || ‘SR. ARANGO: Telefónica agotó todas las instancias que había en el contrato, incluyendo el comité mixto de interconexión.’”



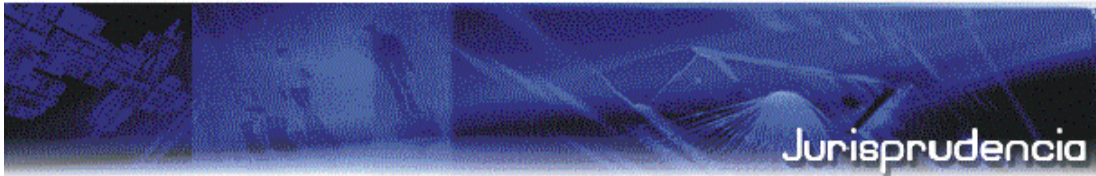


En segundo lugar, el Tribunal consideró que la falta de cumplimiento de etapas o trámites pactados para ser evacuados previa la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento no inhibía la integración de éste. Para llegar a esta conclusión, se fundamentó en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Indicó que *“el mismo pronunciamiento del Consejo de Estado citado por el apoderado de la ETB²⁰, establece, claramente que ‘sobre el contenido de esta parte inicial del pacto arbitral, en el cual, las partes convinieron que antes de acudir al tribunal de arbitramento intentarían solucionar el conflicto mediante arreglo directo, resulta pertinente precisar que tales estipulaciones, fijadas como requisito previo a la convocatoria del tribunal de arbitramento, en manera alguna pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral’ y agregó que ‘las partes no se encuentran facultadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad que sólo pueden establecerse por vía legislativa, máxime si se tiene presente que las normas procesales son de orden público, de derecho público y, por ende, de obligatorio cumplimiento [...].’ Lo anterior, para concluir que ‘la inobservancia de esos requisitos convencionales, en manera alguna pueden tener efectos procesales frente a los árbitros, para impedirles que asuman conocimiento del asunto, ni tienen entidad para afectar la validez de sus decisiones.’”*

El Tribunal explicó que el fundamento de dicha decisión del Consejo de Estado, *“[...] lo constituye el hecho de que a las partes les esté vedado hacer acuerdos sobre la caducidad de la acción, de manera que admitir la obligatoriedad del agotamiento de etapas previas a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, bien podría traducirse en despojar al interesado de su derecho del libre acceso a la administración de justicia. En efecto, en la sentencia en mención se dispone: ‘La imposibilidad en que se encuentran las partes para convenir requisitos de procedibilidad que obligatoriamente debieren agotarse antes de ejercer las acciones correspondientes ante el respectivo juez arbitral -cuestión que incluye la convocatoria misma del correspondiente tribunal-, encuentra reafirmación clara en el hecho evidente de que a las partes no les es dado negociar la suspensión o la interrupción del término de caducidad consagrado en la ley para determinadas acciones judiciales; nótese que si las partes pudieren convenir o acordar determinados requisitos de procedibilidad, con efectos vinculantes para el juez arbitral, como por ejemplo definir el transcurso de un tiempo mínimo o el agotamiento de ciertas formas de solución alternativa de conflictos como la conciliación, antes de que puedan presentar su correspondiente demanda o convocatoria, naturalmente deberían poder acordar también que mientras se agotan esos requisitos no transcurrirá el término de caducidad de la acción o que el mismo se tendría por suspendido, materia sobre la cual, se insiste en ello, en modo alguno pueden disponer convencionalmente las partes.’”*

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.C. cuatro (4) de diciembre de dos mil seis (2006). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 11001032600020060002900. Expediente: 32871. Actor: Consorcio Lar. Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano Idu. Referencia: Recurso de Anulación de Laudo Arbitral.





Continúa el Tribunal señalando que el hecho de que “*el incumplimiento de las etapas o instancias de solución de controversias pactadas por las partes en un contrato para ser evacuadas con anterioridad a la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, no impide la iniciación unilateral del correspondiente proceso arbitral, y por consiguiente no afecta la competencia del panel designado para resolver la controversia*”. Esto a su vez lleva a concluir que “*tampoco es procedente sostener que de tales etapas deban darse necesariamente en forma sucesiva, es decir, que los representantes legales de las partes solamente podrían reunirse válidamente para resolver el conflicto, si el CMI previamente había avocado el conocimiento del asunto.*”

En cuanto al supuesto agotamiento del conflicto como consecuencia de la expedición de las resoluciones 1269 de 2005 y 1303 de 2005, el Tribunal sostuvo que dichos actos administrativos particulares no impedían que la controversia fuera debatida ante un juez o arbitro, y que la posibilidad de llevar dicho debate en sede judicial era necesaria para preservar el acceso a la administración de justicia.

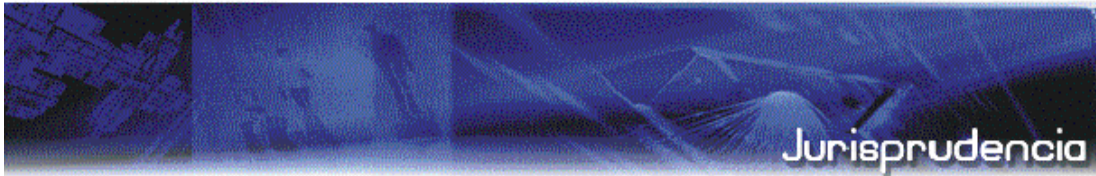
Según el análisis seguido en el Laudo, de acuerdo con la normatividad y jurisprudencia vigentes “*las funciones y facultades asignadas a las Comisiones de Regulación son eminentemente administrativas [...] y no confieren atribuciones de carácter jurisdiccional. [...] [N]o puede admitirse que los pronunciamientos de índole administrativa realizados por la CRT, hayan ‘agotado’ la competencia del Tribunal de Arbitramento, que por expresa disposición constitucional se encuentra investido de la facultad de administrar justicia.*”²¹ El tribunal consideró que

“para decidir las pretensiones principales de la demanda se requiere un análisis que escapa de la competencia de la CRT como entidad reguladora de carácter administrativo. En efecto, decidir las pretensiones de la demanda implica para el Tribunal realizar un estudio de la conducta de las partes desde el punto de vista contractual y de la forma en que se aplican a los contratos celebrados entre ellas las normas que los rigen. || En cambio, la solicitud formulada a la CRT, tiene que ver con el ejercicio de las facultades de decisión atribuidas por la ley, que deben enmarcarse dentro de su función regulatoria encaminada a la promoción de la competencia en la prestación de los servicios públicos, a evitar el abuso de la posición dominante y a que se produzcan servicios de calidad.

Lo anterior hace evidente [...] el distinto carácter de las atribuciones que por expresa disposición legal corresponden a las Comisiones de Regulación y a los Tribunales de Arbitramento: administrativas las de aquéllas y judiciales las de éstos.

