

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN PRIMERA**

**Consejero Ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**

**Bogotá, D. C.**, dieciséis (16) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

**Radicación núm.:** 25000 23 24 000 **2006 00328 01**

**Actor:** Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. - ETB - E.S.P.

**Demandado:** La Nación, Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones

**Tesis:** No es nulo por falta de competencia el acto que resuelve un conflicto sobre el dimensionamiento de la red entre dos operadores de telecomunicaciones, si existe cláusula que contempla como mecanismo de resolución de las controversias derivadas de esa relación el Tribunal de Arbitramento.

No son nulos por falta de competencia los los actos administrativos que habían resuelto un conflicto de interconexión entre dos operadores de telecomunicaciones, si la autoridad administrativa no expidió la decisión que resolvía tal petición dentro del término que prevé el orden jurídico para ese fin, pero no operó el silencio administrativo negativo y expidió las resoluciones antes de la expedición del auto admisorio de la demanda sobre esa decisión.

No son nulos por falta de competencia los actos administrativos que habían resuelto un conflicto de interconexión entre dos operadores de telecomunicaciones, si a través de ellos no se había resuelto de manera previa una situación semejante a la que fue objeto de análisis en los que ahora reprocha.

No es procedente estimar las pretensiones de restablecimiento del derecho si no se ha definido la prosperidad de las pretensiones de nulidad.

**SENTENCIA – SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala decide los recursos apelación interpuestos por la parte demandante y la Comisión de Regulación de Comunicaciones contra la sentencia del 14 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”.

## I.

## LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA), la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. - ETB - E.S.P. (en adelante ETB S.A. E.S.P.) interpuso demanda contra la Nación, Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante MinTic), y la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante CRC), en la que formuló las siguientes:

### 1.1. Pretensiones

*“Primera: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 1305 el 29 de septiembre de 2005, proferida por la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES (CRT)**, por medio de la cual se resolvió un conflicto de interconexión entre **ORBITEL S.A. ESP** y **ETB S.A. ESP**, fijando el dimensionamiento de la interconexión de las redes de Telefonía Pública Básica Conmutada Local de ETB S.A. ESP con la red de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia de ORBITEL S.A. ESP., en 73 enlaces E1, distribuidos por cada una de las cuatro rutas así: Centro-Orbitel: 21 E1, Muzu-Orbitel: 8E1, Normandía-Orbitel: 19 Els y Chicó-Orbitel: 25 Els.*

*Segunda: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 1375 del 30 de noviembre de 2005 proferida por la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES (CRT)**, por medio de la cual esa entidad resolvió los recursos de reposición presentados por ETB S.A. ESP y ORBITEL S.A. ESP contra la Resolución No. 1305 de 2005.*

*Tercera: Que en consecuencia, se condene en abstracto a la **NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES - COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES (CRT)** a restablecer el derecho de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP.** mediante el pago efectivo de las sumas dinerarias actualizadas de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor de carácter nacional (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas o por quien haga sus veces, desde el momento en que debieron haberle sido pagadas a **ETB S.A. ESP.** por parte de **ORBITEL S.A. ESP.** hasta la fecha de proferido el fallo, sumas correspondientes a la diferencia entre lo que ha recibido y reciba **ETB S.A. ESP.** como pago mensual por parte de **ORBITEL S.A. ESP** por concepto de acceso y uso de su red de Telefonía Pública Básica Conmutada Local, en cumplimiento de las Resoluciones de las cuales se solicitó su declaratoria de nulidad en las pretensiones precedentes, y la suma dineraria que hubiese tenido que pagarle **ORBITEL S.A. ESP.** a **ETB S.A. ESP.** si no hubiese nacido a la vida jurídica los actos administrativos demandados, y por lo tanto hubieren tenido que pagarle los referidos cargos de acceso en la forma como venían siendo liquidados con anterioridad a la expedición de dichas Resoluciones, esto es, de conformidad con el dimensionamiento de la interconexión fijado en la Resolución No. 632 del 27 de marzo de 2003 proferida por la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES (CRT)**.*

*Cuarta: Que se condene a la **NACIÓN MINISTERIO DE COMUNICACIONES COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES (CRT)** al pago de costas a favor de **ETB S.A. ESP**<sup>1</sup>. (Negrillas dentro del texto).*

## 1.2. Actos cuestionados

La Resolución 1305 del 29 de septiembre de 2005, que resolvió:

**“ARTÍCULO PRIMERO.** *Fijar el dimensionamiento de la interconexión de las redes de Telefonía Pública Básica Conmutada Local de ETB S.A. E.S.P. con la red de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia de ORBITEL S.A. E.S.P., en 73 enlaces E1, distribuidos por cada una de las cuatro rutas así: Centro-Orbitel: 21 E1, Muzu-Orbitel: 8 E1, Normandía-Orbitel: 19 E1s y Chicó-Orbitel: 25 E1s, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.*

**Parágrafo.** *Sin perjuicio de lo que las partes puedan acordar directamente, las mismas deberán revisar y realizar los ajustes a que haya lugar al dimensionamiento establecido en el presente artículo con una periodicidad de 6 meses, de conformidad con las reglas a las que se ha hecho referencia en esta resolución.*

**ARTÍCULO SEGUNDO.** *No acceder a la solicitud de declaratoria de nulidad de todo lo actuado presentada por ETB S.A. E.S.P. por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.*

**ARTÍCULO TERCERO.** *Remitir copia de la presente actuación administrativa a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para que la misma, en caso de considerarlo necesario, adelante las investigaciones o actuaciones administrativas por la desconexión unilateral por parte de ORBITEL S.A. E.S.P. de 37 enlaces que soportaban la interconexión existente entre dicho operador y ETB S.A. E.S.P.*

**ARTÍCULO CUARTO.** *Notificar personalmente la presente resolución a los representantes legales de ETB S.A. E.S.P. y de ORBITEL S.A. E.S.P., o a quienes hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo, advirtiéndoles que contra la misma procede el recurso de reposición, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación”<sup>2</sup>.*

La Resolución 1375 del 30 de noviembre de 2005, dirimió el recurso de reposición, así:

**“ARTÍCULO PRIMERO.** *- Admitir el recurso de reposición interpuesto por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA - ETB S.A. E.S.P. contra la Resolución 1305 de 2005.*

**ARTÍCULO SEGUNDO.** *- Admitir el recurso de reposición interpuesto por ORBITEL S.A. E.S.P. contra la Resolución 1305 de 2005.*

<sup>1</sup> Folio 25 del cuaderno del Tribunal.

<sup>2</sup> Folios 79 a 92 *ibidem*.

**ARTÍCULO TERCERO.** *Negar las pretensiones de los recurrentes y en su lugar, confirmar en todas sus partes la Resolución CRT 1305 de 2005, por las razones expuestas en este acto administrativo.*

**ARTÍCULO CUARTO.** *- Notificar personalmente la presente resolución a los representantes legales de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE*

*BOGOTA - ETB S.A. E.S.P y de ORBITEL S.A. E.S.P., o a quienes hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo, advirtiéndoles que contra la misma no procede recurso alguno, por encontrarse agotada la vía gubernativa”<sup>3</sup>.*

### **1.3. Hechos de la demanda**

En el acápite de hechos, la actora manifestó que el 21 de octubre de 1998 suscribió con Orbitel S.A. E.S.P. el contrato de acceso, uso e interconexión No. 98014017, en cuya cláusula décima novena se determinó que, en caso de conflictos, los mismos serían resueltos por las siguientes instancias, sucesivamente: el Comité de Interconexión, los representantes legales de las partes, la mediación de la entonces CRT y, finalmente, por un Tribunal de Arbitramento.

Explicó que en el numeral 12º del Anexo Técnico Operacional del citado contrato se pactaron las condiciones técnicas de interconexión y específicamente su dimensionamiento. Pero que, con la nueva modalidad de cargos de acceso por capacidad establecida en la Resolución 463 de 2001, surgió una controversia entre las partes, y que Orbitel S.A. E.S.P. solicitó a la CRC que la zanjara.

En este orden, dijo que la CRC expidió la Resolución 632 del 27 de marzo de 2003, confirmada por la Resolución 756 del 1º de julio del mismo año, que resolvió la problemática planteada por Orbitel S.A. E.S.P. y fijó el dimensionamiento de la interconexión de las redes de telefonía pública básica conmutada local (TPBCL) de ETB S.A. E.S.P. con la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (TPBCLD) de Orbitel S.A. E.S.P. en ciento doce (112) enlaces E1. Agregó que las dos resoluciones mencionadas fueron demandadas por ETB S.A. E.S.P., y que el proceso se tramitaba en ese momento ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Manifestó que, mediante comunicación del 7 de abril de 2005, Orbitel S.A. E.S.P. solicitó la solución de otro conflicto de interconexión surgido con ETB S.A. E.S.P., en

<sup>3</sup> Folios 94 a 103 *ibidem*.

relación con el dimensionamiento actual de la interconexión entre las redes de TPBCLD de la primera y la red TPBCL de la segunda.

Adujo que Orbitel S.A. E.S.P., a través de comunicación del 22 de abril de 2005,

dirigida al Director de Relación con Operadores de ETB S.A. E.S.P, señaló que el tráfico de la interconexión entre la red de Orbitel S.A. E.S.P. y la red local de ETB S.A. E.S.P. mostraba que las rutas de interconexión presentaban un notorio sobredimensionamiento, por lo que, a partir del 1º de mayo de ese año, ajustaría la cantidad de E1 que funcionaban en las respectivas rutas.

Frente a lo anterior, expuso que la ETB, a través de comunicación del 2 de mayo de 2005, alegó que el dimensionamiento futuro de la interconexión entre la red de larga distancia de Orbitel S.A. E.S.P. y la red local de ETB S.A. E.S.P. no podía modificarse unilateralmente, pues el contrato determinó las condiciones para llevar a cabo el dimensionamiento de la infraestructura necesaria para la interconexión, y que la CRC, mediante las Resoluciones 632 y 756 2003, ya había establecido el dimensionamiento de las rutas en doscientos doce (212) enlaces E1.

Explicó que, en respuesta al conflicto de interconexión planteado por Orbitel S.A. E.S.P., la CRC profirió la Resolución 1305 del 29 de septiembre de 2005, confirmada por la Resolución 1375 del 30 de noviembre del mismo año, que fijó el dimensionamiento de la interconexión de las redes de telefonía pública básica conmutada local de ETB S.A. E.S.P. con la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia de Orbitel S.A. E.S.P., en setenta y tres (73) enlaces E1.

#### **1.4. Normas violadas y concepto de violación**

Como normas infringidas, la demandante invocó los artículos 73.8 y 74.3, literal b), y 106 a 115 de la Ley 142 de 1994; 37, numeral 14º, del Decreto 1130 de 1999, y 40, 69, 71, 73 y 74 del CCA.

1.4.1. Alegó que la CRC carecía de competencia para resolver el conflicto suscitado entre Orbitel S.A. E.S.P. y ETB S.A. E.S.P., y que, para asumir el conocimiento del asunto, la entidad se fundamentó de manera incorrecta en los artículos 73.8 y 74.3, literal b), de la Ley 142 de 1994, y 37, numeral 14º, del Decreto 1130 de 1999, los cuales no le confieren esa atribución.

Afirmó que la CRC, al expedir los actos demandados, revocó tácitamente las Resoluciones 632 y 756 de 2003, en las que había establecido el dimensionamiento de las rutas en doscientos doce (212) enlaces E1; decisión que trasgredió el artículo

71 del CCA, en razón a que, para la fecha de emisión de la decisión censurada, ya se había notificado el auto admisorio de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por ETB S.A. E.S.P. en contra de las primeras resoluciones en cuestión.

Advirtió que la CRC, en la Resolución 1305 de 2005, demandada, manifestó que el conflicto allí planteado por Orbitel S.A. E.S.P. no tenía como propósito la revocatoria directa de la Resolución 632 de 2003, sino que se dirimiera un nuevo problema de interconexión surgido entre los operadores, y que esta clase de relaciones son dinámicas, por lo que deben estar en capacidad de actualizarse, de conformidad con las necesidades técnicas y las condiciones del mercado.

Empero, a su juicio, el conflicto que resolvió la CRC mediante la Resolución 632 de 2003 no era diferente al estudiado en la Resolución 1305 de 2005, pues ambos solucionaron el asunto de la misma manera, con la salvedad de que los actos que aquí se cuestionan sí tuvieron en cuenta que las interconexiones son dinámicas, aunque en éste la entidad demandada se abrogó la facultad de revocar el acto anterior, lo cual únicamente correspondía a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o al tribunal de arbitramento, de acuerdo con la cláusula decimonovena, que señaló:

*“19.4. TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO. Si los Representantes Legales de las partes no llegaren a un acuerdo para solucionar las diferencias causantes de un conflicto, podrán acudir en un plazo de treinta (30) días a la CRT como mediadora del mismo. El acuerdo al que se llegue será obligatorio por las partes”, y que “si los representantes legales de las partes no llegaren a un acuerdo sobre los puntos del conflicto y bien sea que se hubieren agotado o no la instancia ante la CRT, someterán las diferencias que originaron el conflicto ante un TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, en un plazo máximo de treinta (30) días”.*

Manifestó que, en los actos demandados, la CRC modificó el dimensionamiento de la interconexión definido en la anterior actuación administrativa y, en tal sentido, el número de enlaces que allí se habían reconocido y que, inclusive, ello se corroboraba con las consideraciones de las decisiones censuradas, en las que se señaló que Orbitel S.A. E.S.P. había solicitado expresamente ajustar tal dimensionamiento.

Por otra parte, dijo que no era cierto que esa empresa desconociera que las interconexiones eran dinámicas pues, de hecho, en el numeral 12º del Anexo Técnico Operacional del contrato, se pactó que *“los enlaces entre nodos de interconexión de ETB y el nodo de interconexión de ORBIEL, se dimensionarán con el criterio de rutas*

*bidireccionales con probabilidad de bloqueo menor o igual al dos por mil (0.2%)”.*

1.4.2. Teniendo en cuenta lo anterior, arguyó que el conflicto suscitado entre las partes era de naturaleza contractual, pues lo que se discutía era el cumplimiento de lo pactado y no de lo establecido en la regulación. Es decir, que lo que se presentó fue la falta de acuerdo en la cantidad de enlaces, lo cual debía resolverse aplicando el índice de bloqueo acordado en el negocio jurídico para efectos de dimensionamiento de la interconexión.

Sin embargo, alegó que la entidad accionada, al expedir la Resolución 632 de 2003, consideró que la controversia no era contractual sino administrativa, y, sin tener en cuenta que las interconexiones son dinámicas, fijó de manera estática el número de enlaces E1 en ciento doce (112). Y que, luego, mediante la Resolución 1305 de 2005, que aquí se cuestiona, buscando enmendar ese error, revocó tácitamente el anterior acto administrativo y ordenó a las partes revisar y realizar los ajustes a que hubiere lugar al dimensionamiento allí establecido.

Argumentó que la discusión nunca giró en torno a aplicación de la Resolución 463 de 2001, pues: (i) de haber sido así, la acción precedente para Orbitel S.A. E.S.P. era la de cumplimiento y no la supuesta solución de un conflicto por parte de la CRC; (ii) ETB siempre ha cumplido las Resoluciones 489 de 2002 y 632 de 2003, (iii) dicha sociedad no debate su obligación de ofertar las dos (2) opciones de cargos de acceso establecidas en las mencionadas resoluciones, sino la cantidad de enlaces sobre los cuales debía aplicar la opción de pago de cargos de acceso por capacidad, lo que, insiste, constituye un conflicto de naturaleza contractual, pues el contrato de acceso, uso e interconexión sí establece dicho dimensionamiento, y (iv) la Resolución 632 de 2003 y los actos aquí demandados lo que ordenan es efectuar el dimensionamiento de la interconexión.

Expuso que, en todo caso, aún si se tratara de un conflicto de naturaleza administrativa, la competencia de la CRC estaría circunscrita a la mediación y no podría resolver el fondo del conflicto, de acuerdo con la cláusula compromisoria pactada, en virtud de la cual las partes renunciaron a la facultad consagrada en la Ley 142 de 1994 y en el Decreto 1130 de 1999, de acudir a la CRC para la solución de los conflictos, manteniendo únicamente la posibilidad de que esa entidad actuara como mediadora, por lo que la misma carecía de competencia para proferir los actos

atacados.

Por otra parte, alegó que no es correcto interpretar que la facultad de la CRC de resolver conflictos derivados de estos contratos se activa a solicitud de parte, sin importar la existencia de la cláusula compromisoria, dado que tal interpretación desconocería el artículo 116 de la Constitución Política, la cláusula compromisoria, y que los contratos son ley para las partes.

