



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

legis

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

SC3627-2021

Radicación n.º 11001-31-99-001-2014-58023-01

(Aprobado en sesión virtual de diecinueve de agosto de dos mil veintiuno)

Bogotá D.C., dos (2) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Comunicación Celular Comcel S.A., frente a la sentencia de 22 de marzo de 2018, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso que en su contra promovió Avantel S.A.S.

ANTECEDENTES

1. De acuerdo con el escrito integrado de demanda y reforma (folios 75 a 95 del cuaderno 6), la promotora deprecó que se declarara:

[Q]ue Comcel incurrió en [el] Acto de Competencia Desleal de Violación de Normas conforme al artículo 18 de la Ley 256 de 1996, con ocasión de haberse abstenido de otorgar oportunamente a Avantel acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional...

[Q]ue Comcel incurrió igualmente en Acto de Competencia Desleal de Violación de Normas conforme al artículo 18 de la Ley 256 de 1996, con ocasión de haber iniciado la comercialización de Servicios de Telecomunicaciones soportados en el Espectro Radioeléctrico 4G, sin haber celebrado previamente con Avantel acuerdo de Roaming Automático Nacional, y -por tanto- sin que tal Acuerdo estuviera operativo...

[Q]ue Comcel incurrió también en actos de Competencia Desleal contrarios al artículo 7 de la misma Ley 256 de 1996, por: (i) haber actuado contra el principio de buena fe comercial, y (ii) haber afectado el funcionamiento concurrencial del mercado...

Condenar a Comcel a resarcir los daños y perjuicios que los actos de competencia desleal en los que incurrió causaron a Avantel, mediante el reconocimiento y pago de las sumas que resulten probadas en el curso del presente Juicio, perjuicios que se estiman en la suma de... (\$34.920.000.000)

2. Las pretensiones se sustentaron en el siguiente relato fáctico:

2.1. Avantel y Comcel participaron en la subasta para la utilización de las frecuencias en el espectro radioeléctrico 4G, siendo adjudicatarias de permisos por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -MinTic-, contenidos en las Resoluciones n.º 2624 y 2627 de 2013, respectivamente.

2.2. Avantel adquirió la condición de operador entrante para la prestación de servicios en las bandas mencionadas, para lo cual pagó \$107.464.140.000 como contraprestación.

2.3. Como Comcel, al momento de la subasta contaba con autorizaciones para utilizar las bandas de frecuencias IMT, fue considerado como un operador establecido o incumbente, además del hecho de que previamente había sido declarado como empresa dominante en el mercado de voz saliente móvil según las Resoluciones n.º 2062 y 2152 de 2009, reiteradas por los actos administrativos n.º 4002 y 4050 de 2012.

2.4. MinTic impuso a los operadores incumbentes el deber de nivelar sus condiciones con los entrantes, para lo cual era imperativo que proveyeran *«acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional y de celebrar, a efectos, acuerdos de Roaming y de interconexión con las redes de los prestadores entrantes que así lo solicitaran, condición sine qua non para poder iniciar la comercialización y prestación de Servicios 4G a los usuarios finales, al punto que tales acuerdos debían estar operativos para poder dar comienzo a esas actividades de comercialización y prestación»* (folio 81), exigencia expresamente contenida en el numeral 2º del anexo 4º de la resolución n.º 449 de 2013, reiterada en la Resolución n.º 2624 de 2013.

2.5. Avantel solicitó a Comcel, el 21 de agosto de 2013, el acceso y uso de la instalación esencial de *Roaming*

Automático Nacional, el cual no fue otorgado oportunamente; por esta razón, vencidos los treinta (30) días para alcanzar un acuerdo directo, el 4 de diciembre de 2013 Avantel solicitó la intervención de la Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC- con el fin de que dirimiera el conflicto.

2.6. Por Resolución n.º 4508 de 22 de mayo de 2014, Comcel fue obligada a otorgar a Avantel acceso al *Roaming* Automático Nacional, en las condiciones solicitadas por ésta, el cual devino operativo el 21 de agosto del mismo año, una vez adelantadas las actividades técnicas requeridas.

2.7. Entre febrero y agosto de 2014 Comcel prestó servicios de 4G y contrató con nuevos usuarios, previa difusión de publicidad; como la comercialización arrancó antes de que el *Roaming* Automático Nacional estuviera operativo se desconoció la Resolución n.º 449 de 2013, lo que irrogó perjuicios a Avantel por \$34.920.000.000.

3. La convocada fue enterada por aviso y, en ejercicio de su derecho de contradicción, negó algunos hechos, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones que intituló «*inaplicabilidad en el sub examine de lo contenido en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996*», «*indebida interpretación de las normas jurídicas alegadas como violadas*» e «*inexistencia de la obligación derivaba del correcto entendimiento de los principios rectores contenidos en las Resoluciones No. 1341 de 2009, 3101 de 2011 CRC, 449 de 2013 (MinTic) y la 4112 de*

2013 (CRC)» (folios 211 a 244 del cuaderno 5 y 56 a 109 del cuaderno 7).

4. La Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, profirió sentencia de primer grado el 8 de junio de 2017, en la que negó todas las pretensiones de la demanda (folios 247 y 248 del cuaderno 11).

5. El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, resolvió el recurso de apelación promovido por la demandante el 22 de marzo de 2018, denegando las excepciones propuestas, asintiendo en el acto de competencia desleal conocido como «*violación de normas previsto en el artículo 16 de la Ley 256 de 1996 en perjuicio a Avantel por no atender lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 2º de la Resolución 449 de 2013 del MinTic, numeral 2º del anexo 4º de la misma resolución y artículo 10º de la Resolución 2624 de 2013 del MinTic*», e imponiendo una condena por \$1.130.800.000 (folios 32 a 50 del cuaderno 13).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Después de señalar que en el caso concurren los presupuestos procesales, acotó la alzada a la resolución de dos (2) problemas jurídicos, a saber: (i) si la demandada incurrió en actos de competencia desleal por violación de normas e infracción de la cláusula general, y (ii) si procede la condena al pago de perjuicios.

2. Para responder señaló que la ley 256 de 1996, en concordancia con el numeral 1º del artículo 10 bis del Convenio de Paris, pretende garantizar la libre y leal competencia económica mediante la prohibición de conductas desleales, en beneficio de todos los partícipes del mercado y de la finalidad concurrencial que constituye su campo de aplicación objetivo.

Reseñó que la prohibición general de competencia desleal tiene una naturaleza subsidiaria a las conductas enumeradas por la legislación, una de las cuales es la denominada violación de normas, para cuya configuración se requieren tres (3) elementos: «(i) la infracción de la norma; (ii) la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva frente a los competidores; y (iii) que la ventaja sea significativa» (folio 38 reverso).

3. Centrado en el marco jurídico aplicable a las tecnologías de la información y las comunicaciones, arguyó que uno de sus objetivos es promover y prevenir el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia; de hecho, con el procedimiento para la adjudicación del servicio móvil 4G se propendió por la evitación del monopolio por Comcel, operador dominante reconocido en las resoluciones de la CRC.

En consecuencia, se ordenó a los proveedores que permitieran la interconexión de redes, con la advertencia de

que el acceso a la estructura constituye un mecanismo dinamizador de la competencia al derruir las barreras de entrada.

4. Después de transcribir acápite específicos de las resoluciones n.º 449 de 11 de marzo, 2624 de 26 de julio y 4112 de 2013, desestimó que pueda considerarse contrario a la recta competencia la demora en la suscripción del acuerdo de interconexión, pues *«ninguna de las normas citadas alude a un plazo o término cierto para la celebración del acuerdo..., por lo que, resulta inocuo entrar a analizar si realmente existió demora, o si ésta es imputable a la demandada»* (folio 41); máxime porque la regulación definió un procedimiento de negociación directa e intervención de la CRC, entidad que finalmente puntualizó las condiciones del convenio que fue ejecutado, sin perjuicio de la solicitud de la actora para que le otorgara un plazo adicional de dos (2) meses.

Conceptuó que, *«al margen de a quién otorgó razón el órgano administrativo, acudir al medio reseñado cuando existen divergencias entre los involucrados, de ninguna manera, se puede traducir en una conducta indebida, o en este caso, transgresora de un precepto legal, pues, precisamente, conlleva el ejercicio legítimo de una prerrogativa que el mismo ordenamiento establece para estos eventos»* (folio 41 reverso).

5. Centrado en la desatención del numeral 7º del artículo 2º de la Resolución n.º 449 de 2013 precisó que, la

celebración del acuerdo de *roaming* nacional, era un requisito *sine qua non* para la prestación de servicios 4G a los consumidores, como se infiere adicionalmente del artículo 10º de la Resolución n.º 2624 de 2013.

Por tanto, «*si en el presente caso Comcel inició la prestación y comercialización de los servicios de 4G desde el 13 de febrero de 2014, es decir, más de seis (6) meses antes de que entrara a operar el RAN con Avantel, conforme a lo dispuesto por la CRC, inevitablemente, desatendió el requisito establecido por la misma regulación concurrencial y su conducta comportó una violación de los preceptos antes citados*» (folios 42 y reverso), como ciertamente se demuestra con la publicidad desplegada por Comcel.

Este comportamiento otorgó a la accionada una ventaja competitiva generada por su actuación antelada en el mercado, lo que se tradujo en una desigualdad injustificada al captar clientes sin que la demandante pudiera hacerlo.

Interpretó la locución «*permitir*», a que se refiere la Resolución n.º 2624 de 2013, para desestimar el entendimiento del *a quo*, pues en el contexto de la norma se refiere al deber de celebrar acuerdos y la restricción para que, de no hacerlo, puedan comercializarse los servicios 4G.

Remarcó el Tribunal: «*aún si existiera[n] dudas por la exegesis de la norma, bastaba con realizar una interpretación sistemática y observar que el numeral 7º del artículo 2º de la*

Resolución 449 de 2013 era lo suficientemente claro para señalar que la prestación de los servicios 4G estaba supeditada al cumplimiento de la celebración de los acuerdos de roaming de los asignatarios con los proveedores que los solicitaran, tal y como sucedió en este caso entre Comcel y Avantel» (folio 43).

Enfatizó su argumento con la consideración de que, en un mercado oligopólico, la presencia de nuevos competidores se desdibujaría de no permitirse su entrada en plenas condiciones de igualdad en comparación con los existentes, sin que esto se traduzca en un poder infinito por la posibilidad de que cualquier interesado acuda a la CRC para solucionar las controversias.

6. Los fundamentos precedentes sirvieron para desdecir que la obligación de Comcel fuera de medio o que satisfizo la normatividad vigente, en razón de la apresurada comercialización de los servicios 4G sin la previa celebración de un acuerdo de acceso con Avantel.

Se abstuvo de estudiar lo relativo a la transgresión del artículo 7º de la ley 256 de 1996, por la prosperidad de la conducta dilucidada.

7. La determinación de los perjuicios se hizo con fundamento en el dictamen aportado por el demandante, previo rechazo (i) de la objeción por error grave que fuere formulada y (ii) de la indemnización por lucro cesante futuro

basado en proyecciones infinitas. *«Y como en efecto, es cierto que quien sale primero al mercado a ofertar un producto relativamente novedoso como es la tecnología 4G, es pionero en la conquista de una nueva clientela, en detrimento o perjuicio de quien aún no sale a ese mercado, por razones de una conducta atribuida al primero, necesariamente debe arribar a la conclusión de que el daño que se le ocasionó a la sociedad demandante, representado en el lucro cesante, debe resarcirse, aun acudiendo a la equidad»* (folio 47 reverso).

Sobre el valor establecido hizo una deducción en atención a la participación en el mercado de los tres (3) actores relevantes (Comcel, Movistar y Tigo), estimando que, del total por lucro cesante, el 51.4% era imputable a Comcel.

8. Por último desestimó la sanción por juramento estimatorio excesivo, al no haberse probado la temeridad o mala fe de la convocante.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

La convocada propuso el recurso extraordinario y lo sustentó oportunamente (folios 5 a 59 del cuaderno Corte), contentivo de cuatro (4) embistes, los primeros fundados en el desconocimiento de normas sustanciales y el final por incongruencia.

El orden lógico a que se refiere el inciso 2º del artículo 349 del Código General del Proceso impone resolver,

delanteramente, el yerro *in procedendo*; con posterioridad se desatarán los iniciales de forma conjunta, por servirse de consideraciones comunes.