[...] [N]o puede afirmarse que la CRT decidió las pretensiones contenidas en la demanda arbitral y [...], en consecuencia la competencia de este Tribunal de Arbitramento quedó agotada. [...] [S]i bien ciertamente para decidir la controversia sometida a su

²¹ Cita la sentencia T-244 de 2007 (MP Humberto Sierra Porto)



consideración, habrá de hacer referencia a las Resoluciones expedidas por la CRT para determinar cómo inciden en la relación contractual, de ninguna manera se ocupará de estudiar y mucho menos de decidir sobre la legalidad de tales actos administrativos, en cuanto las pretensiones de la demanda no incluyen, ni expresa ni tácitamente, una solicitud a este respecto.

[...] [L]as pretensiones de la demanda no implican el pronunciamiento del Tribunal “sobre las consecuencias económicas de lo decidido de fondo por la **CRT**”, pues, como se ha reiterado, la decisión del Tribunal se centra en el análisis de los contratos celebrados entre las partes, su alcance, a la luz de las normas que les son aplicables, la conducta contractual desplegada por los contratantes y, por supuesto, de acuerdo con la demanda, en las consecuencias económicas, no de los actos administrativos expedidos por la Comisión de Regulación, como la afirma la demandada, sino de la mencionada conducta contractual de las partes.”

Como además se observa en el siguiente apartado, el laudo no modificó las resoluciones de la referencia. El Tribunal reconoció esto y sostuvo que los mencionados actos administrativos se “*encontraban ejecutoriados y eran exigibles*”.

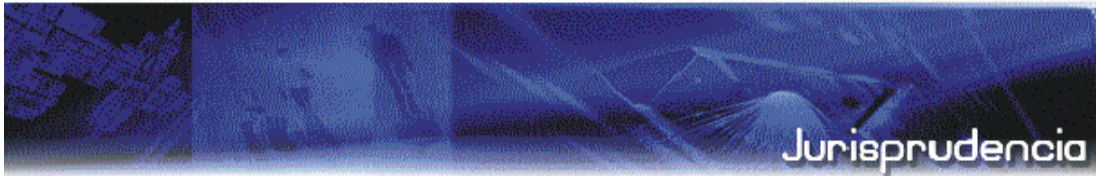
En resumen, las razones por las cuales el Tribunal de Arbitramento desestimó los argumentos de la ETB fueron (i) una apreciación de los procedimientos para la solución de diferencias consagrados en el contrato, (ii) un análisis probatorio, (iii) una interpretación acerca de la jerarquía de los actos administrativos particulares respecto de las providencias judiciales, y (iv) una lectura de las resoluciones de la Comisión.

Ahora bien, según la sentencia de tutela, “*resulta equivocado el argumento expuesto por el Tribunal de Arbitramento*”. Indica que “*la consecución de cada etapa dependía de que se surtiera la anterior*” y por ende, que “*la falta de conformación del Comité Mixto de Interconexión, [...] inhabilitaba la constitución de éste y lo hacía incompetente para decidir sobre el conflicto propuesto por Telefónica*”.

Obsérvese que el fundamento de la decisión de tutela es en realidad una diferencia de criterio acerca de si la etapa del CMI excluye a la etapa arbitral. Pero en la sentencia no se refutan los argumentos del laudo. No se indica la razón por la cual su interpretación del contrato es equivocada o arbitraria. Tampoco se contradice el análisis probatorio que estableció que en realidad dicha etapa sí se había agotado. El análisis realizado en la sentencia se dirige a mostrar la manera como el magistrado hubiere solucionado el problema; pero no expone razones tendientes a demostrar que la providencia acusada incurre en un defecto protuberante.

De otra parte, la sentencia de tutela señala que el Tribunal incurrió en un defecto orgánico, dado que “*el conflicto ya había sido dirimido mediante actos administrativos en firme y que gozaban de la presunción de legalidad – actos administrativos cuya legalidad sólo podía ser cuestionada por la jurisdicción contenciosa y no por la justicia arbitral – [...]*.” La Sala considera que





“[E]l laudo arbitral proferido [...] se pronunció implícitamente sobre el alcance de los actos administrativos particulares expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, pues con base en las pretensiones de Telefónica condenó a la E.T.B. a pagar ‘el valor establecido como cargo de acceso por tráfico internacional entrante a la red de TMC de su propiedad, determinado en la resolución CRT- 463 de 2001 “opción 1 cargos de acceso máximos por minuto’, a pesar de que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones había decidido que ‘TELEFÓNICA [...] no tiene derecho a elegir entre las opciones de cargos de acceso definidos en la Resolución CRT 463 de 2001.’ A juicio de esta Sala, es evidente que con esta actuación, el Tribunal de Arbitramento desbordó la competencia de la justicia arbitral por cuanto a ésta le está vedado pronunciarse sobre los actos administrativos proferidos por una autoridad administrativa en el ejercicio de sus funciones.

Entonces, para esta Sala el Tribunal de Arbitramento [...] incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico al pronunciarse sobre un caso ya decidido mediante actos administrativos particulares expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. En este sentido, para esta Sala, la conformación del Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir la controversia contractual entre la E.T.B. y Telefónica era incompatible con las decisiones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, pues la confrontación de dichas decisiones con el ordenamiento constitucional y legal es competencia exclusiva de la jurisdicción permanente y no de personas investidas transitoriamente de funciones judiciales.”

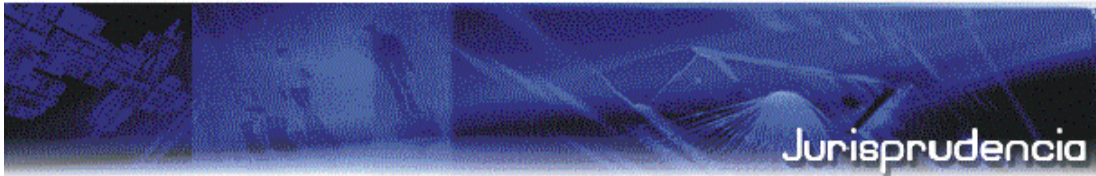
Contra este argumento es posible hacer dos reproches: primero, de nuevo, en la sentencia no se tienen en cuenta los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Arbitramento para contradecir la posición asumida por la ETB en el proceso arbitral y en la acción de tutela. No se hace siquiera mención del razonamiento del Tribunal.

De nuevo, ante dicha omisión es imposible concluir que en el laudo se incurrió en una vía de hecho.

Segundo, es equivocada la lectura que la Sala hace de las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005 a partir de la cual concluye que el Laudo modificó dichos actos. Al contrario, en el Laudo se confirmó la apreciación legal realizada en las mencionadas resoluciones.

Como se observa en los párrafos precitados, en la sentencia de tutela se afirma que el Tribunal, al haber ordenado pagar el cargo establecido en la “opción 1 cargos de acceso por minuto” es una modificación de la decisión de las resoluciones de la CRT de “negar la solicitud de Telefónica [...] por carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de la resolución CRT 463 de 2001.” No obstante, las dos afirmaciones anteriores se refieren a temas distintos y por ende son incomparables. Las Resoluciones 1269 y 1303, al negar la solicitud de Telefónica, se referían al derecho de escogencia, en cabeza la ETB del régimen de remuneración de interconexión. Por su parte, la “opción 1 cargos por acceso por minuto” mencionada en el Laudo arbitral se refiere a una de dos opciones de cargos por interconexión, contenida en uno de los regímenes de remuneración que la ETB podía escoger. Como se verá





en el apartado siguiente, el Tribunal, interpretando la normatividad de la misma manera que la CRT, decidió que la ETB ya había seleccionado un régimen de remuneración determinado, y que dentro de este, aplicaba la opción 1 de cargo de remuneración.