1.4.3. Agregó que, aunque se admitiera que la CRC tiene competencia para resolver el conflicto, tal atribución tendría que ejercerla en un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario, contados a partir de la recepción de la consulta de acuerdo con el artículo 32 de la Resolución 432 de 2000 de la Secretaría General de la Comunidad Andina. En consecuencia, aseveró que la Resolución 1305 de 2005 fue dictada sin competencia, porque se expidió luego del vencimiento del plazo que la normativa vigente le otorgaba a la entidad para proferirla

No obstante, dijo que, si se asumiera que el término con que contaba la CRC para proferir el acto fuera el consagrado en el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, la decisión también se habría dictado sin competencia temporal, pues se profirió más de cinco (5) meses después del 15 de abril de 2005, fecha en la que se hizo la primera de las citaciones de que trata el artículo 108 *ibidem*. Asimismo, aseveró que, si se diera aplicación a la regla general, contenida en el artículo 40 del CCA, el término para resolver el conflicto habría sido de tres (3) meses contados desde esa fecha, y la entidad también habría perdido la competencia para proferir la decisión.

1.4.4. De acuerdo con lo anterior, arguyó que, respecto de la solicitud elevada por Orbitel S.A. E.S.P. a la CRC, operó el silencio administrativo negativo, consagrado en el artículo 40 del CCA, y destacó que dicha compañía no recurrió el acto ficto que se configuró al vencimiento de ninguno de los términos aludidos.

Advirtió que, de acuerdo con lo manifestado por esta Sección en la sentencia del 20 de mayo de 1999<sup>4</sup>, los incisos segundo del artículo 40 y tercero del artículo 60 del Código Contencioso Administrativo fueron derogados tácitamente por los artículos 22 y 23 del Decreto Ley 2304 de 1989, por lo que, una vez vencidos los plazos para dar respuesta a la solicitud de Orbitel S.A. E.S.P., la CRC perdió la competencia para resolverla y, en consecuencia, la Resolución 1305 de 2005 está viciada de nulidad.

1.4.5. Con fundamento en lo anterior, adujo que el pronunciamiento extemporáneo sobre la solicitud de Orbitel S.A. E.S.P., además de incurrir en nulidad por falta de competencia, constituía un claro e ilegítimo favorecimiento a esa compañía —la cual permitió que se vencieran los términos legales para recurrir el acto ficto negativo—, y genera un agravio injustificado para ETB S.A. E.S.P., a quien se le ha modificado la situación jurídica beneficiosa que se había originado en el acto presunto, sin obtener su autorización, como lo ordenan los artículos 73 y 74 del CCA.

1.4.6. En tal sentido, destacó que el acto vulneró el principio de confianza legítima y afectó los derechos consolidados de esa empresa, que, desde el vencimiento de los términos legales para decidir la petición de Orbitel S.A. E.S.P. —esto es, los previstos en la norma andina, en la Ley 142 de 1994 o en el CCA—, ya tenía configurada a su favor una situación jurídica particular y concreta, producto del acto ficto que denegó tal solicitud. Además, para la revocatoria de dicho acto, la CRC no se fundamentó en ninguna de las causales previstas en el artículo 69 del CCA e, insistió, no obtuvo la autorización de la beneficiaria de éste, esto es, de ETB S.A. E.S.P.

Asimismo, adujo que la Resolución 1305 de 2005 abrió nuevamente, de manera contraria a derecho, la oportunidad para que Orbitel S.A. E.S.P. impugnara la decisión en la vía gubernativa y para que atacara la decisión ficta ante la jurisdicción.

1.4.7. Alegó que el acto demandado no fue expedido en ejercicio de la facultad que el artículo 4.4.12 de la Resolución 575 de 2002, que desarrolla el literal b) del artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994, confiere a la CRC para modificar forzosamente los contratos, cuando contengan prácticas contrarias a la libre competencia, impliquen discriminación o se requiera para garantizar el interfuncionamiento de redes y la interoperatividad de los servicios.

<sup>4</sup> Consejero ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz, expediente: 5267.

1.4.8. Por último, argumentó que la CRC le vulneró el debido proceso, por haber tramitado el asunto por un cuerda distinta de la reglada en los artículos 106 a 115 de la Ley 142 de 1994, que consagran los procedimientos administrativos para actos unilaterales, y que la entidad adelantó un híbrido entre el procedimiento consagrado en dicha ley y en la Resolución 087 de 1997, luego consagrado en la Resolución 575

de 2002, expedidas por la CRC, por lo que la entidad modificó el procedimiento legalmente establecido.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. La **Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)**<sup>5</sup>, contestó la demanda por intermedio de apoderada, bajo los argumentos que se resumen enseguida:

Luego de aludir de forma general a la regulación del servicio de telecomunicaciones y las particularidades de éste, a la definición de interconexiones y al concepto de dimensionamiento, a su incidencia en la prestación del servicio, a la evolución normativa de la regulación de cargos de acceso en Colombia, a la naturaleza de los contratos de acceso, uso e interconexión, procedió a pronunciarse sobre el caso en concreto.

2.1.1. Sobre el particular, mencionó que, en la Resolución 1305 de 2005, se expresó que el conflicto entre ETB y Orbitel se había presentado debido a que el primero de los operadores no reconoció que las relaciones de interconexión eran dinámicas y que debían estar en capacidad de actualizarse de conformidad con las necesidades técnicas y las condiciones del mercado vigentes en un momento determinado.

Dijo que, al resolver la controversia planteada, advirtió que el tráfico manejado a través de la interconexión de la red TPBCL de ETB S.A. E.S.P. con la red TPBCLD de Orbitel S.A. E.S.P. había venido disminuyendo y el análisis de las condiciones reflejaba que se requería realizar un ajuste en el dimensionamiento de la interconexión, es decir, modificar la cantidad de enlaces que se encontraban operativos en cada una de las cuatro rutas existentes. Aclaró que el conflicto propuesto no incluía la modificación del

<sup>5</sup> Folios 210 a 251 *ibidem*.

esquema de cargos de acceso por capacidad aplicable entre las partes, definido previamente por la Resolución 632 de 2003.

En atención a lo anterior, aseveró que definió las condiciones del dimensionamiento y analizó el comportamiento de la interconexión, observando no solo los intereses de los operadores de los servicios de telecomunicaciones, sino también las condiciones de

calidad que garanticen una adecuada protección de los derechos de los usuarios.

Argumentó que las partes involucradas en la relación de interconexión contaban con la información y las herramientas necesarias para actualizar y mantener apropiadamente las condiciones del dimensionamiento de la interconexión, lo que no se realizó oportunamente, situación que llevó a la intervención de la CRC para garantizar el correcto funcionamiento de la interconexión y el mantenimiento de las condiciones de eficiencia.

En cuanto a los argumentos técnicos, explicó que, en el momento en que, mediante la Resolución 632 de 2003, se revisó el dimensionamiento de los enlaces operativos, se advirtió que el nivel de ocupación promedio de éstos era del setenta y ocho por ciento (78 %), es decir, que estaba dentro del nivel óptimo, pero que, en contraste, en abril de 2005 se encontró que se tenía un nivel de ocupación promedio del cincuenta y siete por ciento (57%), lo que evidenciaba un nivel de subutilización que llevó a la CRC a emplear parámetros de dimensionamiento común, generalmente utilizados en la industria, e identificó que los ciento doce (112) enlaces que se encontraban activos ya no eran requeridos y sobrepasaban las necesidades de la interconexión. En tal sentido, identificó que con setenta y tres (73) enlaces la interconexión estaría en capacidad de operar, aún en condiciones extremas.

Señaló que, en ese proceso, aplicó el método YRV<sup>6</sup> (Valor Representativo Anual), con base en los reportes históricos de tráfico pico de ambos operadores, y determinó los valores de tráfico de carga elevada, aplicó el grado de calidad acordado en el contrato y, mediante el modelo de Erlang B, definió los números de circuitos requeridos para cada una de las cuatro rutas.

<sup>6</sup> Por su sigla en ingles *Yearly representative value*.

2.1.2. En cuanto a los fundamentos de derecho, particularmente, frente al cargo de falta de competencia, alegó que, entre ETB S.A. E.S.P. y Orbitel S.A. E.S.P., surgió un conflicto en virtud de la relación de interconectante-interconectado, pero que no se trataba de un conflicto de carácter contractual, sino administrativo, propio de la intervención de la CRC en la interconexión, en virtud de claras y expresas competencias legales asignadas a esa entidad. Adujo que los contratos de

interconexión se someten al derecho privado, pero la voluntad de las partes para establecer sus condiciones se encuentra limitada por el ordenamiento.

Arguyó que tiene expresas competencias para determinar el dimensionamiento o su revisión, y que éste, por su naturaleza, relacionada con la sana competencia, la continuidad de la prestación del servicio público y su incidencia en los costos, carece de poder dispositivo para las partes, por lo que no pueden ser asignados a una instancia privada de resolución de conflictos, como el tribunal de arbitramento.

Anotó que lo dicho encuentra sustento en la normativa aplicable y en los contratos de interconexión, que, en forma expresa, disponen que se sujetan a las normas regulatorias que expida la CRC, entidad que tiene funciones de carácter administrativo, no judicial, irrenunciables por los operadores.

Insistió en que, de acuerdo con lo anterior, en este caso, el conflicto surgido entre ETB S.A. E.S.P. y Orbitel S.A. E.S.P. tenía que ver con la aplicación de un acto regulatorio, y no era de carácter contractual, patrimonial y transigible, por lo que el competente para dirimirlo era esa entidad.

Aseveró que la voluntad de las partes en los contratos de interconexión no es ilimitada, pues está condicionada por las facultades de intervención del Estado, dado que dicho elemento hace parte de la naturaleza del contrato; y, por ende, le permiten a la autoridad modificar algunas de las circunstancias particulares de la relación jurídica.

En cuanto a la *“naturaleza y alcances de las funciones de intervención de la CRT en los conflictos de interconexión”*, iteró que la Ley le asignó expresas facultades para *“resolver”* conflictos entre operadores y que, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, dicha palabra significaba *“tomar determinación fija y decisiva”*, *“desatar una dificultad o dar solución a una duda”*, *“hallar solución a un problema”*, *“decidirse a decir o hacer una cosa”*.

Afirmó que, de acuerdo con lo anterior, las facultades de la CRC en estos casos no se limitan a la mediación, sino que, de acuerdo con el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994, corresponden a la *resolución* de una petición elevada por cualquiera de las partes, por los conflictos que surjan por razón de los contratos y que no correspondan a otras autoridades administrativas. Distinguió los anteriores conflictos de los que surgen de

los contratos de interconexión, los cuales, precisó, sí están sujetos al pacto arbitral, siempre que versen sobre asuntos transigibles.

Además, dijo que los mecanismos alternativos de solución de controversias no son asimilables a los previstos en el artículo 74.8. que denomina como “*otras autoridades administrativas*”, por lo que, aun si se han pactado en los contratos, no pueden las partes acudir a ellos en perjuicio de la competencia de esa entidad. Explicó que, cuando la norma alude a dichas autoridades, se refiere, por ejemplo, al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, antes Ministerio de Comunicaciones, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios o a la Superintendencia de Industria y Comercio.

En tal sentido, afirmó que el literal b) del artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994 faculta a la CRC para resolver conflictos que se presenten entre operadores en los casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio. Expuso que esa atribución, que puede operar de manera oficiosa, es más amplia que la consagrada en el artículo 73.8 *ibidem*, pues no depende de la existencia de un vínculo entre dos (2) operadores en conflicto. No obstante, señaló que ambas facultades no se excluyen y en algunos casos pueden ser concurrentes.

Arguyó que no era cierto que hubiera vulnerado el derecho de acceso a la administración de justicia al asumir la competencia del conflicto, sin el consentimiento del demandante y sin dejar que el mismo fuera dirimido por un tribunal de arbitramento, debido a que, como se vio, la Ley 142 de 1994 le asignó potestades para definir dicha controversia, por lo que era su obligación asumir el conocimiento de ésta.

2.1.3. En cuanto a la supuesta falta de atribuciones de esa entidad para resolver el debate, en virtud de la existencia de la cláusula compromisoria, adujo que los acuerdos contractuales de las partes no tienen la capacidad de restringir su competencia para decidir administrativamente los conflictos que en esas relaciones se susciten, dado que dicha potestad deviene directamente de la Ley 142 de 1994.

Expuso que las cláusulas en las que las partes restrinjan la competencia de la CRC no tienen la capacidad para eliminar o limitar el ámbito de sus facultades y, por ende, en los casos en los que se presente solicitudes para la solución de conflictos, dicha

entidad se encuentra obligada a avocar conocimiento, so pena de infringir la ley.

2.1.4. En cuanto a la supuesta revocatoria tácita de las Resoluciones 632 y 756 de 2003, alegó que los casos allí estudiados eran distintos de los que fueron objeto de decisión mediante las Resoluciones 1305 y 1375 de 2005, que aquí se cuestionan, pues partieron de solicitudes y de hechos, asimismo, disímiles.

Precisó que, en el primer caso, la solicitud de Orbitel S.A. E.S.P. versó sobre la aplicación de la opción de cargos de acceso por capacidad contemplada en la Resolución 463 de 2001, debido a la negativa de ETB S.A. E.S.P. de actualizar las condiciones en que debe funcionar y operar la interconexión, para que cumpla y satisfaga sus necesidades actuales, teniendo en cuenta el dinamismo que las relaciones de interconexión presentan. En esa oportunidad, agregó, se tuvieron que analizar las condiciones de tráfico y perfiles imperantes en la relación de interconexión existente entre Orbitel S.A. E.S.P. y ETB S.A. E.S.P., por lo que se estudiaron los datos de tráfico de los años 2000, 2001 y 2002, y la decisión de Orbitel S.A. E.S.P. de mantener el número de enlaces activos antes de la expedición de la Resolución 463 de 2001, esto es, de los ciento doce (112) enlaces E1.

Dijo que, por el contrario, en las Resoluciones 1305 y 1375 de 2005, la CRC revisó las condiciones de la relación de interconexión entre Orbitel S.A. E.S.P. y ETB S.A. E.S.P., por la falta de acuerdo entre las partes frente al necesario redimensionamiento de la interconexión, debido a la disminución del tráfico cursado por ésta. En este caso, entonces, la CRC no revisó las mismas condiciones y tráfico analizados en las Resoluciones 632 y 756 de 2003, sino el comportamiento del tráfico en la interconexión.

Por tanto, precisó que el hecho de que la entidad revise en diferentes actuaciones una misma relación de interconexión no significa que el pronunciamiento que en cada caso se emite sea el mismo.

Alegó que lo que pretendía el demandante era reiterar las solicitudes de nulidad y restablecimiento del derecho que efectuó en el proceso con radicado 2003-01005, sin que esta fuera la instancia para lograrlo, debido a que su conocimiento ya había sido asumido por la justicia ordinaria

2.1.5. Por otro lado, manifestó que su competencia para resolver el conflicto no se encuentra sujeta al plazo preclusivo de cuarenta y cinco (45) días consagrado en la normativa comunitaria, sino a los consagrados en la legislación interna, es decir, en la Ley 142 de 1994 y, en lo que allí no se haya previsto, en el CCA. Precisó que estas disposiciones no consagran la pérdida de competencia de la autoridad para resolver el asunto como consecuencia del vencimiento del plazo, sino que ésta cuenta con una facultad permanente, que debe ejercerse dentro de un término razonable.

Dijo que el artículo 111 de la Ley 142 de 1994 establece que el plazo de cinco (5) meses para decidir se computa desde el *“día en el que se haya hecho la primera de las citaciones o publicaciones de que trata el artículo 108 de la presente Ley”*, presupuesto que en estos casos se cumple cuando se agota la audiencia de mediación, por lo que es a partir de allí que debe contarse el término consagrado en dicha norma.

En todo caso, señaló que, si bien la entidad había adoptado la decisión luego del vencimiento del término señalado, ello se debió a la complejidad del asunto y a las actuaciones procesales que debieron llevarse a cabo, en especial, en cumplimiento del derecho de audiencia de las partes, de acuerdo con lo previsto en la Resolución 087 de 1997, en los artículos 107 y 108 de la Ley 142 de 1994 y en el artículo 28 del CCA. Agregó que, en la actuación adelantada ante esa entidad, se presentaron acciones de los intervinientes que dilataron los términos o, *“cuando menos, modificaron la situación fáctica de la misma con efecto en la situación jurídica”*<sup>7</sup>.

Sostuvo que, pese al vencimiento del término para responder, la entidad no perdió competencia para resolver el asunto, pues el operador no interpuso los recursos de la vía gubernativa contra el acto ficto negativo.

<sup>7</sup> Visible a folio 244 del Cuaderno del Tribunal.