CARGO CUARTO

Arguyó que el fallo criticado es incongruente, al exceder los contornos de la pretensión impugnativa a que se refiere el inciso primero del artículo 328 del Código General del Proceso.

Lo anterior en tanto «*el Tribunal... se pronunció sobre reparos concretos que no habían sido planteados de forma oportuna por Avantel cuando formuló el recurso de apelación*» (folio 57), por una disarmonía entre los motivos expuestos al proponer la apelación y los presentados por escrito posterior, los cuales «*no debieron tenerse en cuenta y rechazarse por el Tribunal por extemporáneos. Si Avantel pretendía reservarse el derecho de presentar por escrito los reparos en contra del fallo, debió manifestarlo así, de conformidad con el numeral 3 del artículo 322 del Código General del Proceso*» (folio 58).

Enumeró como extemporáneas las siguientes críticas:

- 1. El hecho de que la ley confiera a la CRC facultades para solucionar controversias, no constituye eximente de responsabilidad para quien infringe la ley.*
- 2. La SIC desconoció las imprecisiones y afirmaciones contrarias a la realidad en que incurrieron los testigos de Comcel en materia de funcionalidad CSFB.*
- 3. La SIC ignoró los hechos probados y el derecho aplicable a la controversia judicial entre Avantel y Comcel, en cuanto a la*

prohibición en cabeza de Comcel de lanzar servicios 4G antes de celebrar un acuerdo de acceso a RAN con Avantel.

4. La SIC ignoró el reconocimiento de los perjuicios probados en el proceso por Avantel.

5. La sentencia de la SIC es inconsistente, porque no es posible jurídicamente sostener que el incumplimiento por parte de Comcel no constituye una infracción al régimen jurídico, cuando al mismo tiempo se señala que Comcel permitió el acceso a RAN un (1) año después y acatando una orden de una autoridad (folios 58 y 59).

Concluyó con la petición de que se case la sentencia de instancia y se acoja la de primer grado.

CONSIDERACIONES

1. El numeral 3º del artículo 336 del Código General del Proceso consagró, como motivo de casación, que la sentencia de alzada no esté «*en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio*».

Regla que constituye un desarrollo particular del canon 281 del mismo estatuto, el cual ordena que «*[l]a sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley*».

En torno a este principio, la Corporación definió que su objeto es:

...resguardar los derechos de defensa y contradicción de los litigantes a través de la imposición de límites al fallador en ejercicio de su función de juzgamiento, evitando que aquellos sean sorprendidos con decisiones inesperadas que corresponden a hechos, pretensiones o excepciones personales que no fueron alegados -ni replicados- oportunamente.

En otros términos, el rigor limitativo del ejercicio de la función jurisdiccional exige que esta sea cumplida sin exceso, pero sin defecto, como lo ha pregonado la doctrina, de manera que cuando la actividad del juzgador no se ciñe a ese preciso ámbito, su decisión estará viciada de incongruencia, en alguna de estas tres modalidades: ultra petita, extra petita y mínima petita.

Sobre la mencionada desviación del procedimiento, y sus distintas expresiones, la Sala se ha pronunciado en los siguientes términos: ‘A la luz del principio dispositivo que rige primordialmente el procedimiento civil, debe el juez, al dictar el fallo con el cual dirime la controversia, respetar los límites o contornos que las partes le definen a través de lo que reclaman (pretensiones o excepciones) y de los fundamentos fácticos en que se basan ante todo los pedimentos, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso, o de pretensiones que, no aducidas, asimismo deben declararse oficiosamente por el juez. A eso se contrae la congruencia de la sentencia, según lo establece el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, dirigido no sólo a disciplinar que esa respuesta de la jurisdicción corresponda con lo que las partes le ponen de presente, sino, subsecuentemente, a impedir que el juez desconozca el compromiso de fallar dentro del marco de referencia que le trazan las partes, y cuyo incumplimiento es de antaño inscrito en una de estas tres posibilidades: en primer lugar, cuando en la sentencia se otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para concederlo (ultra petita); en segundo lugar, cuando en la sentencia olvida el fallador decidir, así sea implícitamente, alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (mínima petita); y en tercer lugar, cuando en el fallo decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, o, de un tiempo a esta parte, en Colombia, con apoyo en hechos diferentes a los invocados (extra petita)’ (CSJ SC1806-2015, 24 feb.)... (SC4966, 18 nov. 2019, rad. n.º 2011-00298-01; reiterada en SC2221, 13 jul. 2020, rad. n.º 2016-00192-01).

Máxima asentada en la idea de que los asuntos civiles y comerciales, por regla general, tienen un contenido patrimonial y, en consecuencia, son de libre disposición, de allí que predomine el principio dispositivo, el cual confiere a las partes la iniciativa, entre otros aspectos, sobre el contenido de los asuntos sometidos a composición judicial.

Rememórase el brocárdico «*ne eat iudex ultra petita partium*» -la sentencia ha de atenerse a las pretensiones de las partes-, empleado para reconocer que los litigantes tienen el gobierno sobre la causa sometida a litigio y, por esta vía, impedir que la actividad judicial se desvíe hacia puntos no planteados por los contendores.

Así lo reconoció esta Corporación:

[C]umple recordar que la congruencia de la sentencia es principio cardinal del conjunto de garantías del debido proceso, que evita el exceso o el defecto de esa decisión respecto del marco jurídico de lo que compete resolver, previsto en el artículo 305 del citado estatuto, bajo cuyo tenor el juez debe sujetar la solución del conflicto a los hechos y las pretensiones de la demanda o demás oportunidades autorizadas, así como las defensas frente a esta última, sin desmedro de lo que ha de resolverse de oficio.

De acuerdo con la jurisprudencia consolidada de esta corporación, acatar la congruencia implica que debe haber armonía entre lo pedido y lo resistido (SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-00114-01).

3. Además de los supuestos enunciados, por doctrina jurisprudencial se consideró que existe incongruencia cuando hay disarmonía entre los argumentos propuestos al

apelar y las determinaciones adoptadas por el sentenciador de segunda instancia.

Justamente:

[P]ronunciarse sobre puntos o extremos del litigio que no fueron materia de la apelación -ni están íntimamente conectados con ella... [es] un asunto que atañe al derecho sustancial que tiene el recurrente para que la resolución de su impugnación no toque puntos que no quiso llevar al debate de la segunda instancia... [por tanto], si el fundamento de la acusación obedece a una desviación del tema que fue objeto de la pretensión deducida en la sustentación del recurso, el ataque deberá dirigirse por la senda de la causal segunda de casación, por vicio de incongruencia entre lo pedido por el impugnante y lo resuelto por el ad quem (SC14427, 10 oct. 2016, rad. n.º 2013-02839-00).

Precedente repetido por la Corporación, como consta en los fallos de 12 diciembre 2007 (rad. n.º 1982-24646-01), 1º de noviembre de 2013 (rad. n.º 1999-00355-01), 13 de abril de 2016 (rad. n.º 2012-02126-00) y 31 de mayo de 2018 (rad. n.º 2005-00346-01), de allí que constituya una doctrina probable de la Corporación.

Entonces resulta claro que «*la incongruencia no se presenta solo cuando existe una disonancia entre lo invocado en las pretensiones de la demanda y lo fallado, sino que también se patentiza cuando la sentencia no armoniza con lo pedido en la sustentación del recurso que, indudablemente, corresponde a una pretensión del derecho sustancial controvertido*» (SC14427, 10 oct. 2016, rad. n.º 2013-02839-00).

4. Decantado el anterior estado del arte deviene imperativo que, para la correcta sustentación de un cargo por incongruencia y en orden a satisfacer el requisito de claridad a que se refiere el numeral 2º del artículo 344 del Código General del Proceso, el recurrente debe hacer una labor de contrastación entre las materias que debían resolverse y las que finalmente lo fueron, con el objeto de mostrar su falta de correspondencia.

Dicho de otra manera, y centrado en la apelación, el impugnante deberá parangonar los motivos concretos de la inconformidad propuestos por el recurrente y las decisiones adoptadas por el *ad quem*, con el propósito de demostrar la discrepancia entre los mismos.

Además, por su incidencia sobre las facultades de las que se encuentra revestido el superior, es menester que el impugnante evalúe si las determinaciones sobre las que se fustiga el exceso judicial están contenidas dentro de las excepciones señaladas en el canon 328 del actual estatuto adjetivo, esto es, «decisiones [que] *de oficio* [podía adoptar]» o «puntos íntimamente relacionados [con los acusados]».

La Corte ha señalado, «*respecto de la competencia del Juez de segunda instancia al resolver un recurso de apelación, que existen puntos íntimamente ligados al tema objeto de la alzada que, aun cuando no hayan sido cuestionados, no se encuentran vedados para el ad-quem*» (SC444, 25 en. 2017, rad. n.º 2012-02003-00). Por tanto, si bien es cierto que «los

jueces de apelación no pueden fallar de oficio sobre ningún asunto que no les haya sido propuesto», también lo es que esta regla no tiene cabida frente a tópicos que «estén íntimamente ligados con el objeto de la impugnación. De suerte que cuando la apelación ha sido puntual, los demás aspectos de la sentencia -esto es los que no fueron objeto de recurso- adquieren la autoridad de la cosa juzgada» (SC14427, 10 oct. 2016, rad. n.º 2013-02839-00).

Dicho en otros términos, *«[n]o es... cualquier punto que al recurrente le interese dejar inalterado el que tiene la virtualidad de limitar la resolución del juzgador ad quem, sino que debe tratarse de una impugnación parcial en la que el extremo del litigio que no es recurrido no se relaciona con el tema que es materia de la censura; además, debe tratarse de una decisión que no fue atacada por la parte legitimada para ello, habiendo tenido la oportunidad de hacerlo» (ibidem).*

5. Sucede pues, que una acusación edificada en el simple señalamiento de que el Tribunal excedió sus facultades o que resolvió sobre un listado de temas que estaba vedado, carece de la perspicuidad exigida por el legislador, ya que sería insuficiente para desvelar el yerro procesal imputado.

En lo esencial, la cumplida sustentación del embiste exige que haya una verdadera contrastación entre los asuntos introducidos por el recurrente y los que finalmente terminaron enjuiciados, con la explicación de las razones por

las cuales la decisión judicial es desatinada -por exceso o por defecto-, así como los racionios que permitan excluir que estas materias carecen de una íntima conexión con las debatidas o que su estudio no podía acometerse oficiosamente.

Total, *«la incongruencia de un fallo se verifica mediante una labor comparativa entre el contenido de lo expuesto en... [las] piezas del proceso -demanda, contestación o sustentación de la apelación- y las resoluciones adoptadas en él, todo en armonía con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil [hoy, artículo 281 del Código General del Proceso]; de ese modo se podrá establecer si en verdad el juzgador se sustrajo, por exceso o por defecto, a tan precisas pautas»* (AC2745, 29 jun. 2018, rad. n.º 2012-00136-01).

En función de lo planteado, *«para establecer la presencia de esta irregularidad [se refiere a la incongruencia], se hace necesario el cotejo objetivo entre lo pedido por el actor, el fundamento fáctico de las súplicas, las excepciones aducidas por el demandado y las que, sin requerir ser invocadas, resulten probadas en el proceso, por una parte, y el contenido concreto de la decisión del juzgador, por la otra»* (SC, 16 dic 2005, rad. n.º 1993-0232-01, reiterada en AC8732, 19 dic. 2017, rad. n.º 2012-00242-01).

6. Efectuadas las dilucidaciones precedentes refulge que el cargo final propuesto por Comcel desatiende los

requisitos técnicos para su adecuada proposición, en tanto falta a la precisión.

6.1. Esto debido a que el opugnante se limitó a enumerar cinco (5) temas que no hacían parte de la alzada, imputando al Tribunal su resolución, sin la explicación sobre la forma en que el yerro se materializó.

Huelga enfatizarlo, omitió individualizar los acápites concretos en que el sentenciador desató las materias aparentemente vedadas, así como las reflexiones que permitieran desechar que se tratara de asuntos interconectados con los propuestos en la apelación o que oficiosamente estuvieran vedados, lo que nubla la claridad que se reclama en el remedio excepcional.