Como se cita en la sentencia de tutela, en la Resolución 1269, la CRT dispuso “*Negar la solicitud de Telefónica [...] por carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de la resolución CRT 463 de 2001*”. Recurrido este acto por Telefónica, la CRT resolvió el recurso interpuesto por Telefónica, mediante la Resolución 1303, señalando en la parte motiva que

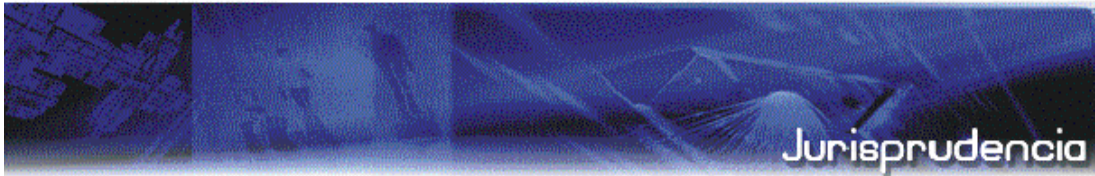
*“Dado que la **ETB** para algunas de sus interconexiones ya optó por la alternativa de cargos de acceso por capacidad tal y como se indicó en la Resolución recurrida, debido a la aplicación integral de las disposiciones contenidas en la Resolución 463 de 2001 que el artículo 5 de la misma impone, la interconexión existente entre **ETB** y **TELEFONICA** también deberá ser remunerada según las condiciones prevista en la resolución anteriormente mencionada. Lo anterior significa que en aquellas relaciones de interconexión remuneradas bajo el esquema de cargos de acceso por uso, deberá darse aplicación a lo dispuesto en la Tabla “Opción 1” del artículo 4.2.2.19 y en aquellas remuneradas bajo el esquema de cargos de acceso por capacidad deberán utilizarse los topes regulatoriamente definidos para esta alternativa en la Tabla “Opción 2” del citado artículo.*

*Teniendo claro lo anterior, es evidente que el análisis de la CRT en relación con los rangos de precios, si bien se encuentra ajustado a la regulación vigente, toda vez que la misma prevé la vigencia de los topes para los cargos de acceso y la posibilidad de que las partes de común acuerdo definan un valor diferente al establecido regulatoriamente, este análisis no era aplicable al caso concreto. Lo anterior, debido a que el precio acordado por las parte, fue fijado con antelación a la expedición de la resolución CRT 463 de 2001 y no bajo el rigor de la misma. En efecto, la regulación expedida en materia de cargos de acceso prevé dos escenarios diferentes: un primer escenario, es aquel en el cual los operadores pactaron en su relación de interconexión, **antes** de la entrada en vigencia de la Resolución 463 de 2001, un valor o precio de cargos de acceso, caso en el cual, si el operador legitimado para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de dicha resolución, decide acogerse a las condiciones previstas en la misma, deberán aplicarse los valores establecidos en el artículo 4.2.2.19 de la resolución CRT 087 de 1997 y un segundo escenario en el cual los operadores pactan en su relación de interconexión, **después** de la entrada en vigencia de la Resolución 463 de 2001, un valor o precio de cargos de acceso, caso en el cual los valores establecidos en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 deben entenderse como rangos a efectos de facilitar el libre acuerdo de las partes, si éste llegare a hacerse efectivo.”*

En consecuencia, la Comisión resolvió

“aclarar el artículo primero de la Resolución recurrida en el sentido de indicar que si bien TELEFÓNICA [...] no tiene derecho a elegir entre las opciones de cargos de acceso definidos en la Resolución CRT 463 de 2001, a la interconexión existente, [...] sí se le aplica el concepto de





Integralidad definido en la parte final del artículo 5 de la mencionada resolución, en consecuencia esta interconexión deberá remunerarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997²².

Como se observa en la misma Resolución precitada, una cosa es la escogencia del régimen de la Resolución 463 de 2001, y otra, en el caso que efectivamente se seleccione dicho régimen, la escogencia de una de las dos opciones establecidas en dicha Resolución. Entonces, las razones por las que la sentencia de tutela considera que existe un defecto orgánico provienen de una apreciación errónea de las resoluciones mencionadas y de lo ordenado por el laudo.

El Tribunal no incurre en un defecto sustantivo al definir el mecanismo de remuneración

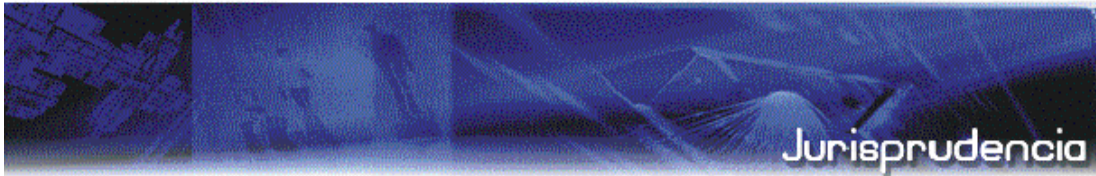
El principal problema jurídico de fondo que había de resolver el Tribunal de Arbitramento era indicar el régimen de retribución que aplicaba en la relación contractual entre la ETB y Telefónica. El Tribunal debía escoger entre dos mecanismos de retribución sobre la base de los cuales la ETB había de pagar a Telefónica por el servicio de telefonía móvil. El primer mecanismo era el establecido en la Resolución 087 de 1997. El segundo mecanismo era el consagrado en la Resolución 463 de 2002.²³

El Tribunal decidió que el mecanismo a aplicar para calcular los pagos debidos por la ETB es el primero de los descritos. Los argumentos de dicha decisión se resumen así:

- a. Los contratos suscritos entre la Empresa de Teléfonos de Bogotá y Telefónica (en otros momentos Celumovil S.A. o Bellsouth Colombia S.A.) se regían por la Resolución 087 de 1997, regulación que estaba vigente en ese entonces y que estableció el mecanismo de retribución de minuto real.
- b. Dichos contratos consagraron que también se regirían por las normas que modificaran o adicionaran la regulación vigente.
- c. Por lo tanto, los contratos pasaron a ser mandados por la Resolución 463 de 2001, al modificar ésta la Resolución 087.
- d. Por su parte, la Resolución 463 de 2001 permitió a la ETB escoger si pagaba la remuneración de acuerdo a la normatividad anterior (la Resolución 087) o la vigente (la misma Resolución 463).

²² Nótese que no está discusión que el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997 fue modificado por la Resolución 463 precitada, en el sentido de introducir un régimen en el que existen dos opciones de cargo de interconexión.

²³ En caso de que la ETB seleccionare el segundo mecanismo, se habría de escoger entre dos opciones establecidas por la Resolución para el cálculo de los cargos por interconexión.