2.1.5. Por otra parte, aseveró que no es cierto que la CRC haya aplicado un híbrido de diferentes disposiciones, sino que resolvió el conflicto, a solicitud de Orbitel S.A. E.S.P., de acuerdo con el trámite previsto en el Capítulo II del Título VII de la Ley 142 de 1994, *“De los procedimientos Administrativos para Actos Unilaterales”*, así como en la parte primera del CCA y, en lo relacionado con la práctica de pruebas, con el Código de Procedimiento Civil (CPC). Además, sostuvo que las disposiciones de la Resolución

087 de 1997 no pueden ser consideradas como un procedimiento, sino que ésta une en un mismo hilo conductor las normas pertinentes de la Ley 142 de 1994 y del CCA.

Manifestó que llevó a cabo las etapas de iniciación, mediación en audiencia, pruebas, recursos, entre otras, por lo que no era cierto que hubiera vulnerado el derecho al debido proceso administrativo, y sostuvo que la demanda carece de una argumentación que permita definir los motivos por los cuáles esa entidad, supuestamente, vulneró el derecho al debido proceso o se apartó del procedimiento que regía la actuación; por lo que pidió que, frente a dicho punto, no se emita algún pronunciamiento de fondo.

2.1.6. Propuso las excepciones de “*actuación en cumplimiento de un deber constitucional y legal*”, “*indebida interpretación de la regulación*” y “*cumplimiento del procedimiento indicado*”, bajo el argumento que, para la expedición de los actos enjuiciados, aplicó los principios y derechos constitucionales a la igualdad, al debido proceso, a la intervención del Estado en la economía, a la regulación *ex ante*, y cumplió de manera irrestricta el trámite establecido en el CCA, en el CPC y en la Ley 142 de 1994.

Igualmente, resaltó que el demandante partía de una premisa errada, esto es, que esa entidad desconoció la Resolución CRT 463 de 2001, cuando de la lectura de los actos enjuiciados, lo que se observa es que dicha entidad lo que hizo fue desarrollar dicha disposición.

2.1.7. Asimismo, propuso la excepción de inepta demanda y alegó que las Resoluciones 632 y 756 de 2003, que la actora mencionó en los cargos de la demanda, ya son objeto de controversia en otro proceso que cursa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por último, elevó la excepción genérica y solicitó que se declare cualquier medio exceptivo que se encuentre probado.

2.2. El **MinTIC**<sup>8</sup>, contestó la demanda por intermedio de apoderado, oponiéndose a laprosperidad de las pretensiones.

2.2.1. De entrada, propuso la excepción de “*indebida integración del contradictorio*” y

alegó que la CRC puede concurrir directamente al proceso sin necesidad de que se cite a esa cartera ministerial, pues no existe, entre ambas, ninguna fuente de solidaridad. Además, anotó que los actos demandados fueron expedidos por la Comisión; y, si bien ésta carece de personería jurídica, de acuerdo con el artículo 3 del Decreto 1620 de 2003, lo cierto es que el artículo 69 de la Ley 142 de 1994 le confiere independencia administrativa, técnica y patrimonial, y el inciso segundo del artículo 149 del CCA la habilita para comparecer a juicio.

No obstante, solicitó que se tuvieran incluidos en la contestación del Ministerio los argumentos que presentara la CRC.

2.2.2. En cuanto al fondo del asunto, explicó el concepto de interconexión, y afirmó que este es uno de los temas centrales de la regulación moderna y del mercado competitivo de las telecomunicaciones, por lo que va mucho más allá de los intereses particulares y de lo que puede ser recogido en un contrato privado.

Sostuvo que no era cierto que la CRC hubiere actuado sin competencia, pues el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994 la faculta para resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre las empresas, por razón de los contratos. Así, enfatizó que esa potestad no puede entenderse derogada por estipulaciones contractuales, como lo sostuvo la demandante.

Adujo que ninguna norma establece que el fenecimiento del término para emitir la respuesta le quita la competencia a la CRC para resolver la controversia, ni mucho menos que genere la nulidad de la decisión, por lo que tal circunstancia únicamente podría tener implicaciones de tipo disciplinario para el funcionario responsable.

Finalmente, señaló que la demandante se limitó a alegar la vulneración del debido proceso, sin exponer expresamente las disposiciones que resultaron infringidas por la Administración.

**2.3. Orbitel S.A. E.S.P.**<sup>9</sup> intervino por intermedio de apoderada en calidad de tercero interesado, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

2.3.1. En concreto, alegó que, desde la celebración del contrato de interconexión 98014017 del 21 de octubre de 1998, ETB S.A. E.S.P. y Orbitel S.A. E.S.P. fueron

conscientes de que a la autoridad reguladora le correspondía, por disposición de los artículos 73.22 y 74 de la Ley 142 de 1994, 14 de la Ley 555 de 2000 y 37 del Decreto 1130 de 1999, determinar los requisitos generales a los que debían someterse para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión, promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, fijar los cargos de acceso e interconexión, asegurar los objetivos de trato no discriminatorio y transparencia, y regular los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión de redes y el acceso y uso de instalaciones.

Indicó que en dicho negocio jurídico las partes se comprometieron a garantizar que la calidad del servicio sería ajustada a las necesidades propias del servicio y a los requerimientos técnicos de las autoridades competentes, y que correspondía a esa empresa presentar semestralmente a ETB las proyecciones de tráfico de los enlaces de interconexión, circuitos y E1s requeridos para los dos (2) años subsiguientes, desagregados por periodos semestrales; y que el Subcomité Técnico debía revisar y actualizar semestralmente el dimensionamiento.

Alegó que, si bien el contrato incluye una cláusula sobre solución de diferencias, ésta no puede derogar o reemplazar la competencia de intervención estatal. De hecho, la propia demandante rechazó el redimensionamiento solicitado por Orbitel S.A. E.S.P. con fundamento en que el número de enlaces E1 que actualmente integran la interconexión entre las redes de las partes fue fijado por la autoridad reguladora mediante las Resoluciones 632 y 756 de 2003, argumento con el que corrobora la aptitud legal de ésta para modificar su determinación. En otras palabras, dijo que la ETB S.A. E.S.P. se negó a modificar el dimensionamiento de la interconexión, de

<sup>9</sup> Folios 271 a 302 *ibidem*.

acuerdo con lo establecido en la regulación y en el contrato, aduciendo que la CRC lo había fijado mediante acto anterior, lo que pone de manifiesto que la actora reconoce la facultad de la entidad para fijar los cargos de acceso a la interconexión y los demás aspectos inherentes a ellos.

Señaló que la CRC tenía competencia legal para resolver el conflicto propuesto por Orbitel S.A. E.S.P., pues la normativa aplicable la faculta para intervenir en las relaciones contractuales, incluso por encima de la voluntad de las partes, con la finalidad de hacer eficiente la interconexión, estableciendo el dimensionamiento de

ésta. Agregó que el dimensionamiento de la interconexión y la definición de los conflictos relacionados con ésta no son asuntos de carácter particular, que se encuentren sujetos a la libre voluntad de las partes, sino que, por el contrario, están en cabeza de la CRC, debido a que dichos criterios influyen directamente sobre el valor de los cargos de acceso que paga un operador al otro, por lo que, si está sobredimensionada, se genera una prestación ineficiente del servicio, lo que, a su vez, da lugar a un mayor costo, que puede verse reflejado en mayores tarifas para los usuarios.

Resaltó que el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 dispuso que los actos y contratos de las empresas de servicios públicos se someten al derecho privado, siempre que el ordenamiento no disponga de manera expresa lo contrario, y enfatizó que la Corte Constitucional, en sentencia C-1162 de 2000, dijo que la función principal de la CRC es regular monopolios en la prestación de los servicios públicos y promover la competencia entre quienes desempeñan esa actividad, a efectos de que sean económicamente eficientes, no apliquen el abuso de posición dominante y produzcan servicios de calidad.

Expuso que las partes tenían claras las anteriores premisas, pues en la cláusula decimoprimeras del contrato acordaron que el valor del cargo de acceso y uso y su reajuste periódico se regirían por las normas establecidas por la CRC; y en la cláusula vigesimoséptima, que las normas que lo rigen son las vigentes al momento de su celebración, sin perjuicio de lo que disponga la CRC. Así, cuestionó que se hubiera invocado como desconocido el principio de supremacía de la voluntad privada con la emisión de las decisiones enjuiciadas, por las características de orden público de la materia que era objeto de controversia; que, según la Ley 142 de 1994, incidía en la competencia, la prestación eficiente del servicio y la calidad.

2.3.3. Indicó que la Resolución CRT 1305 de 2005, confirmada por la Resolución CRT 1375 de ese año, no revocó la Resolución CRT 632 de 2005, dado que: (i) la misma sigue vigente, en cuanto en ella se declaró el derecho de esa empresa para acogerse a la opción de capacidad, por lo que las partes han continuado liquidando la interconexión con base a cargos de acceso por capacidad, (ii) el conflicto dirimido por la CRC en las Resoluciones 632 y 756 de 2003, se orientaba a determinar el derecho de Orbitel S.A. E.S.P. de acogerse al cargo de acceso por capacidad, ejercicio que supone la determinación del número de enlaces; y el de 2005 se originó en que ETB

S.A. E.S.P. no modificó el dimensionamiento de la interconexión, a pesar de que el tráfico se había reducido sustancialmente y de que mediaba obligación regulatoria y contractual. En el segundo caso, agregó, la CRC debía impedir que Orbitel S.A. E.S.P. quedara expuesta al sobredimensionamiento de la interconexión, so pena del desconocimiento de los principios de eficiencia, calidad del servicio y libre competencia, y (iii) el dimensionamiento establecido en la Resolución 632 de 2003 no es un derecho adquirido de la ETB S.A. E.S.P., pues lo que prima es la facultad de la CRC de intervenir en la interconexión, con el fin de promover la prestación de servicios económicamente eficientes, la promoción de la competencia y la protección del usuario.

2.3.4. Respecto a que la CRC perdió competencia al haber resuelto el conflicto fuera del periodo que determina la ley, alegó que el vencimiento esos términos no es óbice para que éstas cumplan con su deber de dar respuesta de fondo a la controversia, y que la seguridad jurídica, que supuestamente cobija a la decisión contenida en el acto ficto, no puede servir de excusa para que aquellas se sustraigan de sus deberes legales, pues el silencio administrativo es una prerrogativa de los particulares y no de las autoridades.

2.3.5. Por último, en cuanto al reproche en el que se discute “*haberse tramitado la actuación administrativa bajo reglas diferentes a las de la Ley 142 de 1994*”<sup>10</sup>, dijo que dicho cuestionamiento no se encontraba dirigido en contra de los actos enjuiciados, sino en contra de las reglas generales previstas en la Resolución CRT 087 de 1997, para efectos del trámite administrativo de solución de conflictos e imposición de

<sup>10</sup> *ibidem*

servidumbres. Así las cosas, precisó que dicho cargo resultaba incongruente, por lo que debía denegarse su procedencia.

2.3.6. Aludió a que los funcionarios públicos no pueden sustraerse de sus deberes legales respecto a la adopción de una decisión, bajo la excusa que en la misma se emitió un acto presunto, máxime si se tiene en consideración que existe limitación en los recursos, congestión en los asuntos a dirimir por su complejidad y las dificultades que se presentan en el trámite.

### III. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 14 de julio de 2011, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A"**, declaró la nulidad de las Resoluciones 1305 y 1375 de 2005, pero denegó el restablecimiento del derecho, con base en los siguientes fundamentos<sup>11</sup>:

3.1. Frente a las excepciones, indicó que la de inepta demanda propuesta por la CRC no tenía vocación de prosperidad, en razón a que la referencia que se hizo en la demanda a las Resoluciones 632 y 756 de 2003, tenía por objeto demostrar que esa entidad, con la expedición de los actos censurados, intentó emendar un error anterior; por lo que no era cierto que la accionante estuviera impugnando dichas resoluciones

3.2. Por otro lado, declaró probado el medio exceptivo de falta de legitimación en la causa por pasiva elevado por el MinTic, en atención a que, si bien la CRC no posee personería jurídica, en virtud del artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, lo cierto era que dicha entidad sí ostentaba autonomía administrativa, técnica y patrimonial, por lo que, en caso de ser condenada, debía sufragar dicha obligación con sus propios recursos.

3.3. Posteriormente pasó a resolver el caso en concreto, haciendo referencia a los hechos relevantes encontrados en el proceso, destacando que: (i) ETB y Orbitel suscribieron el contrato No. 98014017 del 21 de octubre de 1998, con el fin de regular los derechos y obligaciones de las partes por acceso, uso e interconexión de las redes para la prestación del servicio TPBCLD por parte de esta última empresa a los usuarios de la accionante, y (ii) que en la cláusula decimonovena de ese negocio jurídico se

<sup>11</sup> Visible a folios 17 a 37 del Cuaderno nro. 2 del Tribunal.

estipuló que los conflictos surgidos en la ejecución del mismo, serían resueltos siguiendo un procedimiento consecutivo, según no se alcanzara su arreglo, consistente en: un Comité de Interconexión, los Representantes de cada una de las partes, la mediación de la CRC y finalmente un tribunal de arbitramento.

Luego de citar el contenido literal de los artículos 73 y 74.3. de Ley 142 de 1994, y 37 del Decreto 1130 de 1999, señaló que el problema jurídico a resolver era el siguiente:

*“Así las cosas el problema jurídico planteado en el presente cargo, se circunscribe a revisar si las estipulaciones contractuales pactadas por Orbitel y ETB, desplazaba la competencia de la C. R. T. en materia de conflictos suscitados con ocasión de la interconexión que las dos partes sostenían, puntualizándose que la C. R. T. expresó que la ‘...definición de un conflicto relacionado con el dimensionamiento de la interconexión, así como la forma de actualizarlo es de competencia de la C. R. T’, debiéndose agregar que en sus consideraciones previas, la Comisión alude al derecho y obligación de las partes para que en la negociación o ejecución de los contratos de interconexión, se ciñan a la buena fe evadiendo obstáculos meramente formales o artificiosos”.*

Arguyó que el conflicto era de interconexión, por lo que la competencia de la CRC no era obligatoria, sino que estaba subordinada a la petición de las partes, y que la intervención de dicha entidad en el presente asunto no estuvo encaminada a garantizar la libre competencia o la eficiencia del servicio, en razón a que así no se plasmó en los actos demandados ni así lo solicitó Orbitel S.A. E.S.P. Es decir que, al no tratarse de una competencia obligatoria, sino de disposición de las partes, éstas podrían pactar libremente si acudían o no a ella.

En ese sentido, resaltó que las partes gozaban de facultad dispositiva sobre la materia, por lo que, en virtud de lo previsto en el artículo 1602 del Código Civil, se encontraban habilitadas para acordar la forma de solucionar el mismo. Igualmente, precisó que ese contrato producía efectos dado que no había sido invalidado por el mutuo consentimiento de las partes o por causas legales.

Dijo que, aunque inicialmente Orbitel S.A. E.S.P. no lo hubiere expresado en la solicitud, el conflicto que presentó a la CRC era de naturaleza contractual, por lo que la entidad debió ceñirse a las condiciones de oportunidad, forma y efectos que las partes habían convenido, pues el contrato era el que habilitaba su actuación y no las disposiciones normativas sobre las que se fundamentó.

Al respecto, enfatizó que la cláusula decimonovena del contrato estableció que las diferencias que surgieran entre las partes se someterían a la decisión de un comité de interconexión, y que, si este no lograra un acuerdo, se acudiría a los representantes legales de las partes; si tampoco estos lograban dirimir la controversia, podían acudir a la mediación de la CRC, la cual era optativa, y, en caso de que llegaran a un acuerdo, este sería obligatorio; pero, en caso contrario, se someterían a la decisión de un tribunal de arbitramento.

Con fundamento en lo anterior, concluyó que la CRC no tenía competencia para dirimir con fuerza obligatoria el conflicto propuesto por Orbitel S.A. E.S.P., el cual

correspondía a la instancia jurisdiccional y no a la administrativa.

En suma, sostuvo que: *“i) Orbitel se sustrajo a la cláusula 19 pactada en el contrato 98014017 con ETB; ii) la C. R. T. aceptó tal incumplimiento del clausulado, ejerciendo una facultad impositiva que ni el contrato ni la ley le habían dispensado; iii) la ETB, igualmente asumió la misma posición de su parte contratante, de no someterse a lo pactado previamente, dado que no se surtió ninguno de los anteriores mecanismos, en cuanto no obra, ni se menciona por alguna de las partes de esta litis, prueba demostrativa en tal sentido y iv) la C. R. T. no ejerció una actividad de mediación sino de juez, dado que fijó a través de un acto administrativo con presunción de legalidad, el dimensionamiento de las redes de TPBCL de ETB con la red TPBCLD de Orbitel, así como su distribución en las rutas existentes”*<sup>12</sup>.