6.2. El único análisis que acometió la casacionista fue el relativo a la imposibilidad de adicionar motivos de inconformidad después de agotada la audiencia de instrucción y juzgamiento, sin adentrarse en el contenido del fallo de segunda instancia, menos aún para remarcar las materias que fueron resultas y que eran ajenas a los motivos de la apelación, ni comprobar su contrariedad con las normas que gobiernan las facultades del superior para resolver la impugnación.

6.3. Labor que era de gran importancia en el *sub examine*, en tanto el Tribunal emitió el fallo alrededor de dos (2) problemas jurídicos concretos, ninguno de los cuales

tiene simetría concreta con las materias denuncias por el casacionista en su sustentación.

Y es que el *ad quem* se centró en determinar si «*¿incurrió la demandada en actos de competencia desleal por violación de normas e infracción de la cláusula general de prohibición en los particulares términos reseñados por la demandante?*», así como la procedencia de «*condenarse o no a la accionada al pago de los perjuicios causados a la parte actora por la comisión de tales conductas*» (folio 37 reverso del cuaderno 13), para lo cual emprendió una revisión de la finalidad de la ley 256 de 1996, de la naturaleza subsidiaria de la conducta residual, de los elementos para la configuración de la violación de una norma jurídica como motivo de infracción a la competencia, de las herramientas para la promoción de nuevos partícipes en el sector de las telecomunicaciones, de la obligatoriedad de conceder los acuerdos de acceso, de la prohibición de comercializar nuevos productos sin la celebración y ejecución de los acuerdo RAN, del valor probatorio del peritaje realizado por Jorge Padilla y Nadine Watson y del informe de Víctor Manuel Mayorga, del demérito que se causó a Avantel por el acto de competencia desleal, y de la improcedencia de imponer una condena por juramento estimatorio excesivo.

Del recuento efectuado emerge formalmente que ninguna mención se hizo al alcance de las atribuciones de la CRC en materia de solución de conflictos y su asimilación a un eximente de responsabilidad, tampoco se evaluó el

alcance de la función *CSFB* en el contexto del caso, ni se alzó una crítica sobre la valoración dispensada por el *a quo* a la prueba testimonial, la consonancia de su decisión o la pretermisión de los daños causados, aspectos argüidos por el casacionista como soporte de la acusación por incongruencia (folios 58 y 59 del cuaderno Corte).

Descuella, entonces, que al margen de que el sentenciador de alzada tuviera -o careciera- de facultades para referirse a los asuntos señalados en el embiste, lo cierto que no se advierte una revisión expresa de los mismos, lo que ratifica la insuficiencia del cuestionamiento extraordinario.

7. Las dilucidaciones efectuadas demuestra la improcedencia de adentrarse en el estudio de la acusación, de allí que deba rehusarse.

CARGO PRIMERO

Se imputó al *ad quem* la violación indirecta de los artículos 50 de la ley 1341 de 2009, 4.2, 4.7, 27, 29 de la resolución 3101 de 2011, 5º de la resolución 4112 de 2013, 2º -numeral 7º- de la resolución 449 de 2013, 7º, 10 de la resolución 2624 de 2013 y 2341 del Código Civil, así como el anexo 4º de la resolución 449 de 2013, a causa de errores de hecho evidentes y trascendentes.

En sustento arguyó la pretermisión de las pruebas que demuestran que no era condición necesaria, para que

pudieran prestarse los servicios 4G, un acuerdo total de interconexión de *Roaming Automático Nacional (RAN)* entre Avantel y Comcel, en tanto las partes habían alcanzado arreglos parciales.

Después de describir en qué consiste el error de hecho, advirtió sobre la pretermisión de las probanzas que demuestran *«que, aunque la celebración de acuerdos de RAN entre estos dos operadores era obligatoria, la implementación del Circuit Switch Fall Back -CSFBK- entre Avantel y Comcel representaba un ‘reto técnico’... por lo tanto, no era exigible celebrar un acuerdo total que incluyera todos los aspectos técnicos, financieros y logísticos del RAN, sino que era posible que Comcel saliera al mercado a ofrecer sus productos y servicios 4G habiendo celebrado previamente acuerdos parciales con Avantel»* (folio 20).

En fundamento citó y transcribió acápites de las siguientes pruebas: (i) resolución CRC4419 de 2014, que refirió el reto técnico que suponía el acceso y reconoció los acuerdos definitivos alcanzados por las partes; (ii) testimonio de Dani Bravo, que relató los aspectos técnicos que debieron superarse para la integración; (iii) declaración de Fernando Alfredo Parra Arango, quien asintió sobre las dificultades de la negociación; (iv) comunicación de 19 de diciembre de 2013, que desveló la existencia de un acuerdo parcial sobre la interconectividad RAN; (v) interrogatorio del representante legal de Avantel, quien reconoció que las partes lograron algunos acuerdos sobre ciertos puntos; (vi) acta de 5 de

diciembre de 2013, que relacionó los municipios en que era dable prestar el servicio de *roaming*; (vii) interrogatorio de la representante legal de Comcel, quien asintió en los compromisos alcanzados dentro de la negociación; (viii) atestación de Fernando Parra Arango, sobre los puntos de acuerdo en el trámite de acceso; (ix) testimonio de Carmen Pilimur, quien relató los puntos de encuentro sobre los nodos para realizar pruebas y los municipios, así como las exigencias técnicas; y (x) comunicación n.º 799615, que desmintió que Comcel impidiera o imposibilitara el acceso a las instalaciones esenciales.

Sostuvo que los hechos quedaron mal subsumidos en las normas que fundamentan el fallo, porque *«[s]i el juzgador hubiera valorado todas las pruebas omitidas de forma individual y en conjunto, su conclusión hubiese sido la opuesta, y hubiera absuelto a Comcel»* (folio 26).

Resaltó que, ante la existencia de acuerdos previos al mes de febrero de 2014, se cumplió la condición señalada por las normas concurrenciales del mercado de telecomunicaciones, descartándose una conducta anticompetitiva por violación de normas.

De otro lado, achacó una indebida interpretación al hecho de que Avantel acudiera al proceso de solución de controversias ante la CRC, porque de esta forma se desconocieron las probanzas que reflejan los pactos alcanzados por los operadores.

CARGO SEGUNDO

Criticó la violación directa de las normas citadas en el embate precedente, por interpretación errónea, al exigir que entre Comcel y Avantel se celebrara un acuerdo total e integral de conexión por medio de *Roaming* Automático Nacional, en tanto los preceptos transcritos no exigen tal deber. «*En este sentido, existe un principio general de interpretación jurídica, según el cual, donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete*» (folio 36).

Estimó que el verbo *permitir* es sinónimo de no entorpecer o imposibilitar, y que la obligación de suscribir equivale a la realización de acuerdos sobre el acceso, con independencia de que fueran totales o parciales. Frente a lo anterior, encontró probado que Comcel no impidió el acceso y que existieron puntos de encuentro sobre el alcance de la obligación de acceso, de allí que pudiera acometer la comercialización de los servicios, como lo concluyó el juzgador competente en autos de 21 de marzo y 25 de abril de 2014, en desarrollo del trámite de medida cautelar anticipada.

Remarcó que el dislate fue trascendente, ya que era «*imperativo reconocer las consecuencias jurídicas derivadas de la celebración de acuerdos parciales, esto es, que Comcel había cumplido con su obligación de ‘permitir’ la interconexión y ‘adelantar’ los acuerdos RAN desde que se manifestó la voluntad conjunta y un[í]voca de las partes respecto de*

determinados puntos referidos al proceso de interconexión, esto es por lo menos desde el 5 de diciembre de 2018 (sic)» (folio 39).

CARGO TERCERO

Imputó el desconocimiento recto de los preceptos citados en los demás embistes, aunados a los cánones 18 de la ley 456 de 1996 (sic), 16 de la ley 446 de 1998 y 283 - inciso 4º- del Código General del Proceso, por «*confundir la celebración del acuerdo RAN con su implementación*» (folio 40).

Una vez transcrita parcialmente la sentencia del Tribunal, reprochó que no se tuviera en cuenta que la normatividad únicamente exige la celebración o adelantamiento de los acuerdos RAN, sin exigir que éstos entraran en ejecución u operación.

Bajo la noción de contratos normados o contratos con un contenido imperativo impuesto recordó que, en caso de que las partes no alcancen un acuerdo sobre el acceso RAN, procede la intervención de la Comisión de Regulación de Comunicaciones para dirimir la controversia. «*Teniendo en cuenta lo anterior, se hace evidente que el Tribunal llegó a la irrazonable conclusión de que Comcel únicamente había atendido su obligación de permitir la conexión y celebrar los acuerdos de conexión... con la entrada en operación del RAN con Avantel... no obstante haber reconocido que el acuerdo RAN había sido el resultado final del mecanismo de solución de controversias ante la CRC. Lo anterior, en razón a que les*

dio un alcance errado a los preceptos sustanciales mencionados, bajo el entendido que de que el ‘permitir’ el acceso y ‘celebrar’ o ‘adelantar’ los acuerdos RAN suponía su ‘entrada en operación’, la cual, bajo una recta hermenéutica no corresponde a su ‘celebración’» (folio 49).

A partir de doctrina extranjera diferenció las fases de generación, perfección y consumación de los contratos, en ratificación de que no era dable confundir la celebración y su ejecución. Estimó que el deber de celebrar el acuerdo RAN se satisfizo en el momento en que se produjo el primer acuerdo parcial o, en el peor de los casos, con la Resolución n.º 4419 de 2014, por lo que extender la transgresión hasta que entró a operar constituye una hermenéutica desafortunada.

Este yerro, en su criterio, incidió en la cuantificación del daño, la cual estuvo mediada por el tiempo en que se prolongó la infracción -febrero a agosto-, sin tener en cuenta que el acuerdo se logró en mayo de 2014, con lo cual se desconocieron los principios de reparación integral, equidad y criterios técnicos actuariales.

CONSIDERACIONES

(i) Defectos formales de los cargos.

1. El legislador, con el fin de salvaguardar el carácter extraordinario de la casación, impuso que los embates propuestos sean formulados *«por separado... con la*

exposición de cada acusación, en forma clara, precisa y completa» (numeral 2º del artículo 344 del Código General del Proceso).

Total, el remedio excepcional no es un mecanismo para que el censor presente sus inconformidades frente al fallo confutado, como si se tratara de los alegatos de cierre de una instancia, sino que sus críticas deben ser encausadas dentro del estricto marco de los motivos señalados por el legislador, en condiciones de perspicuidad, completitud, acierto e independencia.

La Sala tiene dicho:

Todos los cargos que se propongan en casación, con respaldo en la primera de las causales que sirven a dicho recurso extraordinario, deben ser una crítica simétrica al fallo que controvierten, de modo que, con su formulación, es necesario que resulten desvirtuados en su totalidad los genuinos fundamentos en los que ellos se respaldan.

Esa correspondencia entre los argumentos que sustenten, de un lado, la sentencia cuestionada y, de otro, las específicas falencias que por la indicada vía se denuncien en desarrollo de la impugnación extraordinaria de que se trata, para los efectos de esta última, se desdobra en dos requisitos puntuales: en primer lugar, la completitud del cargo, que traduce la necesidad de que no se deje por fuera del ataque ninguno de los pilares esgrimidos por el juzgador de instancia; y, en segundo término, el adecuado enfoque de las censuras, esto es, que ellas versen sobre los verdaderos motivos que soporten el proveído generador de la inconformidad, y no sobre unos que no tengan tal carácter, surgidos de su inadecuada comprensión por parte del recurrente o de la inventiva de éste (SC18563, 16 dic. 2016, rad. n.º 2009-00438-01).

2. Empero de lo comentado, las censuras primera y segunda se muestran insuficientes para derruir la totalidad de los argumentos de la sentencia confutada, al dejar sin cuestionamiento uno de los razonamientos centrales del fallo confutado.

2.1. Esto debido a que el Tribunal, para fijar el alcance de los numerales 7º del artículo 2º de la Resolución n.º 449 de 2013 y 10º de la Resolución n.º 2624 del mismo año, acudió a los criterios de interpretación literal, sistemático y teleológico, lo que le permitió colegir que se requería entre el operador en funcionamiento y el entrante un acuerdo de acceso integral y operativo como condición previa para que aquél pudiera ofrecer al público los servicios 4G.