- e. Tras un análisis de varias pruebas documentales, el Tribunal concluyó que la ETB manifestó su voluntad a varios contratistas de regirse de acuerdo al mecanismo de retribución de la Resolución 463. El laudo se fundamentó en múltiples documentos y no dejó duda de esto.²⁴
- f. Por ello, la ETB ha de pagar a Telefónica de acuerdo al mecanismo del minuto redondeado, pues estima que de acuerdo al principio de integralidad, la ETB debía escoger un mecanismo de pago para todos los contratos suscritos para la prestación del servicio de telefonía celular.

En resumen, el Tribunal indicó que

“los hechos demuestran que desde el 28 de enero de 2002 la ETB S.A. ESP había decidido acogerse a las condiciones previstas en la Resolución 463 de 2001, motivo por el cual desde ese momento operó para ETB S.A. ESP el principio de integralidad previsto en el artículo 5 de esa misma Resolución y como consecuencia de ello, debió remunerar todas sus interconexiones en la forma prevista en dicha Resolución.”²⁵

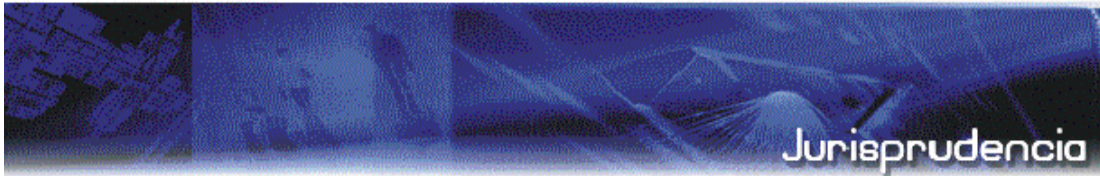
Por su parte, la sentencia de tutela considera que en la argumentación anterior se incurre en un defecto sustantivo. Esto, pues (i) la aplicación del principio de integralidad (punto f) vulnera la autonomía de la voluntad de pactar mecanismos de pago diferentes en cada contrato, y (ii) el régimen establecido en la resolución 463 de 2002 impone un marco regulatorio posterior al del momento en que se suscribieron los contratos. Sin embargo, ambos argumentos habían sido sopesados en el Laudo Arbitral.

En cuanto al primero de ellos, el Tribunal analizó la normatividad que obligaba a la aplicación del principio de integralidad y explicó que éste era necesario para proteger la igualdad de los prestadores del servicio y los derechos de los consumidores. En su entender, la normatividad acerca de los operadores de telecomunicaciones, *“refleja una realidad técnica del sector de las telecomunicaciones: distintos actores con*

²⁴ ETB dio manifestaciones contradictorias y en muchas ocasiones guardó silencio frente a las peticiones de Bellsouth. Además, los procedimientos para escoger opciones era complejo. Sin embargo, es claro que ETB escogió explícitamente la opción de regirse por la resolución 463. Así, el Tribunal constató como prueba de que ETB decidió acogerse a las condiciones previstas en la Resolución 463 de 2001 las siguientes comunicaciones: El 28 de enero del año 2002, en comunicación a las empresas Edatel S.A. ESP, Telefónica de Pereira S.A. ESP, Telepalmira S.A. ESP, Etel Llano S.A. ESP y Telebucaramanga S.A. ESP. El 21 de febrero de 2002, en comunicación dirigida a Telesantarosa S.A. ESP. El 25 de febrero de 2002 se dirigió a EPM – BOGOTÁ. El 22 de Mayo de 2002 en una segunda comunicación a Edatel S.A. ESP, Telesantarosa S.A. ESP, Telepalmira S.A. ESP, Etel Llano S.A. ESP, Telebucaramanga S.A. ESP, y EPM - BOGOTÁ.”

²⁵ Sin saber que la ETB ya había decidido acogerse al régimen establecido en la Resolución 463, de manera Telefónica solicitó a la ETB tomar una decisión al respecto. La ETB por su parte respondió a Telefónica que su voluntad era la de regirse por el mecanismo establecido en la Resolución 087. No obstante, según el Tribunal, *“está probado en el proceso que ETB S.A. ESP ya había tomado meses atrás la decisión de acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en la Resolución 463 de 2001 para todas sus interconexiones.”* En aplicación del principio de integralidad, el Tribunal decidió que *“en la relación jurídica existente con BellSouth Colombia S.A. [...] guardó silencio y no obstante haber ya decidido acogerse a la Resolución 463 de 2001, frente al ofrecimiento hecho por aquella mediante la comunicación suscrita el 7 de junio de 2002, dio una respuesta que ya no podía dar -porque ya no tenía posibilidad escogencia-.”*





Distintos servicios, [...] el uso de diferentes redes y por lo tanto de diferentes clases de interconexión, todo lo cual conlleva una asimetría del mercado, que a la postre puede llegar a constituir una falla del mismo.” El Tribunal estimó que dicha falla del mercado “en el caso de la interconexión se refleja con la existencia de cargos muy altos para unos y muy bajos para otros”, lo cual “obligó a la autoridad reguladora a intervenir para re balancear el sistema tarifario en materia de interconexión y propender en el corto plazo por su corrección y equilibrio [...]”. A continuación se desarrolla dicho argumento:

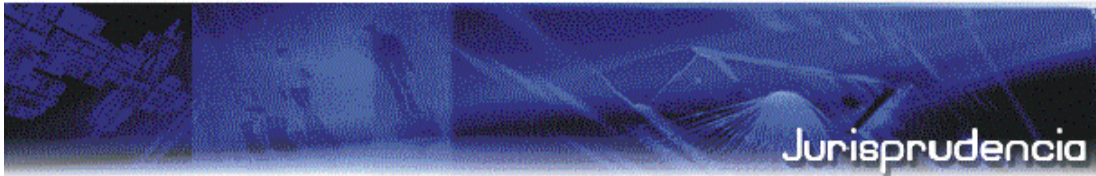
“... la Ley 37 de 1992, luego la Ley 142 de 1994, seguidamente la Resolución CRT 087 de 1997 y posteriormente la Ley 555 de 2000, establecieron que la interconexión debe regirse por principios tales como: (i) Acceso igual - cargo igual y no discriminatorio, lo cual significa que si la remuneración o peaje debe ser razonable para unos lo debe ser para todos, pues si existen diferencias sería discriminatoria, lo cual no significa que deban ser iguales si se tienen en cuenta las asimetrías del mercado. (ii) Transparencia. (iii) Libre y leal competencia, que es un derecho de todos.”

...[L]os cargos de acceso son un componente importante en la estructura de costos de los operadores que solicitan la interconexión y, en consecuencia, un determinante fundamental en las tarifas finales a los usuarios de los servicios [...]. Por lo tanto, un tratamiento diferente de cargos de acceso para interconexiones a redes iguales, puede llegar a generar un impacto negativo frente a los usuarios de tales servicios.”

Por lo tanto con el objeto de garantizar la aplicación de los principios antes mencionados, la Resolución CRT 463 de 2001 previó [...] el principio de integralidad que [...] consiste en que el solicitante de interconexión opte por un modelo de remuneración igual para todas sus interconexiones [...].