Agregó que la Resolución 463 de 2001, que fue posterior a la suscripción del anotado contrato y en la que se fundamentó Orbitel para acudir ante la CRC, establece que los operadores telefónicos deberán ofrecer mínimo dos (2) opciones de cargos de acceso a los operadores que les demande interconexión, siendo, por minuto o por capacidad, la primera la que fue convenida en el aludido negocio jurídico, por lo que era claro que el conflicto era contractual, pues lo que pretendía una de las partes era cambiar la modalidad de acceso inicialmente pactada.

Dijo que en similar sentido se había pronunciado la Sección Quinta de esta Corporación, en el proceso de acción de tutela identificado con número de radicado 05001 23 31 000 **2003 01750** 01; y, al prosperar el anterior cargo, concluyó que los

<sup>12</sup> Visible a folio 460 del Cuaderno del Tribunal

actos demandados eran nulos y, en consecuencia, se abstuvo de estudiar los restantes.

3.3. Sin embargo, con fundamento en el principio de justicia rogada, denegó el restablecimiento del derecho solicitado, pues advirtió que la pretensión de pago de sumas de dinero no se dirigió contra Orbitel S.A. E.S.P., sino únicamente contra la CRC, entidad que no hizo parte de las transacciones dinerarias generadas en virtud del contrato de interconexión, por lo que no era quien debía pagar las sumas dejadas de percibir por ETB S.A. E.S.P.

Para el efecto, invocó la sentencia del 29 de enero de 2009, proferida por la Subsección B de la Sección Primera de ese Tribunal, bajo el radicado 2005-01005, en la que resolvió en tal sentido el restablecimiento del derecho pedido en la primera controversia surgida por las partes con ocasión del mismo contrato.

#### IV. EI RECURSO DE APELACIÓN

4.1. La **CRC**<sup>13</sup>, apeló la sentencia de primera instancia, bajo los argumentos que se resumen a continuación:

4.1.1. Expuso que el Tribunal efectuó un análisis parcial y se equivocó al concluir que el conflicto presentado entre las partes era contractual, pues, en realidad, se trataba de una controversia de índole administrativa y regulatoria, asociada a las condiciones de competencia en el mercado en el que participan diferentes proveedores de redes y servicios, por lo que debía dirimirse con base en las competencias de la CRC para intervenir sobre los contratos de interconexión celebrados entre los operadores, con la finalidad de regular el mercado de las telecomunicaciones, a través de medidas orientadas a proteger la libre competencia, y para dirimir mediante decisiones de carácter administrativo, los conflictos que se presenten entre éstos.

Sostuvo que no es cierto, como concluyó el *a quo*, que la CRC debió ceñirse a lo acordado por las partes en el contrato, que era el que habilitaba su intervención, pues la competencia del ente regulador en realidad emana de la propia Carta y de la ley. Al respecto, enfatizó que la regulación de los servicios públicos no puede estar

<sup>13</sup> Folios 472 a 526 *ibidem*.

condicionada a la voluntad particular de los operadores, pues eso haría nugatoria la facultad de intervención del Estado en la economía, lo cual iría en detrimento del interés general y de la competencia.

Alegó que el artículo 73.22 de la Ley 142 de 1994, determinó que las comisiones de regulación estaban obligadas a establecer los requisitos generales a los que deben someterse los proveedores para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión, y el literal c) del artículo 74.3. *ibidem*, dispuso que debía establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho

a utilizar las redes de telecomunicación del Estado.

Advirtió que la controversia surgida sobre el dimensionamiento de la red —por ser un tema de importancia para la interconexión y un medio de promoción de la competencia—, es de tipo regulatorio y no contractual, máxime cuando, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-186 de 2011, el contrato, pese a regirse por el derecho privado, contiene elementos que son de naturaleza pública y de obligatorio acatamiento de las partes, como la remuneración de los cargos de acceso y el mencionado dimensionamiento. La anterior, adujo, es la forma de lograr la eliminación de barreras a la entrada al mercado.

En los anteriores términos, explicó la actividad que ejerció la CRC en los actos administrativos que aquí se controvierten y reiteró que ello corresponde a la potestad administrativa de regulación y de resolución de controversias particulares. De acuerdo con esto, señaló que es errada la conclusión del *a quo*, que dijo que la entidad actuó sin competencia y que la habilitación para dirimir el conflicto correspondía a los jueces, pues ello haría nugatorio el principio constitucional de intervención del Estado en la economía.

Enfatizó que los contratos de interconexión se sujetan no solo a la regulación existente sino a los cambios que en el futuro se den sobre ésta, toda vez que el sector de las telecomunicaciones es dinámico y está sujeto a cambios constantes por el alto contenido de innovación tecnológica que introduce mejoras en la prestación de servicios y cambia las condiciones del mercado. Lo anterior, a su vez, afecta la cantidad de tráfico al interior de la red del operador y de otras redes interconectadas, lo que obliga a que las condiciones de funcionamiento se ajusten a las necesidades de los usuarios, de manera que se garantice la calidad del servicio.

En tal sentido, dijo que el dimensionamiento de las interconexiones entre los distintos operadores de telecomunicaciones debe aplicar los criterios y parámetros de orden técnico comúnmente utilizados por la industria. Así, adujo que, típicamente, se ha establecido como un intervalo óptimo de utilización de los enlaces de interconexión, valores que oscilan entre el sesenta por ciento (60 %) y el ochenta y cinco por ciento (85 %), y que, cuando hay valores por debajo del sesenta por ciento (60 %), se dice que la interconexión está sobredimensionada, lo que quiere decir que hay más elementos físicos en la red (rutas) de los realmente necesarios, lo cual constituye un

uso ineficiente de la infraestructura. El caso opuesto se presenta cuando los valores de utilización son superiores al ochenta y cinco por ciento (85 %), caso en el cual se considera que la interconexión está subdimensionada, resultando necesario ampliar el número de enlaces con la finalidad de evitar pérdidas de llamadas.

Explicó que su función de solucionar conflictos por vía administrativa se encuentra fundada en la necesidad de equilibrar intereses legítimos contrapuestos, de manera que se dé primacía a intereses generales, como lo son, la competencia y la eficiencia de los servicios públicos para el bienestar de los usuarios.

Posteriormente, reiteró las razones por las que consideraba que las facultades de disposición de las partes en los contratos de interconexión debían ser limitadas, por la prevalencia del interés general de los usuarios de los servicios públicos, e indicó que las condiciones del dimensionamiento de una interconexión y la tarifa de la misma no era un simple problema entre operadores, sino que la cantidad de enlaces de interconexión E1 que se fijan respecto de la misma, constituían un factor determinante en la factura que se cobra a los usuarios y en la calidad del servicio.

Manifestó que, inclusive, las empresas de telecomunicaciones en controversia en el presente asunto concuerdan en el respectivo contrato, que la remuneración por la interconexión debía regirse por la regulación vigente o la que expida la CRC, por lo que resultaba un contrasentido afirmar que dicha normativa podía provocar perjuicios, cuando la misma fue incorporada en el contrato de interconexión.

Agregó que, en los casos en los que exista indeterminación por parte de los operadores contratantes, respecto de la forma de dimensionamiento de su interconexión o lo concerniente a la remuneración de las partes, bien al momento de negociación del contrato o en la ejecución de éste, podían solicitar la intervención de esa entidad, a efectos de que dirima el conflicto en aplicación de las normas regulatorias.

Por otra parte, señaló que es diferente la función de administrar justicia, que compete a los jueces de la República, de la función de solución de conflictos entre operadores, que es una forma de materializar la función regulatoria y de intervención atribuida por la Carta Política al Estado a través de las comisiones de regulación. Al respecto, señaló que las partes del contrato tenían a disposición cualquiera de las dos (2) competencias para dirimir sus conflictos, valga reiterar, la de los jueces de la república o la de la comisión reguladora, la cual actuaría con fundamento en las normas de regulación

sectorial, como instancia administrativa y no judicial, fundada en la ley (artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994) y no en el contrato.

Citó algunos links electrónicos con publicaciones y estudios efectuados por organismos internacionales, como la Unión Internacional de Telecomunicaciones - UIT, sobre dicha materia.

4.1.2. Posteriormente refirió a las funciones regulatorias de dicha entidad contenidas en los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994 y procedió a citar las sentencias C-1120 de 2005 y C-186 de 2011 de la Corte Constitucional y la proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el expediente identificado con número de radicación 34.846.

Destacó que, en virtud de las citadas sentencias de constitucionalidad que tienen efectos generales, esa entidad ha emitido regulaciones de interconexión para promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, tales como la expedición del régimen unificado de interconexión –RUDI, el régimen de cargos de acceso o de remuneración por el acceso y uso de la red de un operador de telecomunicaciones por parte de otro operador en la Resolución 463 de 2001, y las decisiones particulares en las que se imponen servidumbres de acceso, uso e interconexión o se definen las condiciones técnicas de interconexión.

Aseveró que el antecedente de la sentencia de acción de tutela que fue citada en la providencia recurrida no podía ser tenida como precedente, pues sus efectos eran *inter partes*, y porque no se reconocía la doctrina constitucional frente a las facultades de intervención de las Comisiones de Regulación en los contratos de interconexión celebrados por los operadores.

4.2. La **Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. - ETB - E.S.P.**<sup>14</sup> interpuso oportunamente recurso de apelación en contra de la sentencia del 14 de julio de 2011. Los fundamentos se sintetizan así:

Mencionó que, en la pretensión de restablecimiento, se solicitó que se ordenara el pago efectivo de las sumas dinerarias que debieron serle reconocidas a esa empresa por Orbitel S.A. en caso de no haber sido emitidos los actos enjuiciados. Así, luego de citar la sentencia del 15 de noviembre de 1990, expedida por esta Corporación judicial

en el proceso con radicado 2339, indicó que el Tribunal ignoró que no sólo pretendía la nulidad del acto censurado, sino que también buscaba el restablecimiento de un derecho particular.

Alegó que la intervención de la CRC en los hechos planteados en la demanda fue real y material, y que, si bien no recibió ni pagó sumas de dinero, sí fijó el dimensionamiento de la interconexión en setenta y tres (73) enlaces E1, decisión que involucró la revocatoria de la Resolución 732 de 2003, que los había fijado en ciento doce (112), y la modificación de la relación contractual de ETB S.A. E.S.P. y Orbitel S.A. E.S.P.

Con base en lo anterior, alegó que lo sustancial de la pretensión debe primar sobre la forma y los términos en que fue planteada, máxime cuando el efecto inmediato de la nulidad del acto es el restablecimiento del derecho. En tal orden, señaló que la intromisión en la ejecución del contrato siempre giró en torno a los valores o sumas de dinero que debieron ser pagadas por Orbitel S.A. E.S.P. a ETB S.A. E.S.P., por concepto de acceso y uso de la red de telefonía pública básica conmutada local. Por lo tanto, lo lógico era que el juez ordenara el restablecimiento del derecho a cargo de Orbitel S.A. E.S.P.

<sup>14</sup> Folios 530 a 536.

Adicionalmente, adujo que el Tribunal no tuvo en cuenta que Orbitel S.A. E.S.P. intervino en el proceso y propuso excepciones, por lo que necesariamente los efectos del restablecimiento del derecho podían afectarla.

Con fundamento en lo expuesto, solicitó *“adicionar”* la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar en abstracto al MinTIC y a la CRC a pagar a ETB S.A. E.S.P. las sumas de dinero que dejó de percibir, actualizadas de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) y concluyó que, *“insistimos que se encuentra probado en el proceso que ORBITEL S.A. E.S.P. se hizo parte dentro del proceso contestando la demanda, proponiendo excepciones, es decir, ejerció el derecho a la defensa, al igual que se encuentra establecido que, debió pagar los cargos contractualmente obligado por concepto de acceso y uso de la red de telefonía públicas básica conmutada local, razón por la cual el Honorable Consejo de Estado debe ordenar entonces, el restablecimiento de derecho a cargo de ORBITEL S.A. ESP*

*teniendo en cuenta lo precisado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cuanto a que ORBITEL S.A. ESP. fue la empresa que recibió o efectuó pagos concernientes al cambio del sistema de acceso de cargos por capacidad con ocasión del contrato de interconexión celebrado con ETB S.A. ESP de donde necesariamente debe pronunciarse sin que incurra en extensión o variación del sujeto pasivo, como equivocadamente lo considera el Honorable Tribunal, y si por el contrario, estaría resolviendo el conflicto generado entre las partes”<sup>15</sup>*

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

6.1. La **Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)**<sup>16</sup>, presentó escrito en el que reiteró los argumentos de la contestación de la demanda y del recurso de apelación, y agregó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia emitida el 3 de septiembre de 2012, dentro de un proceso identificado con número de radicado 25000 23 24 000 **2004 00310** 01, el cual tiene similares fundamentos de hecho y derecho al presente asunto, denegó las pretensiones de la demanda, reconociendo que, como el Legislador estaba habilitado para establecer una instancia administrativa de solución de conflictos a los operadores de servicios públicos domiciliarios, la intervención de las

<sup>15</sup> Visible a folio 536 del Cuaderno del Tribunal

<sup>16</sup> Folios 78 a 112 del Cuaderno del Consejo de Estado.

autoridades reguladoras constituía un fin constitucionalmente válido para esos efectos; y que, aunque en ese caso, las partes establecieron una cláusula compromisoria, lo cierto era que los derechos y obligaciones relativas al acceso, uso e interconexión de redes de comunicaciones, era una actividad de interés general sujeta a la intervención de la administración.

6.2. La **Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. - ETB - E.S.P.**<sup>17</sup> presentó escrito en el que reiteró los argumentos del recurso de apelación.

## **V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El **Agente del Ministerio Público** no rindió concepto en el proceso de la referencia.

## VI. INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

6.1. Mediante auto del 24 de junio de 2014<sup>18</sup>, con fundamento en el artículo 33 de la Ley 457 de 1998, que aprobó el Protocolo Modificador del Acuerdo de Cartagena, y en el artículo 61 de la Decisión 184 de 1983, el magistrado sustanciador ordenó solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial del artículo 32 de la Resolución 432 de 2000, de la Secretaría General de la Comunidad Andina. Lo anterior, teniendo en cuenta que dicha norma fue invocada como violada por los actos acusados en el presente asunto.

6.2. El concepto fue rendido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante documento del 12 de junio de 2017<sup>19</sup>, bajo la radicación 366-IP-2015, en lossiguientes términos:

Se refirió al principio de preeminencia del Derecho Comunitario Andino y destacó que las disposiciones del Acuerdo de Cartagena prevalecen sobre cualquier norma interna de la República de Colombia, incluso sobre sobre la Constitución Política, aunque precisó que ello no implica que la ley nacional deba ser derogada, sino que basta con que sea inaplicada por el país miembro correspondiente.

<sup>17</sup> Visible a folios 113 a 119 del Consejo de Estado.<sup>18</sup> Folio 200 del cuaderno del Consejo de Estado. <sup>19</sup> Folios 281 a 296 *ibidem*.

Además, advirtió que el hecho de que un país miembro pertenezca a un organismo internacional distinto a la Comunidad Andina no lo exime de obedecer las normas de ésta, pues el ordenamiento comunitario andino es preponderante también respecto de los otros ordenamientos jurídicos internacionales.

Aludió al principio de complemento indispensable de la normativa comunitaria, el cual consagra el concepto de norma de clausura, según el cual se deja a la legislación de los países miembros la solución legislativa de las situaciones no contempladas en la ley comunitaria, pues es posible que ésta no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica.

Al respecto, anotó que ese Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha manifestado que solo son legítimas las normas complementarias que resulten estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación, y que de ningún modo la entrapen o desvirtúen. En tal sentido, afirmó que los países miembros no pueden expedir disposiciones sobre asuntos regulados por las normas comunitarias, salvo, reiteró, que sean necesarias para su correcta ejecución.

Dijo que, en aplicación del principio de complemento indispensable, los países miembros, al expedir normas para la implementación o desarrollo de aspectos no regulados por la normativa comunitaria, deben evitar establecer exigencias, requisitos adicionales o constituir reglamentaciones que afecten el derecho comunitario o restrinjan aspectos esenciales por él regulados, de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria.

En cuanto al asunto que aquí se debate, señaló que, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, si un proveedor que solicita una interconexión, considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, debe acudir a las autoridades nacionales, para que resuelvan el asunto con base en la normativa nacional, lo cual cobra sentido en que es a éstas a quienes les corresponde salvaguardar las normas y los principios de orden público y los intereses generales.