En términos precisos aseguró:

*En este punto, conviene destacar que el análisis de la norma que hizo el fallador de primer grado, donde le otorgó un especial alcance al verbo ‘permitir’... no se compadece con la **literalidad** misma de los párrafos finales de la disposición, **donde claramente se establece la obligación de celebrar acuerdos y que su incumplimiento conlleva una restricción en la comercialización de los servicios soportados en el espectro 4G.***

*Incluso, aún si existiera duda por la ex[é]gesis de la norma, bastaba con realizar una **interpretación sistemática** y observar que el numeral 7º del artículo 2º de la Resolución 449 de 2013 era lo suficientemente claro para señalar que la prestación de los servicios 4G **estaba supeditada al cumplimiento de la celebración de los acuerdos de roaming de los asignatarios con los proveedores que lo***

***solicitaran**, tal y como sucedió en este caso entre Comcel y Avantel.*

*Es más, **la teleología de estas disposiciones**, según las motivaciones de la Resolución 449 de 2013 también deja entrever que **en un escenario oligopólico como el de las telecomunicaciones en nuestro país**, donde son pocos los competidores y uno de ellos tiene una posición dominante (Comcel), **la finalidad de la subasta del espectro para los servicios 4G donde participaron, además de los proveedores más grandes (Tigo, Movistar y Comcel), la presencia de nuevos competidores, se vería desdibujada si las reglas mínimas previstas para garantizar la entrada al mercado en un plano de igualdad** de los operadores entrantes no son observadas ni atendidas por los asignatarios (negrilla fuera de texto, folios 42 reverso y 43 del cuaderno 13).*

2.2. No obstante la claridad de estas premisas decisionales, en los embates entrante y tercero únicamente se cuestionaron los aspectos relativos a la literalidad de las normas en discusión, sin considerar que su teleología permitía arribar a una hermenéutica diferente.

2.2.1. Cabe recordar que en el cargo primero, encausado por error de hecho, la convocada arguyó que se pretermitieron las pruebas demostrativas de que los operadores alcanzaron pactos parciales para el acceso a RAN, lo que desmiente la conclusión en el sentido opuesto (artículos 18 a 29 del cuaderno Corte).

A su vez, en la censura tercera se criticó la exigencia impuesta por el *ad quem* para que el contrato de acceso fuera integral, so pena de impedir la comercialización de productos

basados en la red 4G. *«Lo anterior, en razón a que les dio un alcance errado a los preceptos sustanciales mencionados, bajo el entendido que de que (sic) ‘permitir’ el acceso y ‘celebrar’ o ‘adelantar’ los acuerdos RAN suponía su ‘entrada en operación’, la cual, bajo una recta hermenéutica no corresponde a su ‘celebración’, sino que precisamente es la materialización de su ejecución»* (folio 49).

En resumen, la casacionista sostuvo que las obligaciones legales de Comcel quedaron satisfechas con los acuerdos parciales que alcanzó con Avantel en el proceso de negociación, sin que fuera exigible uno total y menos aún en operación, so pena de desconocer el contenido formal de los artículos invocados y las pruebas que dan cuenta de su observancia.

2.2.2. De la comparación de los argumentos expuestos refulge la insuficiencia de los planteamientos del opugnante, al olvidar que para establecer el recto entendimiento de los preceptos denunciados el Tribunal consideró la finalidad de las normas que rigen la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y, a partir de esta consideración, les otorgó un contenido determinado.

Huelga explicarlo, ningún reproche se alzó frente a la idea de que las normas que rigen los permisos de uso para 4G, no sólo propenden porque los usuarios accedan al servicio, sino que también buscan viabilizar el ingreso de nuevos oferentes en condiciones de igualdad, a quienes se les

debía garantizar el uso efectivo, aunque temporal, de la infraestructura instalada por los demás partícipes; consideración que, de cara a los acuerdos de acceso, imponía que estos se celebraran y que estuvieran en operación antes del ofrecimiento masivo de la nueva plataforma.

Esta consideración quedó incólume, pues la accionada insistió en la existencia de acuerdos parciales y, en todo caso, con independencia de su operatividad, sin elevar ataque alguno que permitiera desmentir el objetivo identificado por el sentenciador como esencial para adoptar una decisión de fondo en el caso.

2.4. Dable es colegir, por la ausencia de una crítica a esta última conclusión, que los cargos en estudio devienen hueros, ya que así se asintiera en su prosperidad, el fallo confutado seguiría asentado en la premisa no criticada, suficiente para mantenerlo en pie.

Y es que, toda reflexión relativa a la literalidad de los preceptos, así como sobre la demostración de los supuestos de hecho de este entendimiento, es exigua para desdecir que, frente a una interpretación teleológica, el contenido que brota es completamente extraño a lo probado en el expediente.

2.5. La mencionada incompletitud es suficiente para denegar la prosperidad de los embates primero y segundo.

3. Se agrega que en la censura inicial se incurrió en hibridismo, pues el casacionista acudió al error de hecho como fundamento de la acusación, pero en desarrollo de la argumentación trasegó hacia el error de derecho y la vía directa.

3.1. Rememórase que el transcrito artículo 344 del Código General del Proceso señala, en punto a las exigencias de los cargos en casación, que deberán plantearse «*por separado*», esto es, sin ningún tipo de mezcla, mixtura o imbricación.

Es pacífico en la jurisprudencia de la Sala que:

[E]l ordenamiento jurídico disciplina el recurso extraordinario de casación por causales imperativas expresas, precisas, diferentes, no susceptibles de interpretación o aplicación amplia, confusión o mezcla por obedecer a supuestos, fines y funciones disimiles “y por ello las razones o circunstancias que en cada una se consagran como suficientes para impugnar la sentencia gozan de autonomía e individualidad propia, y en consecuencia, no es posible configurar dos o más de ellas en la misma censura y que los cargos no solo respeten la independencia de las causales en que se fundan, sino que se formulen por separado de acuerdo con la exigencia del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil. Ha dicho sobre el punto la Corte: ‘la técnica del recurso de casación exige los cargos se formulen en forma correcta y completa, sin ser posible la integración de unos con otros, en virtud de los principios de autonomía e independencia que gobiernan el recurso.’ (Cas. Civ. del 16 de Junio de 1.985)” (Sent. Cas. Civ. No. 085 de 29 de septiembre de 1998).

En consecuencia, tiene dicho la Corte, el recurrente “no puede erigir un cargo con apoyo en una causal determinada e invocar

como motivos de la censura razones o hechos que se enmarquen en una causal diferente” (Sent. Cas. Civ. No. 045 de 16 de junio de 1998) (SC, 6 jul. 2009, rad. n.º 2000-00414-01).

De allí que «*no puede[n] juntar[se] en un mismo cargo cuestiones irreconciliables (vías directa e indirecta)*» (SC, 16 dic. 2013, rad. n.º 1997-04959-01); además, «*si... son meras lucubraciones jurídicas las que movieron al sentenciador para decidir del modo como lo hizo, haríase mal en calificar promiscuamente la violación de la ley como de directa e indirecta; y otro tanto, si las que a la postre causaron el quebranto del derecho sustancial, fueron de linaje probatorias y fácticas (quaestio facti), pues en tal caso no puede hacerse cosa distinta a la de denunciar la vía indirecta*» (SC, 24 may. 2005, exp. n.º 7197).

3.2. Con el fin de deslindar el campo de aplicación de los diferentes motivos de casación, entre otras reglas, la Corte ha fijado las siguientes que son relevantes para el *sub lite*:

3.2.1. La acusación apoyada en la falta de valoración conjunta de las pruebas debe encausarse por la senda indirecta, como error de derecho, por suponer una pretermisión de la regla probatoria que ordena al sentenciador actuar de manera opuesta en el ejercicio de valoración probatoria.

El precedente de la Sala indica:

[L]a apreciación de las pruebas en conjunto... el desconocimiento de tal mandato por el legislador da lugar a un error de derecho, desde luego que se desconocería una prescripción de la ley instituida para evaluar las pruebas. Como es natural, en procura de que ese error aparezca, debe el impugnante demostrar que la tarea evaluativa de las distintas probanzas cumplida por el sentenciador se llevó a cabo al margen del análisis de conjunto pedido en el artículo 187, o sea, poniendo de manifiesto cómo la apreciación de los diversos medios lo fue de manera separada o aislada, sin buscar sus puntos de enlace o de coincidencia. Ese y no otro debe ser el criterio a seguirse cuando de individualizar este tipo de yerro se trata (SC, 22 ab. 2013, rad. n.º 2005-00533-01).

3.2.2. Por otra parte, las críticas relativas a la subsunción de los hechos en las normas que gobiernan la controversia desvelan una acusación por la senda directa, al suponer una censura sobre la forma en que debe desentrañarse el sentido del marco normativo de cara a la plataforma fáctica que se encuentra debidamente decantada.

En palabras de este órgano de cierre:

[L]os errores iuris in iudicando se asocian con la subsunción normativa de los hechos fijados pacíficamente en el proceso o que son el producto de las discusiones fácticas o probatorias discurridas.

En ese evento, el recurrente, en lugar de controvertir dichas cuestiones, debe aceptarlas en la forma como fueron construidas en las instancias, pues, según se tiene decantado, la Corte, en esa hipótesis, '(...) trabaja con los textos legales sustantivos únicamente, y ante ellos enjuicia el caso; ya sabe si los hechos están probados o no están probados, parte de la base de una u otra cosa, y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos' (SC3466, 21 sep. 2020, rad. n.º 2013-00505-01).

3.3. Delimitado el anterior estado del arte se advierte que en el cargo inaugural se fusionaron cuestionamientos por error de hecho, defecto de derecho y senda directa, en contravención de las directrices técnicas mencionadas.

En efecto, en la demanda de casación se criticó:

*Si bien el ad quem, aplicó las normas pertinentes para resolver el asunto, les dio un alcance que no merecen atendido el material probatorio acopiado en el proceso. Dicho en otras palabras, se presentó el fenómeno de la aplicación indebida al momento en que el Tribunal adoptó la sentencia de segunda instancia que se censura... En el caso concreto, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil, **vulneró indirectamente las normas sustanciales** mencionadas como consecuencia de un error de hecho por pretermisión [de] algunas pruebas (negrilla fuera de texto, folios 19 y 20 del cuaderno Corte).*

Empero, al mismo tiempo se aseguró:

*El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Civil, al momento de proferir el fallo de segunda instancia, obvió el material probatorio relacionado con anterioridad, aunque cuando se encontraba presente en el expediente y había sido practicado y allegado por las partes dentro de las oportunidades legales. **Esto conllevó a que se vulneraran las normas sustanciales ya mencionadas que han de aplicarse al caso concreto, en la medida en que los supuestos de hecho no se encuentran correctamente subsumidos en las normas que sirven de fundamento a la decisión tomada por el ad quem.** Si el juzgador hubiera valorado todas las pruebas omitidas de forma individual y en conjunto, su conclusión hubiese sido la opuesta, y hubiera absuelto a Comcel de la conducta de competencia desleal por violación de normas...*

Estos errores en materia probatoria cometidos por el ad quem, se reitera, fueron de tal magnitud que tuvieron la virtualidad de alterar el sentido del fallo, pues si los medios de prueba hubiesen sido valorados de forma individual y en conjunto por el fallador, tal como lo dispone el artículo 176 del Código General del Proceso, este hubiera llegado a la conclusión contraria consistente en que Comcel no había incurrido en ninguna conducta de competencia desleal por violación de normas jurídicas, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 18 de la ley 256 de 1996 (negrilla fuera de texto, folios 26 y 27).

Descuella que, previa invocación de unas pruebas (documentos, testimonios e interrogatorios de parte), se alegó que hubo un yerro fáctico por preterición, un dislate de derecho por ausencia de apreciación conjunta y una pifia directa por indebido juicio de subsunción normativa.

Se incurrió en una mixtura indisoluble para la Corporación, por cuanto sobre los mismos medios demostrativos se criticó su olvido total, así como el desconocimiento de las coherencias existentes entre ellas, las cuales, valga la pena mencionarlo, tampoco fueron señaladas. Además, se aseguró que la hermenéutica demostrativa fue correcta, pero se equivocó sobre su subsunción en el marco normativo aplicable.

Ante la contrariedad de las premisas rememoradas se hace imposible la resolución del embate, en aplicación del principio lógico de identidad, razón para desestimar su prosperidad.