Ello significa que la escogencia del régimen aplicable, esto es, las condiciones y valores vigentes para las interconexiones existentes al expedirse la Resolución 463 de 2001 o las nuevas condiciones previstas en la citada Resolución, conlleva que dicha elección tiene un efecto integral respecto de todas sus relaciones de interconexión: si se opta por el régimen anterior para una interconexión, debe aplicarse ese mismo régimen para todas las demás interconexiones y si se opta por las nuevas condiciones previstas en la Resolución 463 de 2001 para una interconexión, deben aplicarse esas mismas condiciones para todas las demás interconexiones.”²⁶

²⁶ En relación con este tema, el Tribunal indicó que “al señalar el procedimiento para la aplicación de la Resolución CRT 463 de 2001 en general y la aplicación del nuevo régimen para operadores [...] en particular, la propia Comisión de Regulación de Telecomunicaciones [...] fijó el alcance de la citada Resolución en lo que se refiere al principio de integralidad, para lo cual determinó lo siguiente en la Circular Externa 040 de 2002: **3. Procedimiento para la aplicación de la Resolución CRT 463 de 2001.** De todas las posibles opciones de cargos de acceso los operadores interconectantes deben ofrecer como mínimo las opciones de cargos de acceso basada en minutos o de capacidad, sin perjuicio de que las partes puedan acordar otra opción. El operador solicitante deberá acogerse para la interconexión a la opción elegida para todos sus enlaces a menos que las partes acuerden algo distinto. En caso de que el operador solicitante escoja una de las opciones contempladas en la Resolución deberá acogerse integralmente a ella para cada interconexión en cada lugar, de manera que no puede pedir que se le cobre por capacidad para algunos enlaces y pagar por minutos el tráfico que se genere por otros enlaces, a menos que el interconectante así lo acepte. (...) || **7. Aplicación del nuevo régimen**



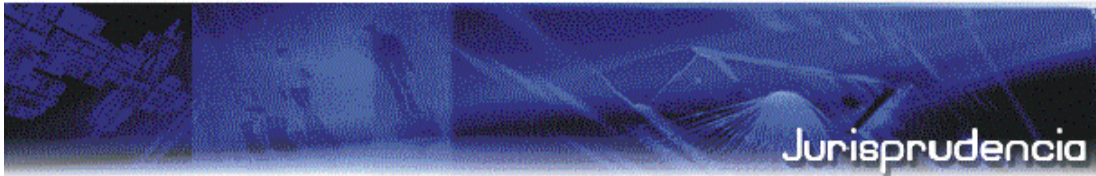
En relación al segundo de los fundamentos de la sentencia - que el régimen establecido en la resolución 463 de 2002 impone un marco regulatorio posterior al del momento en que se suscribieron los contratos - el laudo tiene cuatro argumentos.

Primero, indica que “[...] *el Tribunal se ha ocupado con detalle de determinar el alcance de las funciones regulatorias atribuidas a las Comisiones de Regulación y en particular a la CRT, para concluir que las Resoluciones de carácter general que expide esta corporación son de orden público y por consiguiente de obligatorio cumplimiento.*” Por esta razón, indica que *“es evidente que los términos de los convenios de interconexión celebrados entre los operadores pueden verse modificados por las disposiciones que sobre la materia expida la CRT. En este sentido se ha pronunciado la CRT en múltiples Resoluciones, como es el caso de la 951 de 2004 [y] la 919 de 2007.”*²⁷

Segundo, el Tribunal indicó respecto del caso concreto, que la Resolución 463 se aplicaba a los contratos celebrados entre las partes, no solamente por su carácter de norma imperativa, sino también porque así lo acordaron las partes en los contratos analizados. Se sostiene en el Laudo que según *“la cláusula segunda del contrato celebrado entre Celumóvil y la ETB, [...] ‘el presente contrato se celebra en virtud de lo dispuesto en las siguientes disposiciones, la Ley 72 de 1989, el Decreto Ley 1900 de 1990, el Decreto 2122 de 1992, la Ley 37 de 1992, la Ley 142 de 1994, la Ley 422 de 1998, los Decretos reglamentarios 741 de 1993 y el 2061 de 1993, el Decreto 2542 de 1997, la resolución 087 de 1997 expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, el Decreto 990 de 1998 cuyas normas en la parte pertinente se entienden incorporadas al presente acuerdo; demás normas que las sustituyan, modifiquen o*

para operadores de TMC y TPBCLD. Inicialmente, el operador de TMC o TPBCLD deberá definir si se acoge voluntariamente a lo dispuesto en la Resolución CRT No 463 o si continúa aplicando el régimen anterior en materia de cargos de acceso. || Cuando el operador de TMC o TPBCLD voluntariamente solicite a cualquier operador la aplicación de lo dispuesto en la Resolución CRT No. 463 deberá hacerlo de manera integral. Cuando el operador [...] solicite a cualquier operador alguna de las opciones previstas en el artículo 5 de la Resolución CRT No. 463 de 2001, se entenderá que se acoge en su integridad y para la totalidad de sus interconexiones, a lo previsto en este régimen, sin perjuicio de que pueda escoger en caso de que elija acogerse a la Resolución No CRT 463, cualquiera de las opciones previstas en dicha resolución. || Estos operadores deberán informar a la CRT sobre su primera solicitud en este sentido a otro operador.’

²⁷ En el Laudo se citan los siguientes extractos de dichas resoluciones. La Resolución 951 de 2004 manifestó que *“... la libertad contractual de las partes se encuentra limitada por la posibilidad de intervención del Estado, tanto en la formación y prestación del consentimiento, como en la ejecución de los mismos (Sic). Esta facultad se materializa en la posibilidad que tiene el estado de intervenir en todos los casos en que resulte necesario para asegurar a los usuarios la prestación eficiente y continua de los servicios de telecomunicaciones en un ambiente de competencia; facultad que fue ejercida por la CRT para la expedición de la Resolución 463 de 2001.”* La Resolución 919 de 2007 indicó que *“La tarea de regular el sector de las telecomunicaciones ha sido encomendada a la CRT en virtud del principio de intervención económica del Estado, en la medida en que con su actuación se busca promover la competencia y proteger a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones. Así, la regulación que se expida en estas materias será de orden público, lo que implica que el querer de las partes de ninguna manera podría violentar o quebrantar las disposiciones definidas en desarrollo de esta facultad.”*



adicionen ...'. En tales condiciones, al haber modificado la Resolución 463 de 2001, la Resolución 087 de 1997, como se refirió en capítulo anterior de esta providencia, aquélla quedó incorporada al contrato, por expresa voluntad de las partes, de conformidad con la cláusula antes transcrita.” El Tribunal añadió que “[e]stá probado en este proceso que ETB ha admitido que las normas contenidas en la Resolución 463 de 2001 forman parte integral de la Resolución 087 de 1997 y siendo ésta y sus modificaciones parte integral de los contratos de interconexión [...], tales disposiciones se entienden incorporadas al mismo.”