Expuso que el literal f) del artículo 17 de la Resolución 432 de 2000 establece que los acuerdos de interconexión negociados y las ofertas básicas de interconexión deben contener una cláusula relativa a los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión.

En este orden, dijo que procedía a modular su jurisprudencia para sostener que, si en la relación contractual surgen controversias relacionadas con derechos disponibles o de libre disponibilidad, es decir, los que pueden ser objeto de renuncia, cesión, modificación o extinción, podrán ser resueltas a través de los mecanismos de solución de controversias previstos en el contrato y aprobados por la autoridad competente, entre los que se encuentra el arbitraje. Que, en cambio, las controversias relacionadas con derechos no disponibles, como las materias de orden público, el imperio del Estado y las potestades regulatorias de la autoridad de telecomunicaciones, deben ser resueltas *“por la autoridad administrativa nacional competente”*.

Por último, dijo que la presente interpretación prejudicial debía ser aplicada por la Sala Consultante al resolver el asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, concordante con el párrafo tercero del artículo 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

## **VI. DECISIÓN**

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes.

## **VII. CONSIDERACIONES**

### **7.1. Competencia.**

De conformidad con lo expuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y de lo previsto en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo expuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y del artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

### **7.2. Hechos**

7.2.1. ETB S.A. E.S.P. y Orbitel S.A. E.S.P. suscribieron el contrato de interconexión 98014017 del 21 de octubre de 1998, en el que pactaron las condiciones técnicas de interconexión y específicamente su dimensionamiento. Además, acordaron que las controversias surgidas en la ejecución del contrato serían dirimidas por varias instancias administrativas y societarias, y finalmente por un tribunal de arbitramento.

7.2.2. La CRC, mediante la Resolución 463 de 2001, creó un nuevo sistema para el pago por el uso de las redes de telefonía local, que incluye dos opciones: (i) cargos de acceso máximo por minuto, y (ii) cargos de acceso máximo por capacidad.

7.2.3. En virtud de la nueva modalidad de cargos de acceso por capacidad, establecida

en la Resolución 463 de 2001, surgió una controversia entre las partes del contrato, que Orbitel S.A. E.S.P. solicitó a la CRC que la zanjara.

7.2.3. La CRC expidió la Resolución 632 de 2003, confirmada por la Resolución 756 del mismo año, que resolvió la problemática planteada por Orbitel S.A. E.S.P. y fijó el dimensionamiento de la interconexión de las redes de TPBCL de ETB S.A. E.S.P. con la red de TPBCLD de Orbitel S.A. E.S.P. en ciento doce (112) enlaces E1.

7.2.4. Las Resoluciones 632 y 756 de 2003 fueron demandadas por ETB S.A. E.S.P., asunto que fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante sentencia del 29 de enero de 2009, bajo el radicado 2003-01005.

7.2.5. Mediante comunicación del 7 de abril de 2005, Orbitel S.A. E.S.P. solicitó la solución de otro conflicto de interconexión surgido con ETB S.A. E.S.P., en relación con el dimensionamiento de la interconexión entre las redes de TPBCLD de la primera y la red TPBCL de la segunda.

7.2.6. La nueva controversia fue resuelta por la CRC mediante la Resolución 1305 de 2005, confirmada por la Resolución 1375 del mismo año, que fijó el dimensionamiento de la interconexión de las redes de TPBCL de ETB S.A. E.S.P. con la red de TPBCLD de Orbitel S.A. E.S.P. en 73 enlaces E1.

7.2.7. Inconforme con dicha determinación, ETB presentó la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los precitados actos.

7.2.8. A través de sentencia del 14 de julio de 2011, la Subsección "A" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de los actos enjuiciados y denegó las pretensiones de restablecimiento del derecho.

7.2.9. En contra de la precitada decisión la parte actora y la CRC presentaron recurso de apelación.

### **7.3. Planteamiento**

Para resolver los recursos de apelación, la Sala observa que las partes concuerdan que se presentó un conflicto entre ETB S.A. E.S.P. y Orbitel S.A. E.S.P. en relación

con el dimensionamiento de la interconexión de las redes de telefonía pública básica conmutada local con la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia. También coinciden en que, a través de los actos demandados, la CRC resolvió el anterior conflicto. Adicionalmente, presentan anuencia en la existencia de una cláusula del anotado contrato de interconexión que indica que las diferencias que surjan del contrato suscrito entre los mencionados operadores serían ventiladas consecutivamente ante un comité de interconexión, los representantes legales de las partes, con la mediación de la CRC, o ante un Tribunal de Arbitramento.

Sin embargo, discuten respecto a la competencia de dicha entidad para dirimir esa controversia, pues para el *a quo*, como la misma se presentaba sobre la interconexión, su naturaleza era contractual dado que, sobre esa materia, existía regulación expresa en el contrato suscrito por ambas partes; por lo que la intervención de la CRC no era obligatoria, sino optativa para éstas, máxime cuando no estuvo encaminada a garantizar la libre competencia o la eficiencia del servicio, pues los actos demandados no lo manifestaron así. Y, por tanto, la entidad debía ceñirse a lo pactado en el contrato, que no le otorgaba una facultad impositiva ni la autorizaba para actuar como juez, que fue lo que finalmente hizo, sino que preveía que los conflictos debían ser dirimidos por un tribunal de arbitramento.

Mientras tanto, para la CRC, la controversia sobre el dimensionamiento de la red — por ser un tema de importancia para la interconexión y un medio de promoción de la competencia—, es de tipo administrativo o regulatorio, y no contractual, por lo que debía solucionarse con base en las competencias de esa entidad, que emanan de los artículos 333 y 334 Superiores y 73 y 74 de la Ley 142 de 1994, para intervenir sobre los contratos de interconexión, con la finalidad de regular el mercado de las telecomunicaciones; y que la interpretación del Tribunal haría nugatorio el principio constitucional de intervención del Estado en la economía.

Por otra parte, discuten en relación con el restablecimiento del derecho, pues el Tribunal considera que, en virtud del principio de justicia rogada, no hay lugar a ordenar el pago de sumas de dinero, pues esta pretensión no se dirigió contra Orbitel S.A. E.S.P., sino únicamente contra la CRC, entidad que no formaba parte de la relación contractual de interconexión; mientras que, para ETB S.A. E.S.P., la demanda debió interpretarse y, en consecuencia, se debió obligar a Orbitel S.A. a asumir el costo de las sumas dinerarias que dejaron de ser pagadas a esa sociedad como consecuencia

de la expedición de los actos censurados, máxime cuando dicha empresa fue vinculada al trámite de la referencia y pudo ejercer su derecho a la defensa.

Vistas así las cosas, la Sala analizará los puntos mencionados en el orden anunciado.

#### **7.4. De la competencia material**

Se debe definir entonces si es nulo por falta de competencia el acto que resuelve un conflicto sobre el dimensionamiento de la red entre dos operadores de telecomunicaciones, si existe cláusula que contempla como mecanismo de resolución de las controversias derivadas de esa relación el Tribunal de Arbitramento; no obstante, resolver tal cuestión implica que, de manera previa, se precise si el conflicto sobre el dimensionamiento de la red entre dos operadores de telecomunicaciones es un conflicto de carácter contractual o de carácter administrativo.

La Sala respondió idéntico problema en sentencias del 24 de mayo de 2018<sup>20</sup>, 19 de julio de 2018<sup>21</sup> y 6 de septiembre de ese mismo año<sup>22</sup>, posiciones que fueron

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 24 de mayo de 2018. Radicación: 25000 23 24 000 2004 00684 01. C.P.: Hernando Sánchez Sánchez, Actor: Empresa de Telecomunicaciones del Llano S.A. E.S.P., ETELL S.A. E.S.P. Demandado: Comisión de Regulación de Comunicaciones.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 19 de julio de 2018. Radicación: 25000 23 24 000 2005 01152 01. M.P.: Hernando Sánchez Sánchez. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones y Comisión de Regulación de Comunicaciones.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 6 de septiembre de 2018. Radicación: 25000 23 24 000 2003 01005 02. M.P.: Hernando Sánchez Sánchez. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de

prohijadas en el fallo del 20 de noviembre de 2020<sup>23</sup>, en el que, además, se definió si la determinación de los cargos de interconexión del servicio de telecomunicaciones era un deber que correspondía asumir a la autoridad administrativa, en este caso a la CRC, o si se trataba de un asunto de libre disposición de las partes.

Así pues, y dado que resulta exactamente igual el objeto y la causa *petendi* de los anotados procesos con el que ahora ocupa la atención de la Sala, se resolverá en la misma manera, es decir, concluyendo que sí es competente la CRC para resolver las discusiones derivadas del dimensionamiento de la red entre dos operadores de telecomunicaciones, como quiera que “*el contrato de interconexión no es de disposición de bienes propios, sino que de por medio está la garantía del servicio*

público de comunicaciones, en especial, la regulación especializada”<sup>24</sup>. El siguiente fue el razonamiento allí vertido:

**“VI.5.1.- Primer cargo – Expedición de las Resoluciones 831 y 913 de 2003 con violación de las normas superiores en las que debían fundarse los actos administrativos – desconocimiento de los artículos 39.4 y 73.8 de la Ley 142 de 1994 – CRT no es competente para resolver conflictos contractuales.**

183. Respecto de este cargo, el Tribunal a quo determinó que la CRT era competente para resolver los conflictos suscitados entre las partes, derivados de los convenios de interconexión, en tanto involucra la libre competencia y afecta la prestación del servicio público.

184. Frente a lo resuelto, el recurrente insiste en que el conflicto entre UNITEL y ETB es de naturaleza privada y contractual y, por tal motivo no puede incluirse dentro de las funciones atribuidas a la CRT por los artículos 73.8 y 74.3, literal c) de la Ley 142 de 1994. En esa medida, arguyó que la CRT había modificado las condiciones contractuales en contra de lo acordado por las partes respecto de la solución de conflictos, en la cláusula séptima del contrato. Aseguró que en dicha cláusula las partes habían establecido un procedimiento tendiente a solucionar los conflictos que pudieren presentarse durante su ejecución, el cual constaba de 4 etapas: i) Comité Mixto de Interconexión, ii) Acuerdo entre los representantes legales de las partes, iii) Mediación de la CRT a petición de ambas partes y, iv) Tribunal de Arbitramento.

185. Criticó que el Tribunal a quo hubiere otorgado competencias a la CRT para conocer de un asunto que no tiene naturaleza administrativa, en tanto desconoció precedentes propios, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en donde se había evidenciado que este tipo de conflictos son de carácter contractual y no administrativo.

Bogotá S.A. E.S.P. Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones y Comisión de Regulación de Comunicaciones

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Proceso número 25000 23 24 0000 2004 00310 01. C. P, Roberto Augusto Serrato Valdés.

<sup>24</sup> Ibidem.

186. Para resolver el cargo, la Sala en esta oportunidad prohija lo decidido en un caso<sup>25</sup> con idénticos supuestos fácticos y jurídicos en el que se consideró lo siguiente:

**[...] En este orden de ideas, el ordenamiento jurídico, vigente al momento de expedir los actos demandados, le confirió competencias a la parte demandada para resolver, en ejercicio de funciones administrativas (no jurisdiccionales), los conflictos entre operadores derivados de sus contratos de interconexión, siempre y cuando no corresponda decidir a otras autoridades administrativas.**

**Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta la naturaleza de contrato de interconexión<sup>26</sup>, que, como lo ha indicado la parte demandada y el tercero con interés, no es un contrato de disposición de bienes propios, sino que de por medio esta la garantía del servicio público de comunicaciones, en especial, la regulación especializada que expedido la misma parte demandada, en ejercicio de sus funciones reglamentarias técnicas, en materia de cobros de cargos de acceso para Servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada Local, en**

*adelante TPBLC, que restringe la libertad negocial de los operadores para pactar libremente el valor de dicho cobro y, por ende, la metodologías o fórmulas aplicables para establecer el respectivo valor*<sup>27</sup>. [...]

187. *El anterior pronunciamiento fue reiterado por esta Sección en sentencias de 19 de julio de 2018*<sup>28</sup> *y 6 de septiembre de 2018*<sup>29</sup>, *y tiene plena correspondencia con lo determinado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la interpretación prejudicial 183-IP-2019 de 28 de febrero de 2020*<sup>30</sup>, *en cuanto a que la CRT, parte demandada en el presente asunto, es la competente para dirimir, en sede administrativa, todo tipo de controversias.*

188. *En el mismo sentido, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-186 de 2011, consideró que la facultad para dirimir conflictos derivados de los contratos de interconexión está en cabeza de la CRT, en ejercicio de las facultades legales de intervención del Estado en los servicios públicos, según lo establecido por el artículo 334 de la Constitución Política. En la citada sentencia, la Corte reiteró su jurisprudencia en el siguiente sentido:*

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 24 de mayo de 2018. Radicación: 25000-23-24-000-2004-0684-01. M.P.: Hernando Sánchez Sánchez. Actor: Empresa de Telecomunicaciones del Llano – ETELL S.A. E.S.P. Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones y Comisión de Regulación de Comunicaciones.

<sup>26</sup> El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sentencia 19 de febrero de 2015, núm. único de radicación 11001-03-24-000-2002-00194-01, C.P.: María Claudia Rojas Lasso, ha indicado lo siguiente:

*"[...] De lo anterior resulta que si bien dichos contratos, por mandato legal, se rigen por regla general por el derecho privado, por mandato expreso del legislador están exceptuados del régimen general de derecho privado en virtud de la intervención del Estado en la economía, especialmente en el campo de los servicios públicos, por lo cual no se genera la inmutabilidad propia de los contratos en el derecho privado. [...]."*

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 16 de marzo de 2012, núm. 25000-23-24-000-00811-01, Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 19 de julio de 2018. Radicación: 25000-23-24-000-2005-01152-01. M.P.: Hernando Sánchez Sánchez. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones y Comisión de Regulación de Comunicaciones.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 6 de septiembre de 2018. Radicación: 25000-23-24-000-2003-01005-02. M.P.: Hernando Sánchez Sánchez. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones y Comisión de Regulación de Comunicaciones.

<sup>30</sup> Folios 155 a 161 del Cuaderno 1.

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

*[...]*

*Igualmente en la misma providencia precisó que las decisiones proferidas en ejercicio de esta facultad tienen el carácter de actos administrativos que ponen fin a una actuación administrativa y, por lo tanto, están sometidas al control de legalidad por parte de la jurisdicción, de conformidad con las*

*reglas generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo. [...] (Destacado de la Sala).*

189. *Ahora bien, establecida la competencia de la CRT para dirimir conflictos derivados de los convenios de interconexión, encuentra la Sala que en el presente asunto, en la IP 183-IP-2019 de 28 de febrero de 2020<sup>31</sup>, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina<sup>32</sup> concluyó:*

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

*2.5 De esta manera, el Tribunal modula la **jurisprudencia anterior manifestación que, si en la relación contractual surgen controversias relacionadas con derechos disponibles o de libre disponibilidad, como aquellos que pueden ser objeto de renuncia, cesión, modificación o extinción, debidamente permitidos por la ley y conforme la voluntad de las partes podrán resolverlas mediante los mecanismos de solución de controversias previstos en el contrato y aprobados por la autoridad competente, de conformidad con literal f) del Artículo 17 de la Resolución 432, entre ellos el arbitraje.***

<sup>31</sup> Folios 155 a 161 del Cuaderno 1.

<sup>32</sup> Ese mismo Tribunal se ha manifestado en idéntica forma en casos similares al presente, como por ejemplo: i) la interpretación prejudicial 293-IP-2016, la cual fue adoptada por esta Sección en la sentencia del 24 de mayo de 2018 proferida por la Sección Primera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, C.P.: Hernando Sánchez Sánchez, núm. único de radicación: 25000-23-24-000-2004-00684-01, en donde la parte demandante es la Empresa de Telecomunicaciones del Llano S.A. E.S.P., ETELL S.A. E.S.P. y la parte demandada es la Comisión de Regulación de Comunicaciones; ii) interpretación prejudicial 560-IP-2016 de 21 de septiembre de 2017, la cual fue adoptada por esta Sección en la sentencia del 19 de julio de 2018 proferida por la Sección Primera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, C.P.: Hernando Sánchez Sánchez, núm. único de radicación: 25000-23-24-000-2005-001152-01, en donde la parte demandante es la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. y la parte demandada es la Comisión de Regulación de Comunicaciones; y iii) la interpretación prejudicial 143-IP-2016 de 17 de noviembre de 2017, la cual fue adoptada por esta Sección en la sentencia del 6 de septiembre de 2018 proferida por la Sección Primera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, C.P.: Hernando Sánchez Sánchez, núm. único de radicación: 25000-23-24-000-2003-001005-02, en donde la parte demandante es la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. y la parte demandada es la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

*2.6 En cambio, **las controversias relacionadas con derechos no disponibles, como las materias de orden público, derecho de imperio del Estado y las potestades regulatorias de la Autoridad de Telecomunicaciones, no pueden ser materia de arbitraje, por lo que, ellas tendrán que ser resueltas por la autoridad administrativa nacional competente.***

*2.7 En conclusión, la normativa comunitaria confiere a la autoridad competente una línea coherente de regulación en el sector de las telecomunicaciones, lo que implica armonía en todos los aspectos, inclusive en la solución de conflictos. [...] (Subrayados del original) (Destacados de la Sala).*

190. *De la Interpretación Prejudicial, se encuentra que si bien las normas comunitarias privilegian la autonomía de la voluntad para celebrar convenios de interconexión y pactar cláusulas de solución de controversias que surjan de estos, tales aspectos se circunscriben a aquellos de la interconexión sobre los cuales tienen disposición las partes. Esto es, en palabras del Tribunal de Justicia de la*

Comunidad Andina, «aquellos que pueden ser objeto de renuncia, cesión, modificación o extinción», y es solamente frente a estos que se reconoce la aplicación de las cláusulas de mecanismos de solución de controversias previstos en el contrato, entre ellos el arbitraje, de conformidad con el literal f) del Artículo 17 de la Resolución 432 de 2000.