4. Agregase que los tres (3) cargos carecen de claridad, en tanto el impugnante transcribió múltiples acápites de varias normas sin explicar, en concreto, la forma en que resultaron conculcados por la sentencia del Tribunal.

4.1. Es aceptado en la jurisprudencia que *«para casar una sentencia por violación de normas sustanciales, es menester que se demuestre, de forma evidente y fuera de toda duda, que la solución adoptada por el juzgador es contraria a la realidad probatoria o al recto entendimiento de las normas que la gobiernan, para lo cual debe formularse un ataque comprensible, con argumentos hilvanados y sin acudir a fórmulas farragosas, so pena de que las consideraciones del Tribunal prevalezcan en detrimento de aquéllas»* (SC1732, 21 may. 2019, rad. n.º 2005-00539-01).

En concreto, *«[t]ratándose de la vulneración de normas de derecho sustancial corresponde al opugnante, no sólo realizar un listado de los cánones que estimó desatendidos, sino analizar cada uno de ellos para develar cómo la sentencia criticada los vulneró, así como su relevancia para la resolución del litigio»; en otros términos, «no basta con invocar las disposiciones a las que se hace referencia, sino que es preciso que el recurrente ponga de presente la manera como el sentenciador las transgredió (CSJ, AC8738, 19 dic. 2016, rad. n.º 2006-00119-01)»* (AC2435, 18 jun. 2018, rad. n.º 2009-00113-03).

4.2. Por la senda opuesta la casacionista enunció diez (10) preceptos como quebrantados en los cargos primero y segundo, y catorce (14) en el tercero, sin que en su desarrollo explicará como ocurrió la violación de cada uno.

Esto debido a que la mera transcripción de múltiples normas, con la enunciación de que fueron desatendidas, resulta insuficiente para dejar en evidencia su quebrantamiento, menos aún frente a una alegación genérica que no desciende al contenido prescriptivo.

Laborío que era de gran importancia en el *sub examine*, porque el sentenciador de segunda instancia sustentó su providencia en la hermenéutica de los numerales 7º del artículo 2º y 2º del anexo 4º de la Resolución n.º 449 de 2013 del MinTic (folios 42 y reverso del cuaderno 13), siendo importante que el opugnante explicara la pertinencia de los demás preceptos alegados.

4.3. Esta deficiencia técnica, conjuntada con las expuestas, rehúsa que pueda adelantarse el estudio de las acusaciones.

5. Con todo, aunque en gracia de discusión se dejaran de lado los desaciertos formales y se interpretan los cargos de manera que comprendan el mayor número de argumentos de la casacionista, no podrían abrirse paso, en razón de que no socavan la razonabilidad de la hermenéutica dispensada por el sentenciador de alzada a las normas que rigen los

acuerdos de acceso al *roaming* automático nacional, como se explicará en el siguiente párrafo.

(ii) Análisis de fondo de la acusación.

1. El artículo 333 de la Constitución Política consagra que «*[l]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades*»; asimismo, ordena que «*[e]l Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional*».

La libre competencia se instituyó, entonces, como una condición para el correcto funcionamiento del circuito económico, tendiente a garantizar que los agentes puedan participar según sus capacidades -tales como el prestigio comercial, calidad de los productos, antecedentes profesionales, condiciones negociales, propaganda, ubicación-, dentro del engranaje de oferta y demanda de bienes y servicios (SC, 10 jul. 1986, GJ CLXXXVII); derecho que se socava por figuras como la deslealtad negocial, los comportamientos colusorios o el abuso de mercado, de allí que se imponga su desaprobación.

Y es que la palabra «*competencia*» trasluce una «*[s]ituación de empresas que rivalizan en un mercado*

ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio»¹, la cual sólo es posible con la participación del mayor número de agentes posible, actuando en condiciones de simetría y lealtad.

La Sala tiene dicho que «*la ‘libre competencia económica’... responde a las necesidades del mercado de capitales y actúa en contraposición a las prácticas monopolísticas, proscritas en la Carta Magna al tenor del artículo 336, salvo que se instituyan como arbitrio rentístico ‘con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley’*» (SC, 13 oct. 2011, rad. n.º 2007-00209-01). Esto debido a que «*ni desde el punto de vista mercantil, ni mucho menos del jurídico, es posible concebir una competencia omnímoda o ilimitada, donde solamente rija la salvaje y desenfrenada lucha por el mercado, porque en el marco del Estado Social de Derecho, este derecho, como todos los otros, sólo tiene sentido si se entiende bajo la pauta interpretativa de un principio de igualdad de los competidores frente a la ley*» (SC, 19 nov. 1999, exp. n.º 5091).

La Corte Constitucional ha conceptuado:

La libertad de competencia... acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios,

¹ Aceptación tercera del Diccionario de la Real Academia Española, disponible en www.rae.es.

en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante...

La Corte ha identificado los contenidos del derecho a la libre competencia, señalando que ‘La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.’ (C-032/17).

2. Por la variedad de temas involucrados el estudio del derecho de la competencia, su examen «se ha dividido, tradicionalmente, en dos grandes segmentos, a saber, por una parte, las denominadas prácticas comerciales restrictivas, que incluyen actualmente el estudio de los abusos de posición dominante así como el análisis de algunas integraciones empresariales, y por la otra, los actos de competencia desleal» (SC, 13 nov. 2013, rad. n.º 1995-02015-01); vertientes que tienen una finalidad propia, como lo ha sostenido esta Corporación:

[L]a regulación de la competencia desleal, que protege y estimula la actividad empresarial y la libertad de quienes intervienen en el mercado, compitiendo entre sí con el propósito individual de cada uno de ellos de hacerse a la clientela; y por el otro, la de las prácticas comerciales restrictivas, cuyas normas persiguen

impedir, conjurar, y eventualmente sancionar, los acuerdos o convenios de los empresarios, así como las prácticas unilaterales y las concentraciones de empresas que en el escenario del mercado se encaminen a limitar la competencia o a restringir la oferta de bienes y servicios, en perjuicio de los consumidores, de la eficiencia económica, así como de la libre participación de las empresas en el mercado (ídem).

Por esta senda, en el ámbito nacional se establecieron normas diferenciadas para reprimir las conductas contrarias a la libre competencia, agrupadas según la finalidad maliciosa del comportamiento, a saber: (i) prácticas restrictivas y (ii) conductas desleales.

Frente a las primeras, la ley 155 de 1959 vetó todos «*los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar, la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas*» (artículo 1º).

Adicionalmente, con el decreto 2153 de 1992 se realizó un listado de conductas consideradas como contrarias a la libre competencia (artículos 47 y 48) y enumeró los casos que constituyen abuso de posición dominante (artículo 50).

Más recientemente se expidió la ley 1340 de 2009, en la que se agregaron reglas «*en materia de protección de la*

competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional» (artículo 1º).

En el ámbito subregional andino se tiene un régimen especial «*de prácticas restrictivas de la libre competencia*», comprensivo de los «*acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas*» y el «*abuso de posición dominante en el mercado*» (Decisión 285 de 21 de marzo de 1991 de la Comunidad Andina de Naciones).

Frente a la deslealtad negocial, con la ley 256 de 1996 se consagró el principio de que «*[l]os participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial*», y se tipificaron los actos que se estiman contrarios a este principio (artículos 7º a 19).

Se suma, tratándose de la propiedad industrial, el listado especial de conductas contrarias a la sana competencia contenido en el artículo 10 bis del *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, hecho el 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979.

3. Por su importancia para el presente caso, conviene recordar que la competencia desleal es el conjunto de actos que tienden a falsear el recto funcionamiento del mercado por medio de conductas tendientes a *«provocar la confusión del comerciante con otro, o los productos del comerciante con los del competidor, las maniobras de descrédito respecto de los productos de éste, los actos que persiguen la desorganización de la empresa rival, o, en fin, los que buscan la llamada desorganización del mercado»* (SC, 12, sep. 1995, exp. n.º 3939), el cual ha sido objeto de variados desarrollos legislativos en nuestro país.

3.1. Inicialmente, con el artículo 65 de la ley 31 de 1925 se acotó la competencia desleal al *«acto de mala fe que tiene por objeto producir una confusión entre los artículos de dos fabricantes o de dos comerciantes o agricultores, o que sin producir confusión, tiende a desacreditar un establecimiento rival»*.

Con posterioridad, mediante la ley 59 de 1936 se aprobó la *Convención sobre protección marcaría y comercial*, firmada en Washington el 20 de febrero de 1929, la cual consideró como desleal *«[t]odo acto o hecho contrario a la buena fe comercial al normal y honrado desenvolvimiento de las actividades industriales o mercantiles»* (artículo 20), para lo cual se hizo un listado de conductas (artículo 21).

El Código de Comercio representó un cambio de paradigma al establecer, como uno de los deberes de los

comerciantes, el de *«abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal»* (numeral 6º del artículo 19), así como consagrar un listado exhaustivo de conductas constitutivas de la misma -artículos 75 a 77- y señalar las consecuencias derivadas de este comportamiento.

3.2. Con posterioridad se dictó la ley 256 de 1996, *sobre competencia desleal*, entendiéndose por tal *«todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado»* (artículo 7º).

En desarrollo se previeron los actos que dan lugar a esta práctica, agrupados en *«desviación de la clientela»*, *«desorganización»*, *«confusión»*, *«engaño»*, *«descrédito»*, *«comparación»*, *«imitación»*, *«explotación de la reputación ajena»*, *«violación de secretos»*, *«inducción a la ruptura contractual»* y *«violación de normas»* (artículos 8 a 18).

Por decantada doctrina jurisprudencial se tiene establecido que, *«[p]ara que se configure un acto de competencia desleal[,] deben reunirse los siguientes requisitos: (i) que se trate de un acto realizado en el mercado; (ii) que ese acto se lleve a cabo con fines concurrenciales, esto es que resulte idóneo para mantener o incrementar la*

participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero; y (iii) que corresponda a las conductas expresamente prohibidas por el ordenamiento, sea de manera general o específica» (SC, 13 nov. 2013, rad. n.º 1995-02015-01).

4. En materia de telecomunicaciones las normas sobre sana competencia, no sólo propenden por el recto funcionamiento del mercado, sino que buscan promover el ingreso de nuevos competidores en beneficio de los usuarios y consumidores.

Exigencia que cobra aún mayor importancia frente al reconocimiento de que *«[l]as telecomunicaciones modernas constituyen un resultado de la convergencia entre la revolución digital y las comunicaciones. Dicha convergencia ha afectado profundamente las redes y servicios de telecomunicaciones. En el pasado, coexistían redes especializadas que prestaban los servicios de telefonía o de televisión. La digitalización de las redes ha hecho posible que todas ellas puedan transportar la voz, los datos y las imágenes abriendo paso a una amplia gama de nuevos y sofisticados servicios»².*

4.1. El artículo 75 de la Constitución Política de 1991, al fijar los derroteros que deben gobernar al sector telecomunicaciones, dispuso:

² Naciones Unidas, Cepal, Red de Reestructuración y Competitividad, *Organización industrial y competencia en las telecomunicaciones en América Latina: estrategias de empresas*, Santiago de Chile, 2005, p. 9.

*El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. **Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso** a su uso en los términos que fije la ley.*

***Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas** en el uso del espectro electromagnético (negrilla fuera de texto).*

Nótese que, por disposición del constituyente primario, el espectro electromagnético³ fue elevado a la categoría de bien de uso público, sometido a especial protección, con el fin de garantizar la participación igualitaria de todos los interesados, en garantía de libertades fundamentales como las de expresión o información.

Al respecto, la Corte Constitucional ha asegurado:

El manejo de la información y de los datos que se pueden transmitir a través de las bandas electromagnéticas debe estar sometido a una vigilancia rigurosa, no en cuanto a su contenido sino en relación con la oportunidad de acceso y explotación por parte de cualquier persona que esté en condiciones de hacerlo. Es por ello que el proceso de adjudicación de bandas en el espectro electromagnético debe estar orientado a garantizar el libre acceso en condiciones de igualdad, y a evitar prácticas que faciliten la concentración de medios o prácticas monopolísticas. Así lo señaló la Corte al concluir que la prórroga automática de las concesiones que permitía el artículo 40 de la ley 14 de 1991, era contraria al artículo 13 de la Constitución, porque se traducía en un tratamiento preferente a favor de las antiguas concesionarias, que excluía definitivamente la posibilidad de que otras que no lo hubieran sido compitieran con ellas. Dijo la Corte lo siguiente:

³ Frecuencias en ondas electromagnéticas que sirven para la operación de las emisoras de radio, televisión abierta y microondas, telefonía móvil, sistemas satelitales, radioaficionados, comunicaciones vía Internet, radiomensajes, comunicaciones de naves y aeronaves, entre otros.