Tercero, el Tribunal estimó la Resolución 463 no modificó “*en forma automática*” los contratos vigentes, pues dicha reglamentación ofreció varias alternativas a los operadores, incluyendo el mantenimiento de las condiciones anteriores de tales contratos, siempre que se respetara el principio de integralidad. Como consecuencia de esto el Tribunal señaló que “*aunque no se presentara una modificación ‘automática’ de los contratos, [...] la conducta de los operadores debía ceñirse a las disposiciones de la norma, sin que fuera procedente argumentar el principio de la autonomía de la voluntad privada para auto regularse.*”

La jurisprudencia acerca de la vía de hecho contra laudos arbitrales.

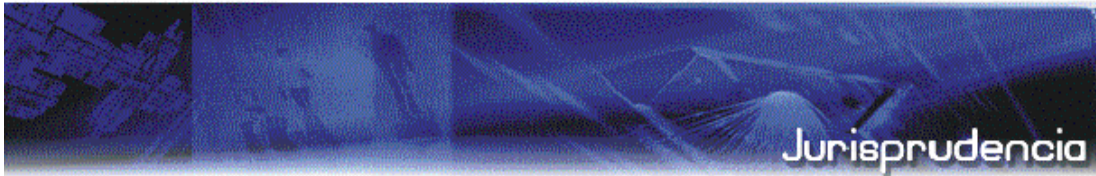
La misma providencia que resuelve sobre la sentencia cita varias sentencias en las que se exponen los criterios para decidir si en un laudo arbitral se incurre una vía de hecho y si en consecuencia es procedente una acción de tutela en su contra.

Al aplicar los criterios establecidos en la sentencia SU-174 de 2007 al caso bajo estudio, observamos que la Sala no respetó el precedente.

En el presente asunto la Sala de tutela no fundamentó que los argumentos desarrollados en el Laudo fueran errores protuberantes y manifiestos, tal como es necesario para que una providencia de un Tribunal de Arbitramento pueda incurrir en un defecto sustancial, orgánico, fáctico o procedimental. La providencia de tutela ni siquiera considera los argumentos del Laudo. La Sala decide que en éste se incurre en una vía de hecho sin evaluar el razonamiento adelantado por el Tribunal y sin señalar por qué lo consideraba arbitrario, irrazonable o producto de un error manifiesto. Aún menos probó que existía una vía de hecho.

Como se observó en los párrafos anteriores, la Sala se limita a exponer las razones por las que está en desacuerdo con el Tribunal y concluye que ello equivale a una vía de hecho. Con ello desconoce que la tutela no es un mecanismo para controvertir los laudos arbitrales ni una tercera instancia a través de la cual el juez de tutela pueda sustituir al juez natural, por lo que sólo es procedente en casos excepcionales en los que el Tribunal de Arbitramento ha incurrido en errores protuberantes que vulneren el debido proceso.





Incluso algunos de los argumentos expuestos en la sentencia no equivalen a fundamentos constitucionales relevantes en este caso. Por ejemplo, para rebatir la decisión de fondo del Tribunal, la Sala estima que *“es inaceptable pretender ajustado a derecho que la remuneración de los contratos de interconexión se efectúe de conformidad con el cargo de acceso por minuto en los casos en que los usuarios del servicio emplean menos de treinta segundos en la comunicación. En efecto, para efectos del cobro, eventualmente la aproximación al minuto sólo tiene sentido si los usuarios utilizan por más de treinta segundos el servicio, de otra forma esta tarifa resulta desproporcionada y afecta seriamente los derechos de los consumidores.”* Este argumento es irrelevante respecto de la existencia o no de una vía de hecho. No corresponde al juez de tutela definir cuál ha de ser la tarifa bajo la cual debía regirse el contrato.

En cambio, el párrafo citado sugiere que esta decisión se justifica en aras de proteger los derechos de los consumidores, independientemente de las normas que rigen la competencia del juez de tutela cuando se está cuestionando una providencia judicial por violación del debido proceso. Esta sentencia, al desbordar los límites de la vía de hecho a favor de opiniones subjetivas del juez constitucional, fortalece los argumentos de los críticos de la tutela contra providencias judiciales...”

3. LAUDO ARBITRAL

COMUNICACIÓN CELULAR S.A.-COMCEL Vs LA NACIÓN- MINISTERIO DE COMUNICACIONES.

Bogotá, D.C., 17 de febrero de dos mil nueve (2009).

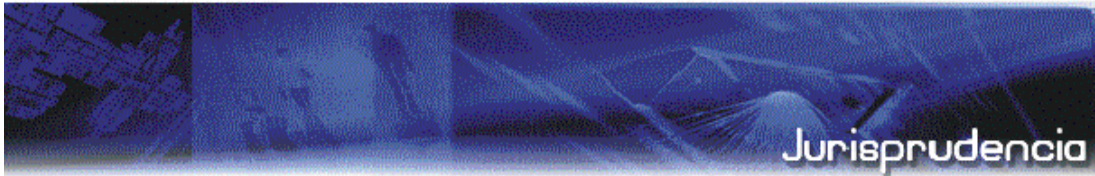
CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ CENTRO DE ARBITRAJE Y
CONCILIACIÓN

Árbitros: JORGE CUBIDES CAMACHO (Presidente), RODRIGO
NOGUERA CALDERÓN Y JUAN CARLOS HENAO PEREZ

ANTECEDENTES

1. El laudo arbitral se compone de tres demandas que son resultas en este laudo:

1. Demanda que se originan de las diferencias originadas por el Contrato de Concesión No 000004 suscrito por COMUNICACIONES CELULAR S.A- en adelante (COMCEL S.A)- el MINISTERIO DE COMUNICACIONES de fecha 28 de marzo de 2004.
2. Demanda interpuesta entre OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A, OCCEL S.A y el MINISTERIO DE COMUNICACIONES, por las controversias originadas por el Contrato de Concesión No 000005, de fecha 28 de marzo de 2004



3. Demanda interpuesta por la EMPRESA REGIONAL DE COMUNICACIONES CELULAR4ES DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A., CELCARIBE S.A y el MINISTERIO DE COMUNICACIONES, por el contrato de Concesión No 000006 suscrito el 28 de marzo de 1994.

2. Las tres demandas fueron interpuestas ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el día 1 de junio de 2007, de acuerdo con las cláusulas compromisorias previstas en cada una de los contratos.

Los fundamentos de las tres demandas se presentan a continuación, indicando que el ingreso de del operador de trunking, hicieron que las condiciones de su negocio se hicieran más difíciles, en consideración a las del nuevo competidor argumentado, tres criterios a saber a) Confianza Legítima-estabilidad normativa, b) entrada de nuevo operador, y c) ecuación económico-financiera :

CONFIANZA LEGÍTIMA-ESTABILIDAD NORMATIVA

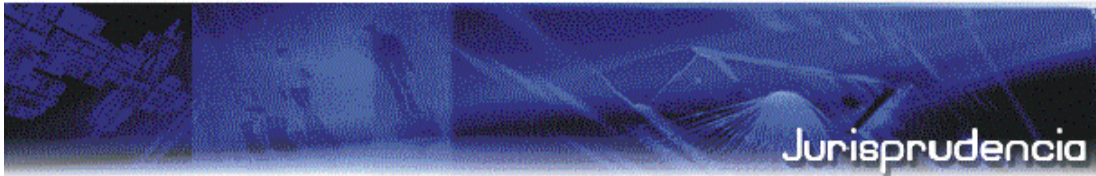
“Afirma que desde el principio estaban previstas tres zonas y que en cada una de ellas habría dos operadores de celular y un operador de PCS, condiciones en las cuales actuaba COMCEL. Lo anterior no era exclusivo, pero en razón de la normatividad, se tenía la confianza legítima de que no habría otros competidores, o, de haberlos, debía serlo cumpliendo con las disposiciones vigentes incluyendo un proceso licitatorio, y hasta que ello no sucediera no habría más competencia porque trunking por su propia naturaleza no era ni siquiera considerado como competidor, pues no clasificaba.