191. Lo anterior, necesariamente deriva en que las controversias que surjan del convenio o contrato de interconexión, pero que estén relacionadas con «las materias de orden público derecho de imperio del Estado o **las funciones regulatorias de la Autoridad de Telecomunicaciones** no pueden ser materia de arbitraje, **por lo que tendrán que ser resueltas por la autoridad administrativa nacional competente**»<sup>33</sup>. En esa medida, corresponderá a la Sala establecer, con base en la interpretación prejudicial y las normas internas, si la determinación de los cargos de interconexión del servicio público de telecomunicaciones corresponde a las funciones regulatorias de la CRT o si es un asunto de libre disposición de las partes como se afirma en el recurso.

192. Para ello, la Sala encuentra necesario referirse a las normas comunitarias de la Comunidad Andina y a las normas nacionales sobre interconexión en telecomunicaciones, para luego establecer la competencia de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones - CRT, hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, para determinar los cargos de interconexión del servicio público de telecomunicaciones.

193. Frente a las normas comunitarias de la Comunidad Andina<sup>34</sup>, en adelante CAN, son de carácter obligatorio para los Estados Miembros, como Colombia, y se entienden incorporadas al ordenamiento jurídico colombiano como normas supranacionales. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-137 de 1996 estableció:

<sup>33</sup> Interpretación Prejudicial 183-IP-2019 de 28 de febrero de 2020, obrante a folios 155 a 161 del Cuaderno 1.

<sup>34</sup> «La Comunidad Andina, como una organización internacional de integración, fue creada por el Protocolo modificador del Acuerdo de Cartagena, suscrito en Trujillo el 10 de marzo de 1996 y expresa su voluntad mediante decisiones, las cuales obligan a los Estados Miembros y hacen parte del ordenamiento jurídico comunitario Andino.» Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 6 de septiembre de 2018. Radicación: 25000-23-24-000-2003-01005-02. M.P.: Hernando Sánchez Sánchez. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones y Comisión de Regulación de Comunicaciones.

[...] Como es sabido, el concepto de supranacionalidad - dentro del que se inscribe el Acuerdo de Cartagena - implica que los países miembros de una organización de esta índole se desprendan de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia **de regular de manera uniforme para todos los países miembros sobre las precisas materias que le han sido transferidas**, con miras a lograr procesos de integración económica de carácter subregional. Las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los países miembros del tratado de integración, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional. Por una parte, esta legislación tiene un **efecto directo** sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando ésta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un **efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) - dentro del efecto conocido como preemption - a la norma nacional.**[...] (Resaltado de la Sala).

194. Teniendo presente la naturaleza de estas, cabe recordar que la CAN profirió la Decisión 462 de 1999, en adelante Decisión 462, con el propósito general de «fomentar el proceso de liberalización progresiva del comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones a fin de alcanzar la creación de un Mercado Común Andino de servicios, contribuyendo así al proceso de integración de la Subregión Andina»<sup>35</sup>, cuyos objetivos específicos son: i) eliminar las restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones; ii) propiciar la armonización de las normas necesarias para la conformación del Mercado Común Andino de telecomunicaciones; iii) proponer definiciones comunes de los servicios de telecomunicaciones en los Países Miembros; y, iv) propiciar la inversión en dichos servicios.

195. En ese contexto, la Decisión 462 define, entre otras materias, la interconexión, así:

[...] Artículo 2.- Definiciones.

Para los efectos de la presente Decisión, se entiende por: [...]

*Interconexión:* Todo enlace con los proveedores que suministran redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones con objeto que los usuarios de un proveedor puedan comunicarse con los usuarios de otro proveedor y tener acceso a los servicios suministrados por otro proveedor respecto de los que se contraigan compromisos específicos. [...]

196. Asimismo, la Decisión 462 en el Capítulo VIII<sup>36</sup> regula la figura de la interconexión y sus principios, indicando que la interconexión es obligatoria. Además, debe realizarse en términos y condiciones que no sean discriminatorias respecto de las especificaciones técnicas y los cargos, y, concedida en forma oportuna. Frente a los cargos, señala que deben ser transparentes y razonables, orientados a costos y que tengan en cuenta su viabilidad económica y «[e]stén lo suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran

<sup>35</sup> Artículo 1º de la Decisión 462 de 1999 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones.

<sup>36</sup> Artículos 30 a 33 de la Decisión 462 de 1999 de la Comisión de la Comunidad Andina.

para el suministro del servicio»<sup>37</sup>. con el fin de garantizar el acceso y utilización de redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones.

197. Por su parte, la Resolución 432 de 2 de octubre de 2000, en adelante Resolución 432, expedida por la Secretaría General de la Comunidad Andina<sup>38</sup>, aprobó las “[...] Normas Comunes sobre Interconexión [...]”, con el objetivo de «definir los conceptos básicos y obligaciones sobre las cuales se deben desarrollar la interconexión que se realice en cada uno de los Países Miembros de la Comunidad Andina»<sup>39</sup>. En su artículo segundo, dispuso que, para los efectos de la aplicación de esta, rigen los términos y definiciones contenidos en los Reglamentos adoptados de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina.

198. El artículo 17 de la Resolución 432, respecto de los acuerdos de interconexión, que éstos deberán contener cláusulas relativas a los siguientes aspectos:

[...] Artículo 17.- Los acuerdos de interconexión suscritos entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y las ofertas básicas de interconexión deberán contener cláusulas relativas a los siguientes aspectos:

- a) Los servicios a ser prestados mediante la interconexión.
- b) Los procedimientos que serán utilizados para el intercambio de la información necesaria, para el buen funcionamiento y control de la red pública de telecomunicaciones o de los servicios de telecomunicaciones para el mantenimiento de una calidad adecuada en los mismos.
- c) Las medidas a tomar por cada una de las partes, para garantizar la privacidad de las comunicaciones de los usuarios y de la información manejada en las mismas, cualquiera sea su naturaleza y su forma.
- d) Los procedimientos a seguir para el intercambio de cuentas, aprobación de facturas, liquidación y pago de las mismas.
- e) La duración del contrato y procedimientos para su renovación.
- f) Los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión.
- g) Las causales para la suspensión o terminación del Contrato de Interconexión. [...]

199. Ahora bien, el artículo 32<sup>40</sup> de la Resolución 432, estableció que, para la resolución de controversias surgidas del convenio de interconexión, en primer

<sup>37</sup> Literal b) artículo 30 de la Decisión 462 de 1999 de la Comisión de la Comunidad Andina.

<sup>38</sup> En la Interpretación Prejudicial se precisa: “[...] Este último fue sustituido mediante la Resolución 1922 de 18 de abril de 2017, la misma **no afecta el análisis de la presente Interpretación Prejudicial**. [...]”.

<sup>39</sup> Artículo 1º de la Resolución 432 de 2000 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones.

<sup>40</sup> Decisión 432. «Artículo 32.- Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes. En el caso que éstas no logren un entendimiento que ponga fin a la controversia, la misma deberá ser sometida a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, por cualquiera de las partes. La Autoridad de Telecomunicaciones

*término, deberá ser resuelta entre las partes y en caso de no lograr entendimiento, que ponga fin a la controversia, la misma «deberá ser sometida a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, por cualquiera de las partes».*

200. En esa medida, pasa la Sala a realizar un recuento de las normas internas sobre interconexión del servicio público de telecomunicaciones. Sea lo primero indicar que el artículo 334<sup>41</sup> de la Constitución Política habilita al Estado para intervenir en la economía, por mandato de la ley, en los servicios públicos, mientras que el artículo 365 superior señala que éstos son inherentes a la finalidad social del Estado, siendo su deber asegurar su prestación eficiente. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley y, en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, control y la vigilancia de los mismos.

201. Por otra parte, la Ley 142 de 1994 «Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios», en su artículo 2º<sup>42</sup> determinó que el Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia establecidas en ella, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 de la Constitución Política y establece los fines para los cuales se autoriza dicha intervención, entre los que se encuentra, garantizar la

calidad del bien objeto del servicio público y la prestación eficiente del mismo.

202. En el artículo 3º<sup>43</sup> de la Ley 142 de 1994 determina que constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos, todas las

competente deberá decidir dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la recepción de la consulta. [...]"

<sup>41</sup> "[...] **Artículo 334.** La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. [...]"

<sup>42</sup> [...] **ARTÍCULO 2o. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS.** El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365, a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

2.1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios.

2.2. Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios.

2.3. Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.

2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.

2.5. Prestación eficiente.

2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.

2.7. Obtención de economías de escala comprobables.

2.8. Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.

2.9. Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad.»

<sup>43</sup> «**ARTÍCULO 30. INSTRUMENTOS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL.** Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta Ley, especialmente las relativas a las siguientes materias:

3.1. Promoción y apoyo a personas que presten los servicios públicos. [...]

3.9. Respeto del principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios.

atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata dicha ley, especialmente, las relativas a la regulación de la prestación de éstos de manera eficiente y la definición del régimen tarifario. Además, establece que todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, estarán sometidos a las regulaciones de las Comisiones.

203. En esa línea, el artículo 11<sup>44</sup> ibidem relativo a la función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos, indica que, entre las obligaciones de éstas, se encuentran las de asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente y a «[f]acilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, [...]».

204. Adicionalmente, el artículo 68<sup>45</sup> de la Ley 142 de 1994 señala que las políticas generales y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios serán establecidas por el Presidente de la República en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 370 de la Constitución Política, mientras que lo demás a lo que se refiera esa ley, las ejercerá a través de la Comisiones de Regulación de los servicios públicos, que, para el caso que ocupa la Sala es la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT, hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC.

205. Sobre la naturaleza jurídica de las comisiones de regulación y de los actos que ésta profiera, esta Sección<sup>46</sup> ha expresado:

*[...] La Sala observa que las comisiones de regulación, en nuestro ordenamiento jurídico, **son unidades administrativas especiales, sometidas al derecho público en su actuación administrativa y, por ende, facultadas por el legislador a expedir actos administrativos en ejercicio de sus funciones**, tal y como lo ha advertido la Corte*

*Todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina esta Ley; y los motivos que invoquen deben ser comprobables.*

*Todos los prestadores quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las comisiones, al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos, y a las contribuciones para aquéllas y ésta.»*

<sup>44</sup> **«ARTÍCULO 11. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD EN LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.** Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones:

11.1. Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros.

*[...]*

11.6. Facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que presten servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos, a los bienes empleados para la organización y prestación de los servicios. *[...]*»

<sup>45</sup> **«ARTÍCULO 68. DELEGACIÓN DE FUNCIONES PRESIDENCIALES A LAS COMISIONES.** El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta Ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta Ley.

*Las normas de esta Ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones.»*

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 6 de septiembre de 2018. Radicación: 25000-23-24-000-2003-01005-02. M.P.: Hernando Sánchez Sánchez. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones y Comisión de Regulación de Comunicaciones.

*Constitucional<sup>47</sup> y esta misma Corporación en diversos pronunciamientos<sup>48</sup>. (Resaltado de la Sala)*

*51. De esta forma, se ha reconocido por la jurisprudencia que la figura de las comisiones de regulación no es homologa a lo que ocurre con sus similares en otros países, como ocurre en Estados Unidos de Norte América con las agencias independientes (independent agencies), por cuanto, estas últimas gozan de las amplias competencias en la producción de normas que las nacionales no ostentan, y de “competencias parajudiciales”, cuya intervención se trata de un verdadero arbitraje, y se deja a libre voluntad de las partes la decisión de acudir bien a estas instancias o a los tribunales o, como en Europa, donde dichas autoridades son competentes para arbitrar en los conflictos que se puedan suscitar entre operadores del sector.*

*52. Contrario de lo que ocurre en otras latitudes, en nuestro Estado, las comisiones de regulación integran el sector central de la administración pública como unidades administrativas especiales sin personería jurídica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 142<sup>49</sup>. [...]*

206. Ahora, respecto de las funciones y facultades generales de las Comisiones de Regulación, el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, determinó:

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

*[...]*

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

*[...]*

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

<sup>47</sup> V. gr. Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 6 de septiembre de 2000, expediente núm. D-2863, Magistrado ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>48</sup> V. gr. Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia de 27 de marzo de 2008, núm. único de radicación: 11001-03-26-000-2007-00010-01, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia 24 de julio de 2003, núm. único de radicación: 25000-23-25-000-2003-0821-01(AC), Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón.

<sup>49</sup> “[...] Artículo 69. Organización y naturaleza. Créanse como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, las siguientes Comisiones de regulación:

69.1. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico.

69.2. Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

69.3. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones.

[...]” (Destacados de la Sala)

**207.** La citada ley, asignó especiales facultades a la CRT en el artículo 74, numeral 74.3, literales b) y c), del siguiente tenor:

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

*[...]*

**74.3. De la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones:**

a) Promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado.

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

c) Establecer los requisitos generales a que deben someterse los

*operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del estado; así mismo, fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta Ley. [...] (Resaltado de la Sala)*

**208.** Frente a la constitucionalidad de los artículos 73 (numerales 73.8 y 73.9) y el artículo 74 (numeral 74.3, literal b), de la Ley 142 de 1994, la Corte Constitucional en sentencia C-1120 de 2005<sup>50</sup> los declaró exequibles, con base en las siguientes consideraciones:

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

*[...]*

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

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

<sup>50</sup> Corte Constitucional, Sentencia 1120 de 1° de noviembre de 2005, M.P.: Jaime Araujo Rentería.

*árbitros de los conflictos entre particulares o entre éstos y otro órgano administrativo.*

*Por consiguiente, los apartes normativos impugnados no establecen un trato diferente entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y las demás personas, respecto de la administración de justicia, por no ser los conflictos entre las primeras objeto de una decisión judicial, sino de una decisión administrativa reguladora de la prestación de dichos servicios. Ello significa que el trato otorgado por el legislador a dichas empresas en relación con la resolución de los mencionados conflictos es distinto porque su situación es distinta de la de las personas que no prestan esos servicios, por lo cual no es procedente efectuar el examen de igualdad conforme a la jurisprudencia constitucional.*

*En este orden de ideas, tales disposiciones no vulneran tampoco el principio del juez natural, que forma parte integrante del principio del debido proceso judicial, ni el derecho de acceso a la administración de justicia. [...] (Resaltado de la Sala)*

**209.** En el mismo sentido, la Ley 555 de 2000<sup>51</sup>, en el artículo 14, frente al régimen de interconexión, acceso y uso de las redes de telecomunicaciones, específicamente determina la obligación de todos los operadores de telecomunicaciones de permitir «la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro operador de telecomunicaciones

que lo solicite, **de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones**». Determina el artículo que tal obligación se establece con el propósito de asegurar los objetivos de: a) Trato no discriminatorio; b) Transparencia; c) Precios basados en costos más una utilidad razonable; y, d) Promoción de la libre y leal competencia.

**210.** Por su parte, el numeral 39.4<sup>52</sup> del artículo 39 de la Ley 142 de 1994 establece que el contrato de interconexión en servicios públicos es un contrato que se rige por el derecho privado, pero debe advertirse que dicho contrato al tener un carácter especial, habrá de interpretarse de manera integral con los artículos de esa ley que hacen referencia a la obligatoriedad de la interconexión entre operadores, a su sujeción a la regulación y a las facultades otorgadas a la comisión para, entre otras, establecer los peajes o cargos de acceso. Así las cosas, si bien dichos contratos se rigen por el derecho privado, no gozan enteramente de las características propias de absoluta disposición por las partes e inmutabilidad.