“...los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo. De esta forma, la comunidad queda resguardada de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración” (Sentencia T-422 de 1992)... (C-403/10).

En época renovada remarcó:

[H]abida cuenta la relación intrínseca entre el acceso al espectro y la vigencia de las libertades de expresión y de información, así como el derecho a fundar medios de comunicación, dicha competencia está sometida a dos modalidades de restricción. La primera, consiste en el cumplimiento de las finalidades previstas en el artículo 75 C.P., relativas a la democratización en el acceso y la restricción de prácticas monopólicas, de suyo incompatibles con la vigencia del pluralismo informativo y la competencia. La segunda, referida al cumplimiento de condiciones de razonabilidad y proporcionalidad (C-634/16).

4.2. Este mandato abriga a la telefonía móvil, caracterizada por el empleo ondas electromagnéticas de radiofrecuencias para la transmisión de voz y, de ser el caso, de datos, por medio de una red celular.

Con anterioridad, el mecanismo de comunicación por excelencia era la telefonía fija, caracterizada por la presencia de operadores únicos en diversos municipios del país; sólo con las medidas de liberalización y privatización promovidas por el nuevo texto fundamental se permitió la entrada progresiva de nuevos competidores, lo que fue aprovechado

por los operadores de telefonía móvil para ganar terreno, aunque limitados por los costos de la nueva infraestructura.

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, para el año 2007, advertía:

...dada la evolución de la telefonía móvil y la imposibilidad de este servicio de discriminar precios por localidad, la telefonía móvil ejerce una fuerte presión competitiva a la telefonía fija. Es evidente que en varios municipios del país aún hay una estructura muy concentrada, pero se trata de zonas donde el servicio no es rentable y el negocio no atrae por sí sólo la entrada de competidores... [Por tanto], aunque la evolución del mercado móvil ha sido positiva con resultados satisfactorios desde el punto de vista del excedente de los consumidores y la ampliación de la frontera geográfica del servicio, constituye un mercado imperfectamente competitivo lo cual se evidencia en el espacio potencial que tienen los operadores para ejercer su poder de mercado debido a la dinámica originada por la diferenciación de precios on-net / off-net. Esta situación llama la atención sobre el futuro del mercado⁴.

Sin embargo, con el paso de los años las empresas de comunicaciones móviles terminaron conquistando una gran cuota de mercado, debido a las ventajas técnicas que representan para los usuarios, como la permisión de desplazamiento, la introducción de sistemas de prepago y el cobro con base en el tiempo efectivamente utilizado.

De esto dan cuenta las estadísticas de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (IUT), pues la telefonía fija a nivel mundial ha descendido progresivamente, pasando

⁴ *Análisis de Competencia de los Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia*, Diciembre de 2008, p. 18.

de 1.243 millones de abonados en el año 2005 a 915 millones en el año 2019; diferente a la telefonía celular, que pasó de 2.205 millones de usuarios en el año 2005 a 8.283 millones en el año 2019⁵.

Este cambio significó una mejora en el escenario de la competencia, por cuanto *«la telefonía móvil nace en general en un ambiente competitivo y, por tanto, con libertad de precios. Son pocos los países en que se entregaron concesiones exclusivas en este campo. No obstante, el desarrollo de este mercado iba a depender de decisiones regulatorias en dos campos principales, referentes al tema de las modalidades de asignación de espectro y al tema de los cargos de interconexión y acceso con la empresa de telefonía fija»*⁶.

4.3. En nuestro mercado, como sucede en la mayoría de los países latinoamericanos, el nivel de competencia se vio limitado por el número de oferentes interesados en participar en el mismo; situación explicable, entre muchas otras razones, por los costos de emprender una empresa de este tipo y enfrentarse a prestadores altamente concentrados⁷.

Esto derivó en la consolidación de tres (3) grandes proveedores -Comcel, Tigo y Movistar-, uno de los cuales alcanzó la condición de preeminente por el volumen de suscriptores.

⁵ Dispone en <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>

⁶ Naciones Unidas... *Organización industrial...* p. 33.

⁷ MinTic, *Estrategia Integral para mejorar las condiciones de prestación de servicios fijos y móviles en Colombia*, junio 2020, dispone en https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-145908_recurso_1.pdf

De allí que se profiriera la resolución n.º 2058 de 24 de febrero de 2009, de la Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC-, en la cual se definió que la reglamentación sobre la materia debía estar segmentada por *mercados relevantes*, cuyo «*propósito fundamental... es la promoción de la competencia, la protección de los derechos de los usuarios, la promoción de la inversión, así como la prestación eficiente y continua de los servicios en términos de calidad y cobertura, en aras de mejorar el bienestar social y la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional. En tal sentido, las medidas deben ser temporales y proporcionales en consideración al nivel de competencia que se logre alcanzar con las mismas*» (artículo 3º).

En desarrollo de este mandato la CRC, por medio de la resolución n.º 2062 de 2009, *constató «que la empresa Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. tiene posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante ‘Voz Saliente Móvil’»* (artículo 1º), en razón de:

1. *[La e]xistencia de barreras a la entrada que reducen la competencia en el mercado voz saliente móvil.*
2. *El tamaño absoluto y relativo de COMCEL que tiene implicaciones sobre la estructura de costos y la magnitud de las externalidades de red.*
3. *Las [e]xternalidades de red y efectos club que incrementan los costos de cambio de los usuarios.*
4. *La diferenciación de tarifas on/net y off/net acentúa las externalidades de red.*
5. *La capacidad de distanciarse de sus competidores que le permite fijar tarifas por encima de estos.*
6. *Los efectos de externalidad de red y efectos club que han logrado que COMCEL no se vea afectado por las políticas*

comerciales de sus competidores y, por lo tanto, por sí mismo pueda determinar las condiciones de mercado para sus usuarios, al margen de lo que hagan los demás competidores en el mismo (folio 26 reverso del cuaderno 8).

Decisión confirmada al resolverse el recurso de reposición promovido en sede administrativa contra el anterior acto, por medio de resolución n.º 2152 del mismo año (folios 28 a 56 *idem*).

Posición dominante constatada y reiterada por las resoluciones n.º 4002 (folios 57 a 136) y 4050 de 2012 (folios 137 a 180), de la CRC, en las cuales se ordenó a Comcel que, «a partir del 1º de enero de 2013», debía «ofrecer a los proveedores de redes y servicios de larga distancia internacional y demás proveedores y servicios móviles... dos esquemas de cargos de acceso».

4.4. Con la ley 1341 de 2009, *por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-*, se insistió en la necesidad de mejorar la competencia en el sector de las telecomunicaciones, para lo cual se previó como bandera la igualdad en el acceso a la infraestructura por parte de los operadores, incluso entrantes.

Justamente, el numeral 3º del artículo 2º estableció, como principio orientador de la promoción y el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones «el

despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar, y promoverá el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos con el ánimo de generar competencia, calidad y eficiencia, en beneficio de los usuarios, siempre y cuando se remunere dicha infraestructura a costos de oportunidad, sea técnicamente factible, no degrade la calidad de servicio que el propietario de la red viene prestando a sus usuarios y a los terceros, no afecte la prestación de sus propios servicios y se cuente con suficiente infraestructura, teniendo en cuenta la factibilidad técnica y la remuneración a costos eficientes del acceso a dicha infraestructura».

También se previó, como instrumento para el impulso de la inversión, que *«[t]odos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones tendrán igualdad de oportunidades para acceder al uso del espectro»* (numeral 5 *idem*).

Para estos fines se fijaron, entre otros, los siguientes objetivos de la intervención estatal en el sector telecomunicaciones: *«[p]romover y garantizar la libre y leal competencia y evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia»* (numeral 5º del artículo 4º), *«[g]arantizar el despliegue y el uso eficiente de la infraestructura y la igualdad de oportunidades en el acceso a los recursos escasos, se buscará la expansión, y cobertura para zonas de difícil acceso, en especial beneficiando a*

poblaciones vulnerables» (numeral 6) y «[g]arantizar la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, así como el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones necesarios para promover la provisión y comercialización de servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones» (numeral 9).

La Corte Constitucional, refiriéndose a los propósitos de la ley, aseguró que comprenden *«regular el servicio, e intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético utilizado para su prestación, con el propósito de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y una eficiente prestación del mencionado servicio, así como evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, acorde con lo que dispone la Constitución y la ley en la materia» (C570/10).*

4.5. Para promover la llegada de nuevos prestadores de servicios, los artículos 11 y 72 de la ley en mención⁸ prescribieron las reglas que deben regir el proceso de subasta para el uso del espectro radioeléctrico:

Artículo 11°. El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

El permiso de uso del espectro respetará la neutralidad en la tecnología siempre y cuando esté coordinado con las políticas del

⁸ Con posterioridad modificados por la ley 1778 de 2019, por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones.

Ministerio de Comunicaciones, no generen interferencias sobre otros servicios, sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado, no afecten la seguridad nacional, y contribuyan al desarrollo sostenible. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adelantará mecanismos de selección objetiva, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes. En aquellos casos, ~~en los que el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan,~~ así como cuando prime la continuidad del servicio ~~o la ampliación de la cobertura,~~ el Ministerio podrá otorgar los permisos de uso del espectro de manera directa... [los apartes tachados fueron declarados inexecutable por sentencia C-403/10]

Parágrafo 1º. Para efectos de la aplicación de presente artículo, se debe entender que la neutralidad tecnológica implica la libertad que tienen los proveedores de redes y servicios de usar las tecnologías para la prestación de todos los servicios sin restricción distinta a las posibles interferencias perjudiciales y el uso eficiente de los recursos escasos...

Artículo 72... - Previamente al proceso de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de asignación o de concesión de servicios que incluya una banda de frecuencias, se determinará si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente.

- En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos la subasta.

El órgano de cierre constitucional, al referirse a estos preceptos, manifestó:

La reforma que se propone para lograr la adaptación del régimen de telecomunicaciones al fenómeno de la convergencia, implica el replanteamiento de los regímenes de (i) habilitación, (ii) planeación y gestión del espectro, y (iii) regulación, que incluye reformas

específicas en materias como las licencias, los derechos y obligaciones que generan el uso del espectro radioeléctrico, la interconexión, la numeración y el servicio universal.

La principal reforma al régimen de habilitación consiste en introducir la licencia única que permite la prestación de cualquier tipo de servicio de telecomunicaciones y el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones. Sin embargo, la asignación de los derechos de uso del espectro radioeléctrico conlleva el otorgamiento de un permiso específico independiente de la licencia unificada...

La obligación de garantizar el acceso en igualdad de oportunidades se traduce entonces en el establecimiento de una serie de parámetros legales dirigidos a la determinación de condiciones y requisitos uniformes de acceso y prestación del servicio público de comunicaciones, bien sea para la adjudicación de bandas como para el establecimiento de prórrogas a dichas concesiones, que garanticen la libre competencia y prevengan la concentración de los recursos y las prácticas monopolísticas... (C-403/10).

Refulge el interés, no sólo de promover la introducción de las nuevas tecnologías de la información en nuestro país, sino también en fomentar la libre y sana competencia, por considerar que la misma es un motor fundamental para ampliar la cobertura, mejorar el servicio, permitir la renovación técnica y, en general, propender por el interés general.

5. Dentro del anterior marco se inserta la resolución n.º 449 de 11 de marzo de 2013, *por la cual se establecieron los requisitos y el procedimiento para otorgar permisos para el uso de hasta 225 MHz de espectro radioeléctrico en las bandas de 1.850 MHz a 1.990 MHz, 1.710 MHz a 1.755 MHz pareada con 2.110 MHz a 2.155 MHz y 2.500 MHz a 2.690 MHz para*

la operación y prestación del servicio móvil terrestre, mejor conocidos como servicios 4G (folios 14 a 165 del cuaderno 10).