Plantea que COMCEL, para competir en el mercado de telefonía en la zona oriente con otros dos operadores – Celumovil, hoy Movistar y Colombia Móvil, hoy Tigo-pago la suma de \$ 301.472’305.530 pesos. Agrega que a COMCEL le apareció un competidor que no estaba previsto, razón por la que se le debe reajustar lo que pagó, para restituirle una parte. Explica que si hubiere sido competidor con tres, y no con dos, la suma ha debido ser proporcionalmente menor y expone un ejemplo de lo anterior.

En su concepto COMCEL de buena fe, legítimamente contaba con que no habría un nuevo competidor, salvo que se cumplieran a cabalidad las condiciones vigentes, y agrega que no obstante lo anterior, a ese competidor e cobran muchísimo menos por el uso del espectro, razón que la lleva a considerar que se debe reajustar lo que a ella le cobran por el mismo concepto.

Explica la convocante que el Decreto 1972 de 2003 determina el valor que deben pagar los operadores de Telecomunicaciones por el uso del espectro radioeléctrico, excepto la Telefonía Móvil Celular que se encuentra excluida, y a la cual se le aplica un valor diferente. Expone que la competencia debe ser en igualdad de condiciones, situaciones que ene le presente caso no se da ya que el competidor paga por uso





del espectro una suma inferior a la que paga COMCEL, circunstancia que hace que los costos de COMCEL sean muchísimo más alto que los de trunking...

Plantea que la convocante, de buena fe, legítimamente contaba con que un nuevo competidor no le iban a poner unas condiciones diferentes, más favorables, que le implican un trato discriminatorio y que la colocan en unas condiciones más onerosas; expone que a la convocante, sin cambiarle las condiciones, se las hicieron más difíciles, simplemente por el hecho de que al otro se las hicieron más fáciles y favorables...

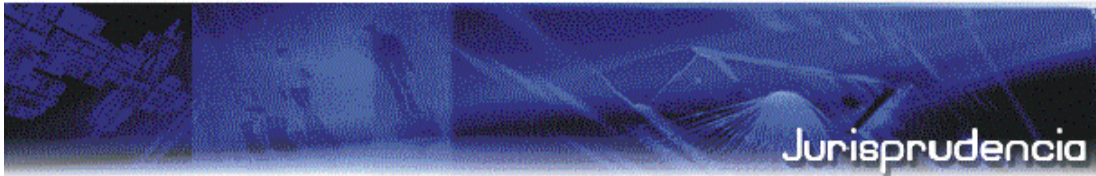
Expone que por cambios normativos “que implicaron una modificación de las condiciones de acceso al mercado”, se habilitó a los operadores trunking para ofrecer y prestar el mismo servicio que prestan los operadores de TMC, pero con condiciones más favorables y beneficiosas para los operadores trunking, disposiciones que se encuentran en firme, gozan de presunción de legalidad...

...La parte convocante afirma que “en éste momento culmina la metamorfosis” y entonces el servicio de trunking al tener interconexión directa, numeración propia y señalización, se convierte en un servicio idéntico al que prestan los operadores celulares, pero disfrutando de condiciones más favorables y beneficiosas que los celulares...

Agrega que si bien en los contratos de concesión se pactó una exclusividad hasta 1999 para la prestación del servicio, a la fecha (junio de 2008) no es posible otorgar en concesión otros servicios de telefonía celular, ´por cuanto la Ley estableció solamente la posibilidad de otorgar dos redes que ya están siendo operadas.

Expone que con base en la Ley 555 de 2000 por la cual se crearon los servicios de telefonía móvil en Ley 555 de 2000 por la cual se crearon los servicios de telefonía móvil PCS, el Ministerio de Comunicaciones, previa licitación pública, otorgó a COLOMBIA MÓVIL S.A E.S.P (TIGO), concesión para la explotación de dichos servicios. Precisa que la citada ley estableció que solo se podían otorgar concesiones, adicionales a la anterior, previa licitación pública, tres años después de promulgada la ley, es decir a partir de febrero de 2003 y concluye que a junio de 2008, el Ministerio de Comunicaciones solo puede otorgar en concesión, como servicios móviles, a los PCS...”

“Expresa que la demandante de buen fe, legítimamente confiaba en la estabilidad de las normas y en que los operadores de trunking eran y seguirían siendo lo que decían las normas, por lo que no serian sus competidores. Asimismo conocía quienes eran sus competidores y cuáles eran los requisitos y la existencia de la obligación de pago por la concesión para que pudiera llegar un nuevo competidor, pero en igualdad de condiciones. Igualmente de buena fe, legítimamente contaba con que a un nuevo competidor no le iban a poner unas condiciones diferentes, más favorables que las suyas, que le



implicaban un trato discriminatorio y que la colocaban en unas condiciones más onerosas”.

ENTRADA DE NUEVO COMPETIDOR

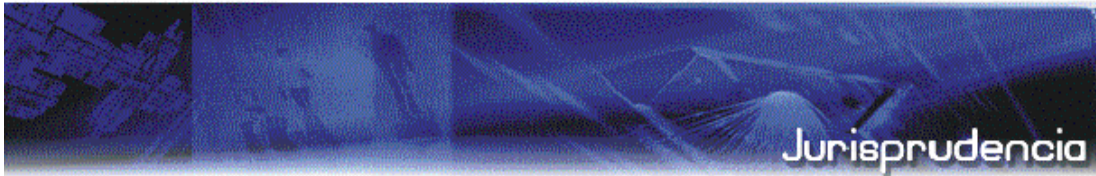
“Explica que según el citado decreto, los sistemas de acceso troncalizado permiten prestar dos tipos de comunicaciones: I) Despacho, primordialmente; y II) Servicio de Acceso telefónico, este último limitado al acceso a nivel de abonado. El “trunking” tiene como finalidad que las comunicaciones a través del mismo e den únicamente entre usuarios de esa misma red o entre usuarios pertenecientes a grupos de dicha red y por lo tanto, no tiene dentro de su esencia, ni está dentro de la concesión, al interconexión directa con otras redes de telecomunicaciones a través de acceso a nivel de abonado, lo que expresamente se constituye en una limitante técnica de este servicio, aceptada por los operadores de trunking en sus contratos de concesión.