**211.** Así lo determinó esta Sección<sup>53</sup>, en un asunto similar, en el que estableció que si bien dichos contratos, por mandato legal, se rigen por regla

<sup>51</sup> «Por la cual se regula la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS y se dictan otras disposiciones»

<sup>52</sup> «ARTÍCULO 39. CONTRATOS ESPECIALES. Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales: [...]

39.4. Contratos en virtud de los cuales dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o éstas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable.

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

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

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sentencia 19 de febrero de 2015, núm. único de radicación 11001-03-24-000-2002-00194-01, C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

general por el derecho privado, «por mandato expreso del legislador están exceptuados del régimen general del derecho privado en virtud de la intervención del Estado en la economía, especialmente en el campo de los servicios públicos, por lo cual no se genera la inmutabilidad propia de los contratos en el derecho privado». En esa oportunidad, la Sección en esa línea señaló:

[...] Por consiguiente, el marco general del régimen de la interconexión forma parte de la ley del contrato, pues corresponde a aspectos que son de la misma naturaleza de este contrato especial, por lo que los contratos que celebran los operadores de los servicios de telecomunicaciones para regular las condiciones de interconexión, **en virtud del ordenamiento jurídico, no solo se gobiernan por el derecho privado sino que corresponden en su naturaleza al régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios.**

**En consecuencia, las partes del contrato de interconexión, no solo están ligadas por lo que han pactado, sino por lo que se deriva de la naturaleza de estos contratos especiales, en la medida en que la disponibilidad de las partes contratantes depende no solamente de su voluntad sino de su naturaleza y del marco jurídico del acuerdo, que debe establecer la previa existencia de limitaciones a la capacidad comercial de los contratantes y de eventuales posibilidades de alteración de las condiciones pactadas en los mismos.**

Corolario de lo expuesto es que si bien la relación contractual regula derechos y obligaciones particulares de los operadores, que se rigen

*particularmente por el derecho privado, la interconexión se ha considerado dentro del marco jurídico que rige este tipo de contratos como indispensable en garantía de los principios de interés general con efectos directos e inmediatos en la prestación del servicio y en el costo de los usuarios. [...] (Destacado de la Sala).*

**212.** Cabe resaltar que esta Sección, en sentencias de 16 de marzo de 2012<sup>54</sup>, 24 de mayo<sup>55</sup> y 19 de julio<sup>56</sup> de 2018, criterio jurisprudencial reiterado en la sentencia de 6 de septiembre de 2018<sup>57</sup>, determinó que el contrato de interconexión «no es un contrato de disposición de bienes propios, sino que de por medio está la garantía del servicio público de comunicaciones, en especial, la regulación especializada» expedida por la CRT, en ejercicio de sus funciones reglamentarias técnicas, en materia de cobros por interconexión para el servicio de TPBLC. En esa medida, «se restringe la libertad negocial de los operadores para pactar libremente el valor de dicho cobro y, por ente, las metodologías o fórmulas aplicables para establecer el respectivo valor», asunto sobre el que la Sala se pronunciará en mayor profundidad en el análisis del segundo cargo.

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 16 de marzo de 2012, núm. 25000-23-24-000-00811-01, Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 24 de mayo de 2018. Radicación: 25000-23-24-000-2004-00684-01. C.P.: Hernando Sánchez Sánchez, Actor: Empresa de Telecomunicaciones del Llano S.A. E.S.P., ETELL S.A. E.S.P. Demandado: Comisión de Regulación de Comunicaciones.

<sup>56</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 19 de julio de 2018. Radicación: 25000-23-24-000-2005-001152-01. M.P.: Hernando Sánchez Sánchez. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones y Comisión de Regulación de Comunicaciones.

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 6 de septiembre de 2018. Radicación: 25000-23-24-000-2003-01005-02. M.P.: Hernando Sánchez Sánchez. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones y Comisión de Regulación de Comunicaciones.

**213.** *Así las cosas, de las normas referidas y de la jurisprudencia citada, la Sala concluye que no cabe duda de que, en el ordenamiento jurídico vigente al momento de la expedición de los actos demandados, la CRT ostentaba plenas facultades para, en ejercicio de sus funciones regulatorias, adelantar las actuaciones administrativas para dirimir los conflictos que surgieran entre personas prestadoras de servicios de telecomunicaciones derivados de los contratos de interconexión firmados entre éstas, entre otros temas, en los relativos a establecer los cargos de interconexión.*

**214.** *De conformidad con lo anterior, la Sala encuentra que el motivo de inconformidad en análisis no prospera”.*

Ahora bien, debe la Sala señalar la importancia que para el caso tiene que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina haya reiterado la posición a la que se alude en la anotada posición jurisprudencial, en la interpretación que fuera rendida en el caso bajo examen cuando indicó:

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

2.1. En el proceso interno, E.T.B. en su demanda ha argumentado la falta de competencia de la CRT para resolver el conflicto entre ETB y ORBITEL, puesto que el mismo es de naturaleza contractual por la falta de acuerdo en la cantidad de enlaces, el cual se debió resolver aplicando el índice de bloque acordado en el contrato para efectos de dimensionamiento de la interconexión; consecuentemente, se estima pertinente determinar cuál es la autoridad competente para resolver conflictos derivados de los acuerdos de interconexión en el caso de desacuerdo entre las partes.

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

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

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

2.5. De esta manera, el Tribunal modula su jurisprudencia anterior manifestando que, si en la relación contractual surgen controversias relacionadas con derechos disponibles o de libre disponibilidad, como aquellos que pueden ser objeto de renuncia, cesión, modificación o

**extinción, debidamente permitidos por la ley y conforme a la voluntad de las partes podrán resolverlas mediante los mecanismos de solución de controversias previstos en el contrato y aprobados por la autoridad competente, de conformidad con el literal f) del Artículo 17 de la Resolución 432, entre ellos el arbitraje.**

2.6. En cambio, las controversias relacionadas con derechos no disponibles, como las materias de orden público, derecho de imperio del Estado y las, potestades regulatorias de la Autoridad de Telecomunicaciones, no pueden ser materia de arbitraje, por lo que, ellas tendrán que ser resueltas por la autoridad administrativa nacional competente.

2.7. En conclusión, la normativa comunitaria confiere a la autoridad competente una línea coherente de regulación en el sector de las telecomunicaciones, lo que implica armonía en todos los aspectos, inclusive en la solución de conflictos.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente Interpretación Prejudicial para ser aplicada por el Tribunal Consultante al resolver el Proceso Interno 2006-00328, que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

La presente Interpretación Prejudicial se firma por los Magistrados que participaron de su adopción de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 90 del Estatuto del Tribunal<sup>58</sup>. (Subrayas del original y negritas de la Sala).

Así, en el contexto que se ha mencionado, es menester revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pues la CRC sí tiene competencia para la emisión de los actos administrativos que se impugnan en esta sede, conclusión que permite despachar de manera desfavorable lo expuesto también en ese sentido cuando se invocó la vulneración del artículo 4.4.12 de la Resolución 575 de 2002, que desarrolla el literal b) del artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994, y los artículos 106 a 115 de la Ley 142 de 1994.

Tal conclusión en nada se enerva con la sentencia de tutela a que alude el Tribunal, como sustento de su decisión, emitida por la Sección Quinta de esta Corporación<sup>59</sup>, por dos (2) razones: la primera, porque la misma fue objeto de revisión por la Corte Constitucional en el fallo T-178 del 3 de marzo de 2004, siendo revocada y acogiendo para ese efecto los argumentos esgrimidos en la providencia T-088 del 5 de febrero de esa anualidad<sup>60</sup>, en el sentido de confirmar las decisiones mediante las cuales se

<sup>58</sup> Folios 294 y 295 del Cuaderno número 2.

<sup>59</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Fallo del 4 de septiembre de 2003. Proceso número: 05001 23 31 000 2003 01750 01. M.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

<sup>60</sup> En la parte considerativa se dejó dicho:

*“La Sala advierte que de la secuencia fáctica acaecida se infieren dos controversias. Una, la surgida entre ETELL y ORBITEL. Otra, la planteada por ETELL contra la CRT.*

*La primera controversia tiene como génesis el contrato de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones suscrito entre ETELL y ORBITEL. Esta controversia surge por la pretensión de una de las partes de modificar el sistema de pago del servicio de interconexión, pretensión que apoya en la expedición de una resolución de la CRT posterior a la suscripción del contrato. Como la otra parte no aceptó esa solicitud sino que ofreció adelantar negociaciones tendientes al logro de un acuerdo, ETELL acudió ante la CRT, organismo al que se le había reconocido legitimidad para intervenir como instancia de mediación en los conflictos surgidos con ocasión del contrato.*

*Para la Sala es claro que la controversia remitía a la pretensión de una de las partes de alterar una cláusula contractual a instancias de un acto administrativo proferido por la institución reguladora del servicio de telecomunicaciones. Tratándose de una controversia contractual, debía someterse al procedimiento acordado por las partes para la solución de conflictos: Comité mixto de interconexión, representantes legales, la mediación de la CRT, centro de conciliación o tribunal de arbitramento.*

(...)

*5. La segunda controversia fue la suscitada entre la CRT y ETELL. Ésta surgió ante la actitud asumida por esa entidad con ocasión de la solicitud instaurada por ORBITEL. Para ETELL, la CRT no tenía competencia alguna para conocer de esa actuación. Se trataba de una entidad administrativa que no podía asumir el conocimiento de controversias contractuales. Al hacerlo, estaba desconociendo su índole de ámbito especializado de la administración pública y estaba ejerciendo funciones jurisdiccionales.*

*La Sala advierte que ETELL contaba y cuenta con serios elementos de juicio para promover esta controversia: Es discutible que una entidad que está llamada a cumplir funciones administrativas, se halle legitimada para avocar el conocimiento de una controversia contractual derivada de la pretensión de una de las partes de variar las cláusulas de un contrato con base en un acto administrativo proferido con posterioridad a la suscripción de aquél.*

*Reflexiónese en esto: Si la regulación de los monopolios y la promoción de la competencia entre las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios comprendiera la solución de controversias contractuales, susceptibles de alterar las condiciones económicas de los contratos suscritos por*

aquellas; se impondría concluir que la solución de estas controversias es privativa de la administración y que está excluida de la rama judicial del poder público. No obstante, esto no es cierto pues razones de índole constitucional y legal desvirtúan esa connotación de las funciones de inspección y vigilancia que le asisten a la administración en ese ámbito y reafirman la competencia de la jurisdicción para asumir el conocimiento de controversias contractuales.

6. No obstante lo expuesto, en su momento se imponía una reflexión sobre el espacio institucional en el que debía cuestionar ese proceder de la CRT. En efecto, se estaba ante una actuación de la administración desatada con base en la solicitud formulada por quien era parte en un contrato y tal actuación se cuestionaba dado que no existía norma legal alguna que radicara en ese organismo la competencia para conocer de ella. Es decir, se trataba de cuestionar la legalidad de una actuación de la administración pública y bien se sabe que los actos administrativos son cuestionables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por lo tanto, ETELL debió ejercer las acciones correspondientes ante esa jurisdicción pues ellas constituían el mecanismo idóneo para la protección de sus derechos. Ellas le permitían cuestionar la legalidad de los actos de trámite y de la decisión tomada por la CRT e incluso pretender el restablecimiento de los derechos en caso de estimar que ellos le habían sido vulnerados.

Existiendo una jurisdicción especializada en controversias suscitadas con ocasión del cuestionamiento de la legalidad de un acto de la administración, debía acudir a ella y no a la jurisdicción constitucional por vía de la acción de tutela. Ello es así porque ésta comporta un mecanismo excepcional de protección de los derechos humanos fundamentales. Su finalidad no se orienta a sustraer las controversias de los legítimos espacios de decisión previstos en otros ámbitos del sistema jurídico. Ni esa fue la pretensión del constituyente, ni tampoco los jueces constitucionales pueden atribuirle ese alcance.

De allí que la única posibilidad con la que ETELL podía pretender el amparo constitucional de los derechos fundamentales que esgrimía como vulnerados, era planteando la necesidad de evitar un perjuicio irremediable pues únicamente en estos casos el juez constitucional está habilitado para brindar protección a tales derechos de manera transitoria, hasta tanto los jueces competentes emitan una decisión definitiva. Sin embargo, ni tal perjuicio fue planteado por ETELL, ni se advierte tampoco que como consecuencia de la actuación de la CRT haya surgido esa necesidad ineludible.

En consecuencia, no puede haber lugar a la tutela de manera definitiva, pues la actuación administrativa a la que se imputa la vulneración de derechos fundamentales es cuestionable ante otra jurisdicción. Tampoco puede haber lugar al amparo como mecanismo transitorio, pues nada indica que la Sala se halle ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable.

Las razones expuestas son suficientes para denegar el amparo invocado, motivo por el cual se confirmará la sentencia de segunda instancia y se revocará la de primera". (Subrayas de la Sala).

declaró improcedente la acción impetrada; decisión ésta que debía ser conocida por al a quo, pues fueron proferidas de manera previa a la expedición del fallo que se recurre (14 de julio de 2011).

La segunda, porque, de haber sido revisadas las providencias que expidió la Corte, se hubiese percatado que el problema resuelto en los citados procesos, se contrajo a determinar si era procedente la mencionada acción para lograr la protección del derecho al debido proceso que se estimaba vulnerado por la CRT a un operador de telecomunicaciones, cuando dicha entidad adelantó una actuación administrativa tendiente a dirimir una controversia formulada por otro operador relacionada con las condiciones de cumplimiento de un contrato de acceso e interconexión de redes.

La manera en que se resolvió tal litigio, en su *ratio decidendi*, como ya se señaló, fue la de indicar que el proceso adelantado en ejercicio de la acción prevista en el artículo 86 Superior, no era el escenario judicial pertinente para ventilar esas discusiones, dados los pactos en materia contractual que podrían ser ventilados en los Tribunales de Arbitramento o los relacionados con los actos administrativos que pudieran

expedirse, los cuales cuentan con el control respectivo en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Bajo tales premisas, lo dicho a manera de *obiter dicta*, que, por demás, no definía la problemática que le fue puesta de presente a la Corte, no podía válidamente servir de sustento para desatar una controversia que, como bien lo reconoce el Máximo Tribunal Constitucional, debía ser dirimido por el juez especializado, como en efecto lo ha hecho y lo lleva a cabo en este momento.

En ese orden, resta por desatar el cargo de falta de competencia temporal que se expuso como subsidiario del anterior y del consecuente silencio negativo que aduce la actora haberse configurado, así como el referido a la revocatoria tácita de las Resoluciones 632 y 756 de 2003 sin el consentimiento que ordena el artículo 71 del CCA, dado que el Tribunal omitió su estudio en la sentencia recurrida, circunstancia que, para este caso, impone a la Sala acometerlos, habida cuenta de que el Juzgador de Primera Instancia se pronunció sobre la prosperidad de las pretensiones (objeto del proceso), no existió un fallo inhibitorio<sup>61</sup>, tampoco se dejó de resolver sobre una demanda de reconvención o un proceso acumulado<sup>62</sup> y adicionalmente, la parte perjudicada con esa omisión (ETB en este caso), apeló lo resuelto por el juez de primera instancia.

Sobre este último punto, es pertinente destacar que los artículos 287, 320<sup>63</sup> y 328<sup>64</sup> del CGP, habilitan al juez de segunda instancia para emitir sentencia complementaria respecto de los cargos que no fueron analizados por el *a quo*, pues, se reitera, la parte perjudicada con lo resuelto por este la apeló, permitiendo así el análisis de la totalidad del litigio.

## **7.5. De la competencia temporal**

7.5.1. Las partes coinciden en que la entidad accionada superó el límite de tiempo para resolver la solicitud que elevara Orbitel, cualquiera que fuere la normativa

<sup>61</sup> La Sección Primera ha expuesto que, cuando quiera que se emita una decisión inhibitoria en primera instancia y la misma sea revocada en segunda al advertirse que tal conclusión no era acertada, es procedente la devolución del proceso al Juez de conocimiento, habida cuenta de que no se ha resuelto sobre las pretensiones, lo cual evidencia una violación del derecho de acceso a la

administración de justicia y debido proceso. Sobre tal consideración resulta oportuno ver entre otras las siguientes providencias: *Sentencia del 23 de enero de 2014, proferida en el proceso con radicado núm. 2006- 00652-01, C.P. María Elizabeth García González y fallo del 13 de noviembre de 2014. Proceso radicado número: 0551 23 31 000 2001 90172 01. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.*

<sup>62</sup> **“Artículo 287. Adición.** *Cuando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.*

*El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.*

*Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.*

*Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.”* (Subrayas de la Sala).