No en vano, dentro de las consideraciones de esta determinación se advirtió:

Que de acuerdo con el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009, por medio de la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, el Estado propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad; sin perjuicio de lo anterior, el Estado no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros y propiciará la sana competencia.

Que según lo establecido en el numeral 5 del artículo 4 de la Ley 1341 de 2009, actual marco jurídico general aplicable al sector de las TIC, uno de los fines de la intervención del Estado en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es promover y garantizar la libre y leal competencia y prevenir el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia.

Por lo anterior, frente a la utilización de las redes existentes por los entrantes que decidieran intervinieran en la subasta, se consideró:

Que la regulación vigente en materia de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones, establece que es obligación de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, permitir la interconexión, ya sea directa o indirecta, a otro proveedor de redes y servicios de

telecomunicaciones que así lo solicite, en los términos de la Resolución CRC 3101 de 2011 o aquella que la modifique, adicione o sustituya, la cual específicamente incluye como instalaciones esenciales la infraestructura civil y el roaming nacional asociado a la interconexión.

Que aunado a lo anterior, es obligación de todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, permitir la utilización de sus postes, torres y ductos por parte de los proveedores que así lo soliciten, de conformidad con lo establecido en la Resolución CRT 2014 de 2008, o aquella que la modifique, adicione o sustituya, en concordancia con el artículo 2, numeral 3 de la Ley 1341 de 2009, que consagra el principio de uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos.

Estas motivaciones son relevantes para desentrañar el contenido y alcance del deber impuesto a los adjudicatarios de la subasta 4G, en el sentido de «*permitir la interconexión de redes y el acceso y uso de sus instalaciones esenciales a cualquier otro proveedor de redes y servicios que lo solicite, de acuerdo con los términos o condiciones establecidos para el efecto*» (ordinal m. del artículo 15).

Carga desarrollada con amplitud en el anexo 4, intitulado *condiciones para sostenibilidad del permiso en las bandas AWS y 2.500Mhz*, que refiriéndose al *roaming nacional* ordenó:

Los participantes que sean titulares de permisos para el uso del espectro en las bandas destinadas para IMT antes de la adjudicación de este proceso, que resulten asignatarios del presente proceso, deberán permitir la compartición activa de elementos y capacidades de red para la itinerancia móvil automática digital a nivel nacional (roaming nacional) para todo tipo de servicios soportados por su red, independientemente de la tecnología siempre y cuando las interfaces de aire así lo permitan,

de conformidad con la regulación que para el efecto haya expedido o expida la CRC sobre la materia...

A efectos de garantizar el cumplimiento de esta obligación, los asignatarios que sean titulares de permisos para el uso del espectro en las bandas destinadas para IMT antes de la adjudicación de este proceso adelantarán los acuerdos de interconexión con los proveedores de redes y servicios móviles que lo soliciten, incluyendo las condiciones particulares para la activación del roaming de acuerdo con las condiciones del régimen de acceso, uso e interconexión de redes establecido en la Resolución CRC 3101 de 2011 o aquella que la adicione, modifique o sustituya, así como las condiciones específicas derivadas de la regulación de carácter general sobre roaming automático nacional que para el efecto haya expedido o expida la CRC.

El incumplimiento parcial o total de la obligación de celebrar acuerdos de roaming nacional por parte de cualquiera de los asignatarios de los permisos, conllevará a una restricción a la comercialización a usuarios finales de aquellos servicios que están soportados en el espectro otorgado dentro del presente proceso. Dicha restricción podrá ser levantada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cuando las partes hayan demostrado que hay operatividad total del roaming nacional, lo anterior sin perjuicio de las acciones de vigilancia y control que pueda adelantar de conformidad los numerales 3,7 y 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

Deber reiterado, para el caso de Comcel, en el literal l) del artículo 7º y el canon 10 de la resolución n.º 2624 de 2013, por medio de la cual se otorga un permiso para uso de unas bandas de frecuencia en el espectro radioeléctrico al interior de la banda 1.710 MHz a 1.755 MHz pareada con 2.110 MHz a 2.155 MHz para la operación y prestación de servicios móviles terrestres a Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. (folios 210 a 231 del cuaderno 3), en los siguientes términos:

Artículo séptimo. Obligaciones generales. Sin perjuicio del cumplimiento de lo previsto en la normativa aplicable al sector, Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. tendrá las siguientes obligaciones:...

m. Permitirla interconexión de sus redes y el acceso y uso de sus instalaciones esenciales a cualquier otro proveedor de redes y servicios que lo solicite, de acuerdo con los términos o condiciones establecidos al efecto.

Artículo décimo. Obligación de roaming nacional. Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. deberá permitir la compartición activa de elementos y capacidades de red para la itinerancia móvil nacional digital a nivel nacional (roaming nacional) para todo tipo de servicios soportados por su red, independientemente de la tecnología, siempre y cuando las interfaces de aire así lo permitan, de conformidad con la regulación que para el efecto haya expedido o expida la CRC sobre la materia...

A efectos de garantizar el cumplimiento de esta obligación, Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. adelantará los acuerdos de interconexión con los proveedores de redes y servicios móviles que lo soliciten...

5.1. Para desentrañar el contenido de los cánones transcritos, resulta indispensable acudir a los artículos 27 a 32 del Código Civil, los cuales rigen la interpretación de la ley con fundamento en los criterios gramatical, sistemático, por extensión y de equidad, así como el sentido natural y técnico de las palabras.

Sobre estos preceptos la Sala tiene dicho:

Los métodos antiguos de interpretación enseñaron que en el Código Civil se encontraba todo el derecho civil; que el intérprete debía aplicarlo sin poder extender los casos previstos por el legislador a otros casos y siéndole prohibido, investigar la

existencia de ciertas reglas o principios generales tradicionales reconocidos por las naciones civilizadas.

Pero esta identificación del derecho civil con el Código Civil, o más exactamente, entre el derecho y la ley escrita, ha sido rota definitivamente en nuestra época y reemplazada por una metódica distinción entre derecho y ley escrita... El juzgador debe, pues, en cada caso concreto, investigar los principios, los conceptos generales y con su ayuda extraer el sentido propio de los textos legales.

Toda ley, en última instancia, no representa otra cosa sino aplicación de algún principio general (interpretación sistemática) (SC, 23 jun. 1958, GJ LXXXVIII, n.º 2198).

En años próximos se indicó:

Es principio rector de la actividad judicial el indagar por el “verdadero sentido” de las normas jurídicas, tal como lo manda el artículo 26 del Código Civil, estatuto que además de establecer algunos criterios de interpretación (textual, lógico, histórico, sistemático), prohíbe la que se hace de manera insular para ampliar o restringir la extensión que deba darse a la ley (artículo 31 ibídem).

Uno de tales criterios considera a las reglas jurídicas como elementos de un sistema, razón por la que la interpretación de las mismas se orienta hacia su armonización dentro de éste, con el fin de evitar incompatibilidad de unas normas con otras, o que éstas sean contrarias al propio conjunto normativo (SC, 19 dic. 2012, rad. n.º 2006-00164-01).

Luego, interpretar va más allá de reproducir formalmente las palabras que utilizó el legislador para gobernar una situación de hecho; en verdad consiste en extraer el contenido de los preceptos a partir de su literalidad, el contexto que sirvió para su proferimiento, las

condiciones actuales de aplicación y su armonía con la totalidad del ordenamiento jurídico.

De allí que la Sala, al referirse a la interpretación gramatical, sostuviera *in extenso*:

El elemento gramatical o literal indica que “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

*Para algunos, esta disposición adjudica la claridad de la ley a su tenor literal, al grado que expresan: “La obra del intérprete, como hemos dicho, es reconstruir el pensamiento del legislador, y como el legislador ha formulado su pensamiento en un texto, la ley es la expresión del pensamiento del legislador. Cuando la ley es clara, tenemos este pensamiento netamente declarado, conocemos la intención del legislador por su propia boca y no podemos eludirla; y el juez debe, por graves que sean las consideraciones que se puedan oponer a la ley, aplicarla tal como está escrita” (Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Nascimento-Santiago, 1941).*

*Otros en cambio exponen que una detallada lectura del precepto ilustra que la “claridad” proviene no propiamente de las palabras de las que se valió el legislador, sino del sentido, contenido o alcance que el mismo pueda tener (ratio legis), deducción afincada, además, en un dato histórico: Andrés Bello tomó el criterio gramatical del artículo 13 del Código Civil de Louisiana de 1825: “Cuando una ley es clara y libre de toda ambigüedad, su tenor no puede ser desconocido, bajo el pretexto de buscar su espíritu”, y adrede lo modificó para dejarlo así: “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu” (Ducci Claro, Carlos. *Interpretación Jurídica en General y en la Dogmática Chilena*. Editorial Jurídica de Chile. Páginas 91 a 193).*

Este último es, precisamente, el entendimiento que la Corte le ha dado recientemente al método de interpretación gramatical, al decir que “el sentido y alcance de la norma se mide por su intención y no por las palabras con que ella se exterioriza”; agregando que “[a]unque en algunas ocasiones la redacción misma del precepto de que se trate refiere de manera explícita la finalidad que va envuelta en la ley (ratio legis); ello no ocurre todas las veces, por lo que a menudo es preciso indagar por esa intención a la luz de las reglas de interpretación previstas en la ley civil o, en su defecto, se determinará su sentido genuino “del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación”, esto es según el significado que adquiera la norma dentro del contexto del sistema jurídico; y a partir de los dictados de la equidad natural. (Artículo 32 C.C.)” (sentencia de casación de 14 de diciembre de 2012, exp. 00058-01).

Así las cosas, la labor interpretativa de una norma de ninguna manera puede circunscribirse, exclusivamente, a las palabras en las que se expresa, sino que, su verdadero sentido conlleva un análisis integral del texto, su historia, la relación con otros preceptos, y la finalidad perseguida con ella (negrilla fuera de texto, SC, 18 dic. 2013, rad. n.º 2007-00143-01).

5.2. Dilucidada la finalidad y contenido de la interpretación, procede acudir a sus reglas para desentrañar el sentido de las normas que gobernaron la subasta de las bandas para servicios 4G, en particular, el deber impuesto por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones a los asignatarios de «*permitir*», tanto la «*interconexión de sus redes*», como «*el acceso y uso de sus instalaciones esenciales*», en favor de los demás operadores (literal m del artículo 15 de la resolución n.º 449 de 2013 del MinTic), así como a Comcel en particular (literal l. del artículo 7º y el canon 10 de la resolución n.º 2624 de 2013).

Carga particularizada como una obligación de «*permitir la compartición*», con expresión concreta en el adelantamiento de «*acuerdos de interconexión con los proveedores de redes y servicios móviles que lo soliciten, incluyendo las condiciones particulares para la activación del roaming*» (numeral 2º del anexo 4º de la resolución n.º 449 de 2013 del MinTic e inciso tercero del artículo 10º de la resolución n.º 2624 de 2013).

5.2.1. La palabra «*permitir*», según el sentido natural y obvio expresa tanto «*[n]o impedir lo que se pudiera y debiera evitar*», así como «*hacer algo posible*»⁹.

Significa que, por su literalidad, la obligación del operador actual de *permitir* el acceso a las instalaciones esenciales tiene un doble componente prestacional. Uno negativo, tendiente a impedir que hagan nugatoria la facultad de los entrantes de utilizar la infraestructura instalada, con el fin de que puedan promocionar sus servicios; y uno positivo, que trasluce un deber de resultado para el deudor acceda y use efectivamente la infraestructura instalada.

5.2.2. Entendimiento que, a la luz de los antecedentes de la ley 1341, guarda completa armonía.

Esto debido a que la regulación propendió por optimizar la competitividad en el sector, lo que se tradujo en que

⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, disponible en www.rae.es

«[t]odos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones [tengan] igualdad de oportunidades para acceder al uso del espectro»¹⁰, para lo cual resulta necesario que aquéllos que son propietarios, poseedores o tenedores de instalaciones esenciales permitan a los nuevos partícipes acceder a las mismas, hasta tanto puedan desplegar su propia infraestructura o se agoten los plazos legales.

En la exposición de motivos de esta norma se invocó «*la práctica internacional*», la cual reclama «*un mayor aprovechamiento del espectro radioeléctrico*», por medio de «*[m]edidas de competencia que garanticen un terreno equilibrado para los prestadores de servicios*»¹¹.