Agrega que teniendo en cuenta que los operadores de trunking no tenían derecho a la interconexión, por ello ni en la normatividad entonces vigente ni en su contrato se previó ni expresa ni tácitamente el derecho a la numeración ni a la señalización. Expone que por las modificaciones normativas que ha mencionado Avantel, como operador de trunking, podrá prestar un servicio, con las mismas o similares características esenciales de (i) interconexión, (ii) numeración y (iii) señalización, al igual que el servicio de telefonía móvil celular prestado por la demandante, lo cual le permite ingresar a un mercado para el cual no estaba previsto....

Expone que cuando se le otorga a los operadores de trunking derecho a la interconexión directa, a la señalización y a la numeración, características que no son de la esencia de dicho servicio, este se transforma en un servicio de telefonía móvil celular, con lo cual se crea un “cuarto” competidor que no estaba previsto. Indica que la demandante competía inicialmente con el otro operador de telefonía móvil celular (Red B) y posteriormente también con el operador de PCS, pero no competía con un operador Trunking, porque este no formaba parte de su mercado. Lo anterior hace que le resulte imprevisto que posteriormente se le hay convertido en otro competidor, gracias a unos cambios normativos que lo han igualado...”

ECUACIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA

“Reitera que la demandante, sin cambiarle las condiciones, se las hicieron más difíciles, simplemente por el hecho de que al toro se las hicieran más fáciles y favorables. Observa que lo anterior implica que para la demandante se han presentado hechos imprevistos y circunstancias imprevisibles, ajenos a ella, que han determinado que el Contrato de Concesión se deba desarrollar en circunstancias diferentes, más diferentes, más difíciles y onerosas, y que se ha presentado o un desequilibrio del contrato o una ruptura de la ecuación económica financiera, o que se han modificado las



condiciones en que el contrato se desarrolla o un cambio de alguna especie, o que se le ha causado un daño especial, que implica que se debe o indemnizar, o restablecer, o revisar o ajustar, para que la competencia se lleve a cabo en igualdad de condiciones y se restablezca la normalidad contractual....

Expone que el operador trunking, por ahora AVANTEL (después pueden llegar otros) va a prestar los mismos servicios de telefonía que la demandante pero con condiciones más favorables, amenos costos financieros por cuanto en la licencia no se le estableció obligación de pagar un cuantiosísimo valor inicial por la concesión. Agrega que la demandante para por espectro 5% de los ingresos brutos, en tanto que el operador trunking realiza esta contraprestación de acuerdo con la fórmula establecida en el Decreto 1972 de 2003, que es sustancialmente menor. En cuanto a la titularidad del tráfico en cualquier comunicación en la que cualquiera de sus extremos se encuentre un usuario de TMC, esta es el operador de TMC que podrá establecer el valor de la tarifa. Expone que la Resolución 1237 de 2005, modifica la titularidad de dicho tráfico pues establece cargos de acceso.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El tribunal considero dos aspectos fundamentales, atendiendo a que la entrada de la tecnología trunking, no genero ningún tipo de afectación con relación al equilibrio financiero del contrato celebrado entre el Ministerio de Comunicaciones y la Empresa de Telecomunicaciones COMCEL S.A, y que si bien se consagro a su favor que durante los 5 primeros años, una exclusividad, que vencidos estos cinco si presentaban cualquier tipo avance tecnológico era valido prever la entrada de nuevos competidores, por lo tanto era valido el argumento dado por parte de COMCEL S.A.

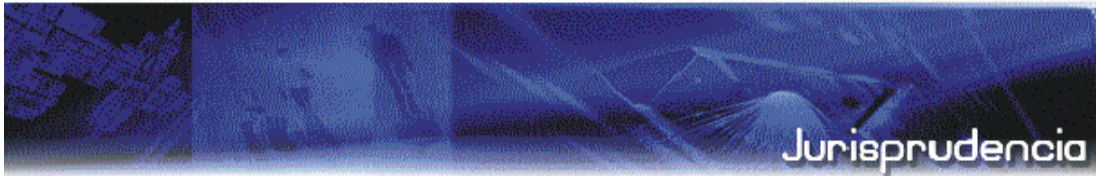
Respecto a los tres aspectos aducidos en la demanda el tribunal se pronuncio en los siguientes términos:

CONFIANZA LEGÍTIMA-ESTABILIDAD NORMATIVA

Si bien esta figura fue mencionada por la convocante en lo relacionado que al haberse permitido la entrada de un nuevo operador y las diversas modificaciones que ha sufrido el ordenamiento jurídico, le permitían COMCEL S.A, contar un grado de estabilidad en sus relaciones criterios que no podían ser modificados por parte de la Administración. A lo cual el tribunal llego a la conclusión que la utilización de esta figura jurídica debe ser de carácter restrictivo, mas aun cuando esta tiene implicaciones en las relaciones económicas, y que su utilización generalizada podría generar un estancamiento en lo relacionado con los avances tecnológicos que se en la industria de las telecomunicaciones.

Lo segundo es que si bien los contratos genera obligaciones y derechos, no puede llegar se a la conclusión que con la celebración del mencionado contrato suscrito entre las partes confería a la convocante derechos adquiridos frente al servicio de telefonía móvil





celular que esta prestaba. Dar una interpretación en este sentido conduciría afectar el interés general que inciden principalmente en la contratación estatal y que impedirían que la administración pudiera efectuar cambios o modificaciones al sistema jurídico existente y a las necesidades los usuarios.

Esto no quiere decir que ciertas actuaciones puedan generar alguna afectación, como se indica por parte del Tribunal, hace necesario que se acredite el daño, en este caso particular COMCEL, debió haber sustentado con base a las condiciones económicas respecto a la ecuación contractual, indicando fundamentalmente que los cambios normativos y la autorización dada al operador de trunking genero una afectación en su estructura de negocios, supuestos que no fueron probados por la convocante a lo largo del proceso arbitral.

EQUILIBRIO Y ENTRADA DE NUEVO COMPETIDOR

Precisa el tribunal que la entrada del nuevo competidor, se encontraba prevista y que la entrada de nuevos competidores podría ser de cualquier tipo, siempre y cuando los avances en materia tecnológica lo permitieran. No obstante que el contrato que se suscribió entre amabas parte garantizaba una exclusividad de 5 años en donde no podría ingresar ningún tipo de competidor, pasados estos cinco años era factible y admisible el ingreso de un nuevo competidor, mas aun cuando cualquier operador pudiera asimilarse en algunos factores a dicha tecnología, era igualmente previsible, como sucedió en el caso del operador de Trunking.

Asimismo, como lo precisa el tribunal el estado se ha encargado en promulgar un gran cúmulo de normas tendientes a garantizar la competencia y por consiguiente no garantizar la exclusividad y de que los operadores puedan interconectarse con los otros operadores garantizándose el acceso a sus redes a las instalaciones esenciales competencia.

Por lo tanto la reflexión a la que llega el Tribunal es que si es válido que el estado en cabeza del Ministerio de Comunicaciones pueda efectuar distinciones entre los distintos competidores y que las condiciones sean dispares entre los mismos. La conclusión a la que se llego por parte del tribunal que la existencia de un trato diferencial entre el operador de trunking y del operador celular, obedeció fundamentalmente a los elementos que estos utilizan, la capacidad de los canales, de espectro, que eran elementos fundamentales para que existiera este trato diferencial.