<sup>63</sup> **“Artículo 320. Fines de la apelación.** *El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.*

*Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71”.*

<sup>64</sup> **“Artículo 328. Competencia del superior.** *El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*

*Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*

*En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.*

*El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.*

*En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia”.*

aplicable para ese fin, a saber: el artículo 32 de la Resolución 432 de 2000 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (45 días calendario), artículo 11 de la Ley 142 de 1994 (5 meses), o el artículo 40 del CCA (3 meses).

Sin embargo, disienten en cuanto a que tal circunstancia conduzca a la pérdida de competencia de la CRC para la adopción de las decisiones que se acusan, estas son, las Resoluciones 1305 y 1375 las dos de 2005, y que por ello operó el silencio administrativo negativo.

En esa medida, se definirá si la CRC ha perdido competencia para pronunciarse sobre el conflicto que suscitó un operador de telecomunicaciones sobre las condiciones de la interconexión con otro operador, si la autoridad administrativa no expidió la decisión que resolvía tal petición dentro del término que prevé el orden jurídico para ese fin y por ende operó el silencio administrativo negativo.

7.5.2. Tal cuestión conduce a indicar que, tal y como lo estableció la Sala en las sentencias que se han referido, la actuación que se discute es de tipo administrativo y regulatorio, y responde a las normas que gobiernan la expedición del tipo de actos

administrativos que se cuestionan; estas son, las establecidas en los artículos 106 y siguientes de la Ley 142 de 1994, específicamente el artículo 111, que a la letra dice:

**“Artículo 111. Oportunidad para decidir. La decisión que ponga fin a las actuaciones administrativas deberá tomarse dentro de los cinco meses siguientes al día en el que se haya hecho la primera de las citaciones o publicaciones de que trata el artículo 108 de la presente Ley”.** (Subrayas de la Sala).

A su turno, el artículo 108 fija la siguiente regla:

***“Artículo 108. Período probatorio. Dentro del mes siguiente al día en que se haga la primera de las citaciones y publicaciones, y habiendo oído a los interesados, si existen diferencias de información o de apreciación sobre aspectos que requieren conocimientos especializados, la autoridad decretará las pruebas a que haya lugar.”***

Pues bien, la actuación administrativa que se ventilaba correspondía a la de un conflicto de interconexión entre Orbitel y ETB, que fue definida en la Resolución 1305 del 29 de septiembre de 2005, es decir, cinco (5) meses y veintidós (22) días después de haberse radicado la petición por parte de la primera empresa (7 de abril de 2005)<sup>65</sup> y transcurridos cinco (5) meses y ocho días (8) desde que se efectuó la primera citación(15 de abril de 2005)<sup>66</sup>.

Ahora, sobre la posibilidad de perder competencia para expedir una decisión en una actuación administrativa por haber expirado el término previsto legalmente para ello, la Ley 142 de 1994 no dispuso ninguna consecuencia, circunstancia que, por mandato del artículo 1 del CCA<sup>67</sup>, hace que sea este el estatuto que debe aplicarse.

Siendo ello así, es menester dar cuenta del desarrollo que ha efectuado al Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de las disposiciones sobre la materia, criterio que ha sido uniforme, pacífico y reiterado:

*“De la normatividad en cita se puede concluir que la competencia de la Administración para resolver la petición inicial sólo se pierde cuando el administrado, una vez configurado el silencio administrativo por el transcurso de los tres meses, acude ante la Jurisdicción para lograr la nulidad del acto ficto negativo.*

*En relación con el momento a partir del cual se entiende que el administrado acude a la jurisdicción, el Consejo de Estado, en sentencia de 17 de junio de 2004, Rad. No. 13272, M.P. Dr. Juan Angel Palacio, determinó lo siguiente:*

***“En efecto, el hecho de que la pretensión sea fundada o infundada no***

**afecta el derecho de acudir a la jurisdicción en ejercicio de una acción, no es una limitante para poner en movimiento el aparato judicial y con su ejercicio se da inicio a un proceso que ha de culminar con una sentencia en la que posiblemente se declare el derecho material que asiste al demandante.**

**Bajo este contexto es que debe interpretarse la limitación en el término indefinido de la competencia de la administración para resolver los recursos cuando ha operado el silencio administrativo negativo. En**

<sup>65</sup> Folio 79 del Cuaderno del Tribunal.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> **“Artículo 1o. Campo de aplicación.** Las normas de esta parte primera del código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder Público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este Código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de "autoridades".

Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles.

Estas normas no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza, requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas.

Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción”. (Subrayas de la Sala).

**este punto la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>68</sup> ha sido reiterativa en considerar que una vez se ha demandado y se ha trabado la litis con la notificación del auto admisorio de la demanda, la administración ha perdido competencia para resolver los recursos, pues solo hasta ese momento es que la administración tiene conocimiento de que el particular ha acudido a la jurisdicción.”.**

En sentencia de 15 de junio de 2006, Rad. No. 8406-05, M.P. Dr. Jesús María Lemos, aclaró que cuando la administración profiere acto expreso negando la petición inicial no puede someterse al administrado a corregir la demanda para demandar dicho acto sino que se entenderá que la entidad perdió su competencia a partir del momento de interposición de la demanda. La providencia en cita concluyó:

**“Además, conforme a lo expuesto, la decisión expresa de la administración sería válida en la medida en que el interesado adicione la demanda controvertiéndola pues, se insiste, la facultad de demandar un acto ficto negativo es una garantía legal del administrado, que es quien puede definir si controvierte el acto expreso o si deja la demanda inicialmente interpuesta contra la decisión presunta. Como ya hay una decisión negativa presunta, exigirle demandar la decisión negativa expresa equivaldría a obligarlo a demandar doblemente la misma decisión.**

**Si el actor decide no demandar el acto expreso negativo sino continuar la acción contra el acto presunto negativo debe considerarse que el acto expreso carece de valor no sólo por corresponder exactamente al acto presunto sino porque fue expedido sin fundamento legal al haber desaparecido su sustento jurídico (artículo 66 del C.C.A.) ya que la autoridad lo profirió sin tener competencia para ello, lo que genera su decaimiento.”.**<sup>69</sup>

Así las cosas, para determinar si existió pérdida de competencia temporal, debe entonces establecerse si se configuró en el caso el silencio negativo y una vez verificado ello, precisar si primero se expidió el auto admisorio de la demanda sin que se hubiera resuelto la petición.

7.5.3. Pues bien, lo que se observa es que, siendo Orbitel quien promovió la actuación ante la CRC, y habiendo superado ésta el periodo para resolver esa solicitud en la manera en que quedó explicado, contra la citada decisión, tanto esa empresa (13 de octubre de 2005) como ETB (12 de octubre de 2005), interpusieron recurso de reposición, siéndole resuelto el 30 de noviembre de 2005 mediante Resolución 1375, y notificada a esta última el 16 de diciembre de 2005<sup>70</sup>; lo que, a las voces del artículo

<sup>68</sup> Entre otros, Auto de fecha 13 de junio de 1997, Exp. 12156, Sección Tercera; y Sentencias de fechas 9 de abril de 1992, Exp. 825-1320 Sección Primera, 5 de diciembre de 1994, Exp. 5810 y 13 de febrero de 2003, Exp. 12765, Sección Cuarta.

<sup>69</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Fallo del 12 de febrero de 2009. Proceso número 88001 23 31 200 100089 02 (4410-05). M-P- Bertha Lucía Ramírez de Paez.

<sup>70</sup> Folio 103 vuelto.

60 *ibidem*, hace que no se produzca el fenómeno ficto que invoca en esta sede la accionante.

La norma a que se alude es del siguiente tenor:

**“Artículo 60. Silencio administrativo. Transcurrido un plazo de dos (2) meses, contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa.**

*El plazo mencionado se interrumpirá mientras dure la práctica de pruebas.*

La ocurrencia del silencio administrativo negativo previsto en el inciso 1o., no exime a la autoridad de responsabilidad; ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo”. (Subrayas de la Sala),

Ahora, asevera ETB que el auto admisorio del proceso de la referencia fue expedido antes de haberse notificado la decisión que definió el procedimiento administrativo, lo que no se corresponde con la realidad del proceso, pues el auto admisorio fue emitido el 27 de noviembre de 2006, es decir, cuando ya se había notificado la Resolución 1305 del 29 de septiembre de 2005 y la 1375 del 30 de noviembre de ese año.

Bajo tal perspectiva, no encuentra la Sala ningún argumento que conduzca a estimar el razonamiento que sobre este punto expresó ETB, pues la CRC no perdió competencia temporal en la expedición de los actos que se cuestionan, como quiera que el auto admisorio de la presente demanda se expidió luego de haber notificado los actos que se impugnan, y tampoco operó el silencio negativo.

Tal consideración haría también que se desestime el reparo que elevó la recurrente cuando indicó que se vulneraba el principio de confianza legítima, manifestando al respecto que, desde el vencimiento de los términos legales para decidir la petición, Orbitel S.A. E.S.P. ya tenía configurada a su favor una situación jurídica particular y concreta, producto del acto ficto que denegó tal solicitud. Ello, porque parte de la premisa de haberse configurado tal fenómeno que, como ya se señaló, no tuvo lugar en el presente caso. Lo propio se concluye de la inconformidad centrada en que la CRC estaba favoreciendo ilegítimamente a Orbitel, pues lo cierto es que la autoridad regulatoria ostentaba en todo caso competencia para resolver la petición hasta antes de la notificación del auto admisorio.

#### **7.6. Revocatoria directa**

Manifestó la accionante que eran nulos, por falta de competencia, los actos administrativos que habían resuelto un conflicto de interconexión entre dos operadores de telecomunicaciones, si a través de ellos se había revocado sin su consentimiento y sin indicar las causales que se requieren para el efecto, unos actos que habían resuelto de manera previa una situación semejante a la que fue objeto de análisis en los que ahora reprocha.

Sobre el particular, las partes presentan desacuerdo en el fundamento del problema que se propone, toda vez que indican que no es cierto que los actos que se expidieron de manera previa a la actuación administrativa que aquí se enjuicia (resoluciones 632 y 756 las dos de 2003), se hayan referido al mismo conflicto.

En ese entendido, tendrá la Sala que diferenciar cuál fue el objeto de las dos actuaciones, a fin de determinar si se violó lo dispuesto en los artículos 69 y siguientes del CCA, y por ende la CRC no tenía competencia para proferir las decisiones que se censuran en el asunto bajo examen.

En efecto, revisadas la Resoluciones 632 y 756 las dos de 2003, lo que se extrae es que la CRC dirimió el conflicto tendiente a permitir que Orbitel se acogiera al cargo de acceso por capacidad y no por minuto, lo que suponía la determinación del número de enlaces, para lo que se produjo el estudio de tráfico de los años 2000, 2001 y 2002. Así lo concluyó la primera de las anotadas decisiones:

*“Como lo ha indicado la CRT en varias oportunidades, el porcentaje de bloqueo medio del 1% consagrado en la Resolución CRT 463 de 2001, constituye solamente un piso de calidad. Dicho piso de calidad está referido a la interconexión en su conjunto y no a cada enlace.*

*En efecto, en la mencionada Resolución se establecen que “...el operador interconectante podrá exigir que se mantenga activados los enlaces necesarios para cumplir con el nivel mínimo de calidad del 1% del bloqueo medio, incluso en hora pico”*

*Teniendo en cuenta lo anterior, al optar por el esquema de cargos de acceso por capacidad, el operador se encuentra en la posibilidad de exigir que se activen todos los enlaces necesarios para que la interconexión tenga, al menos, el 1% de bloqueo medio, inclusive para aquellas horas de mayor tráfico.*

*Así las cosas, la calidad no se mide frente a cada uno de los enlaces dispuestos para soportar la interconexión, sino respecto de funcionamiento de la interconexión*

*como un todo. Interpretarlo de otra manera, sería tanto como asumir que por el hecho de adquirir un número mayor de enlaces – que por el simple hecho de involucrarlo en la interconexión, le otorga un mejor grado de calidad-, a éstos debe reconocérseles un mayor valor, adicional al ya reconocido por el mayor número de enlaces activados.*

*Adicionalmente, es importante tener en cuenta que entre más enlaces tenga previstos una interconexión, mayor será la calidad y disponibilidad de la misma, pues ello genera la posibilidad de encontrar un mayor número de circuitos libres, por los cuales se pueda cursar el tráfico, con una menor ocurrencia de pérdidas por ocupación. Lo anterior no implica que la calidad de una interconexión se mida o determine únicamente con base en el porcentaje medio de bloqueo, este concepto involucra otra serie de conceptos y elementos, que hacen que la interconexión sea mejor.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, el valor establecido en la Resolución CRT 463 de 2001, concebido como un tope tarifario, constituye el precio tope de cada uno de los enlaces Els, de manera independiente a la calidad pues, como ya se indicó, ella no se asocia a cada EI; es el valor establecido por el regulador, en ejercicio de sus facultades legales, a un elemento de infraestructura de la interconexión. En la medida en que el operador solicitante requiera una mejor calidad, éste deberá solicitar la actividad de Els adicionales, con lo cual se remunera el operador local, la mejor calidad que otorga la totalidad de la interconexión”<sup>71</sup>.*

Mientras que la expedición de las Resoluciones 1305 del 29 de septiembre y 1375 del 30 de noviembre, en los dos casos de 2005, la CRC se ocupó de resolver si era viable modificar el dimensionamiento fijado en dichas resoluciones, habida cuenta de que había disminuido el tráfico cursado por la interconexión existente entre los operadores durante el año 2004. No se trata entonces ni de la revisión de las mismas condiciones,

ni de los mismos tráficos, ni de los mismos espacios temporales.

El objeto de la petición en esta actuación fue el siguiente:

*“Mediante comunicación de fecha 7 de abril de 2005, radicada internamente bajo el número 200531111, la empresa **ORBITEL S.A E.S.P**, en adelante **ORBITEL** presentó solicitud de solución de conflictos de interconexión surgido entre dicho operador y la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P**, en adelante **ETB** en relación con el dimensionamiento actual de la interconexión entre las redes de TPBCLD de **ORBITEL** y la red de TPBCL de **ETB**.*

*En el escrito anteriormente mencionado, **ORBITEL** también solicitó que la CRT, además de modificar el dimensionamiento fijado por la Comisión mediante Resolución CRT 632 de 2003 con base en el tráfico efectivamente cursado por la interconexión existente entre los operadores antes mencionados durante el año 2004, fijara criterios y parámetros con base en los cuales las partes deban corregir y ajustar en adelante el dimensionamiento de la misma”<sup>72</sup>.*

<sup>71</sup> Folios 63 y 64 del Cuaderno del Tribunal.

<sup>72</sup> Folio 79 ibídem.

El escenario de una y otra actuación es diferente, aun cuando tenga que ver con la relación de dos operadores de telecomunicaciones y las condiciones en que se pactó su relacionamiento. Puede suceder, como en este caso, que, producto de la dinámica del mercado, las circunstancias que dieron lugar al negocio jurídico deban ser revisadas, en periodos diferentes o por razones disímiles, y ello no apareja una revocatoria como la que sugiere la memorialista.

En suma, siendo que no es cierto que se haya revocado la actuación de 2003 a través de la adelantada en 2005, porque no se trató del mismo objeto, entonces no prospera el cargo de nulidad así construido por la demandante.

### **7.7. Restablecimiento del derecho**

Como se vio en el planteamiento, la discusión acerca de este punto versa sobre la procedencia de interpretar la pretensión de restablecimiento del derecho incluida por ETB, en el sentido de imponerle el deber a Orbitel de asumir el costo de las sumas dinerarias que dejaron de ser pagadas a esa sociedad como consecuencia de la expedición de los actos censurados, máxime cuando dicha empresa fue vinculada al trámite de la referencia y pudo ejercer su derecho a la defensa.

No obstante, tal ordenamiento sólo es procedente una vez el Juez encuentre acreditada la pretensión de nulidad, como quiera que el restablecimiento es una consecuencia inexorable de la declaración de invalidez.

Bajo tal perspectiva, y habida cuenta de que no logró desvirtuar la presunción de legalidad de las decisiones que acusa en esta sede, no es viable acceder a las súplicas de restablecimiento.

Correlato de lo dicho, la Sala revocará la sentencia calendada el 14 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, y en su lugar, negará las pretensiones por el razonamiento hasta aquí esgrimido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 14 de julio de 2011, expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, por los motivos vertidos en la parte considerativa de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 16 de marzo de 2023.

**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**  
Presidente  
Consejero de Estado

**NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**  
Consejera de Estado

**HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**  
Consejero de Estado  
Aclaro Voto

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**  
Consejero de Estado

La presente providencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad y conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.