Además, en las consideraciones de la resolución n.º 2624 de 2013 de forma expresa se señala: «*[q]ue el numeral 8 del artículo 2 del Decreto 2618 de 2012 establece que son funciones del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, entre otras, asignar y gestionar el espectro radioeléctrico, **con el fin de fomentar la competencia, el pluralismo informativo, el acceso no discriminatorio y evitar prácticas monopolísticas***» (negrilla fuera de texto, folio 210 del cuaderno 3).

5.2.3. Criterio que se aviene con la integridad del ordenamiento jurídico, pues la ley sobre la materia estableció como principios orientadores del acceso al espectro

¹⁰ Gaceta del Congreso n.º 382, 28 de mayo de 2009, p. 5.

¹¹ Gaceta del Congreso n.º 426, 5 de septiembre de 2007, p. 11.

electromagnético la igualdad, neutralidad tecnológica, promoción de la competencia y evitación de prácticas abusivas (artículos 4º, 11 y 50), de lo cual deberán dar cuenta los acuerdos de acceso *roaming*.

Esto debido a que el deber de *permitir* hunde sus antecedentes en el canon 50 de la misma, el cual establece:

Principios del acceso, uso e interconexión. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro proveedor que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para asegurar los siguientes objetivos:

- 1. Trato no discriminatorio; con cargo igual acceso igual.**
2. *Transparencia.*
3. *Precios basados en costos más una utilidad razonable.*
- 4. Promoción de la libre y leal competencia.**
- 5. Evitar el abuso de la posición dominante.**
6. *Garantizar que en el lugar y tiempo de la interconexión no se aplicarán prácticas que generen impactos negativos en las redes... (negrilla fuera de texto).*

Sobre esta disposición se particularizó, en el artículo 4º de la resolución n.º 3101 de 10 de agosto de 2011 de la CRC¹², que es un principio y obligación del acceso e interconexión la *libre y leal competencia*, entendida como el deber de «*propiciar escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad*».

¹² Compilada por la resolución n.º 5050 de 10 de noviembre de 2016.

Luego, todos los preceptos que rigen este mercado deben entenderse de manera que se impida el favorecimiento de la posición de un determinado operador, menos aún del prevalente, y haga viable el ingreso de nuevos, sin que un entendimiento contrario pueda ser resguardado.

5.2.4. En consecuencia, la obligación de *permitir* no se agota con el simple hecho de que el operador actual suministre información, asista a reuniones o muestre su disposición a alcanzar algunos acuerdos en el proceso de negociación, como lo pretende la casacionista; sino que reclama que los nuevos operadores efectivamente accedan y usen las instalaciones esenciales de aquéllos que están instalados.

Por la misma senda, que la referida carga se instrumente por medio de *acuerdos de interconexión*, de ninguna manera significa que la obligación legal se satisfaga una vez los interesados celebren el convenio o, en defecto del mismo, se profiera una determinación administrativa que resuelva la controversia; este paso es tan sólo el inicial. Se suma que los operadores establecidos deben realizar las acciones que hagan viable la utilización de la infraestructura instalada, en los términos de la decisión de acceso, de suerte que quede en manos de los nuevos oferentes principiar la labor de promoción.

Un entendimiento diferente al dilucidado, además de vaciar de contenido la expresión *permitir*, desconocería la

finalidad concurrencial de las normas que gobiernan el mercado de las telecomunicaciones y la importancia de aumentar la competencia en el sector, por lo que no tiene ningún tipo de cabida.

5.3. La desatención de la carga antes dilucidada, huelga señalarlo, *«conllevará a una restricción a la comercialización a usuarios finales de aquellos servicios que están soportados en el espectro [4G]»*, por fuerza del anexo 4º de la resolución n.º 449 de 2013 del MinTic.

La palabra *«restricción»*, en su sentido básico, significa *«limitación»* o *«reducción»*¹³, en este caso, de los productos que *«están soportados en el espectro [4G]»*; dicho en otras palabras, es una exclusión para comercializar los nuevos productos hasta tanto se permita a los oferentes entrantes competir en condiciones de igualdad, sin afectar los que estaban operativos con anterioridad.

Para clarificar, la limitación prevista en la regulación se predica únicamente a los servicios objeto de la subasta para *«las bandas de 1.850 MHz a 1.990 MHz, 1.710 MHz a 1.755 MHz pareada con 2.110 MHz a 2.155 MHz y 2.500 MHz a 2.690 MHz»*, sin extenderse a los que estaban disponibles basados en las redes 2G y 3G, los cuales podían continuar ofreciéndose y prestándose.

¹³ Real Academia Española, op. cit.

La perspicuidad del regulador encuentra explicación en la importancia de promover la competencia, en especial, evitar prácticas discriminatorias y facilitar el ingreso de nuevos oferentes; objetivos que no se lograrían de permitirse que los prestadores actuales pudieran ofrecer los servicios subastados sin otorgar la misma oportunidad a los que pretenden competir en el mercado.

Excepción hecha de la posibilidad para que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones levante la restricción, «*cuando las partes hayan demostrado que hay operatividad total del roaming nacional*» (numeral 2º del anexo 4 de la resolución n.º 449 de 2013 del MinTic).

5.4. Fuera de discusión que los colofones precedentes deben compatibilizarse con los principios generales del derecho, en particular, la prohibición de abuso del derecho y de aprovecharse de su propia culpa, materias que, por ser ajenas a los cargos propuestos en casación, no serán objeto de reflexión.

6. Aplicadas las consideraciones precedentes a la resolución del caso concreto, prontamente se advierte que las acusaciones propuestas por Comcel no están llamadas a prosperar, ante la ausencia de un error de juzgamiento, en tanto la hermenéutica dispensada por el Tribunal al literal m del artículo 15 y el ordinal 2º del anexo 4º de la resolución n.º 449 de 2013 del MinTic, se aviene con su contenido normativo.

6.1. Recuérdase que la casacionista pretende derruir el fallo confutado con el argumento de que, las normas sobre uso y acceso a instalaciones esenciales, se entienden satisfechas una vez los interesados alcanzan acuerdos parciales tendientes a permitirlo y, en todo caso, los perjuicios deben calcularse máximo hasta la fecha en que se logre el convenio definitivo.

Así, en el embiste inicial, se criticó la pretermisión de los medios suasorios que demuestran los arreglos a que arribaron Comcel y Avantel en el trámite de negociación. En el subsiguiente se criticó la indebida interpretación de las normas sobre acceso, por exigirse que el convenio fuera total y operativo con el fin de satisfacer el requisito regulatorio. Por último, en el final se criticó que la tasación del daño se extendiera hasta la operatividad del acuerdo de *roaming* automático nacional.

6.2. Frente a lo expuesto, una vez decantado que las normas que gobiernan el mercado de las telecomunicaciones propenden por una sana competencia, caracterizada por promover el ingreso de nuevos operadores para la oferta de bienes y servicios, descuella que la hermenéutica de los cánones acusados debe hacerse dentro de este contexto, sin acudir a un literalismo que conduzca a vaciarlos de contenido.

De ahí que, mal podría asentirse en que un acuerdo *RAM* inoperativo y, por ende, insuficiente para permitir que

un nuevo oferente pueda participar en el mercado en condiciones de igualdad con lo ya establecidos, sea una justificación suficiente para entender cumplido un deber legal y reglamentario.

6.3. Luego, se descarta la existencia de un error de hecho por preterición de las pruebas que demuestran los progresos en la negociación de Comcel y Avantel, en particular, la resolución CRC4419 de 2014, los testimonios de Dani Bravo, Fernando Alfredo Parra Arango y Carmen Pilimur, comunicación de 19 de diciembre de 2013, interrogatorios de parte de los representantes legales de Comcel y Avantel, y acta de 5 de diciembre de 2013, como lo denunció la opugnante; en verdad estas pruebas lo único que dejan en evidencia es que los interesados no pudieron alcanzar un convenio integral y que, incluso después de la intervención de la CRC -resolución de 22 de mayo de 2014-, tardó un tiempo en ejecutarse -21 de agosto *idem*-.

Así lo concluyó adecuadamente el *ad quem*:

Por tal motivo, si en el presente caso Comcel inició la prestación y comercialización de los servicios de 4G desde el 13 de febrero de 2014, es decir, más de seis (6) meses antes de que entrara a operar el RAN con Avantel, conforme a lo dispuesto por la CRC, inevitablemente, desatendió el requisito establecido en la misma regulación concurrencial y su conducta comportó una violación de los preceptos antes citados.

Súmase a lo dicho, que la documental contentiva de la publicidad desplegada por Comcel S.A. y anunciada al público a través de la página web de 'Claro', da cuenta de que el operador inició la comercialización de sus servicios 4G antes de celebrar el acuerdo

de roaming con Avantel, hecho que, además de desconocer la normatividad, le otorgó una ventaja competitiva derivada no solo del posicionamiento que tenía por su antigüedad en el mercado, sino también por la anticipación de la oferta, que tratándose de innovación tecnológica cobra una mayor relevancia (folios 42 y reverso del cuaderno 13).

Dicho de otra forma, decantada la interpretación del literal m del artículo 15 y del ordinal 2º del anexo 4º de la resolución n.º 449 de 2013 del MinTic, en el sentido de que los acuerdos de acceso deben ser eficaces para garantizar que los operadores entrantes puedan promocionar los servicios 4G, ninguna relevancia tiene que se demostrara que Comcel y Avantel, desde el año 2013, lograran avenencias parciales, pues lo cierto es que el acceso efectivo a las instalaciones esenciales de Comcel para todo el territorio nacional únicamente se alcanzó a mediados del año siguiente.

6.4. Frente al cargo segundo, que propugna por una lectura literal de las normas que gobiernan los acuerdos RAM, lo cierto es que no revelan un *error in iudicando* en la decisión del Tribunal, pues su interpretación guarda perfecta correspondencia con los criterios gramatical, teleológico y sistemático de la resolución n.º 449 de 2013, como fue explicado en precedencia.

En este punto se comparte lo señalado por el *ad quem* en la determinación de 22 de marzo de 2018:

[N]o cabe ninguna duda que la celebración de acuerdos de roaming nacional, además de ser una condición para la asignación del espectro radioeléctrico (art. 2º de la citada resolución), era un

requisito sine qua non para la prestación de los servicios 4G a los consumidores.

A tal conclusión, también se puede llegar en virtud de lo regulado [en] el numeral 2º del Anexo 4º de la Resolución 449 de 2013, disposición que, como ya se dijo, coincide en su texto con el artículo 10º de la Resolución 2624 de 2013, mediante la cual el MinTic adjudicó a Comcel el uso del espectro radioeléctrico para los servicios 4G, en razón a que en los dos incisos finales, dicha norma establece que es una obligación de los asignatarios ‘adelantar’ los acuerdos de interconexión con los proveedores de redes que lo soliciten y el incumplimiento parcial o total de ese precepto ‘conlleva una restricción a la comercialización a usuarios finales’ de los servicios soportados en el espectro asignado...

Incluso, aún si existiera duda por la exegesis de la norma, bastaba con realizar una interpretación sistemática y observar que el numeral 7º del artículo 2º de la Resolución 449 de 2013 era lo suficientemente claro para señalar que la prestación de los servicios 4G estaba supeditada al cumplimiento de la celebración de los acuerdos de roaming de los asignatarios con los proveedores que lo solicitaran, tal y como sucedió en este caso entre Comcel y Avantel.

Es más, la teleología de estas disposiciones, según las motivaciones de la Resolución 449 de 2013 también deja entrever que en un escenario oligopólico como el de las telecomunicaciones en nuestro país, donde son pocos los competidores y uno de ellos tiene una posición dominante (Comcel), la finalidad de la subasta del espectro para los servicios 4G donde participaron, además de los proveedores más grandes (Tigo, Movistar y Comcel), la presencia de nuevos competidores, se vería desdibujada si las reglas mínimas previstas para garantizar la entrada al mercado en un plano de igualdad de los operadores entrantes no con observadas ni atendidas por los asignatarios (folios 41 y 43).

Por consiguiente, la crítica elevada por Comcel tiene cerrada cualquier vocación de prosperidad.

6.5. Por último, con relación a la propuesta hermenéutica tendiente a que la indemnización de perjuicios únicamente se cuantifique hasta la fecha en que se profirió la resolución n.º 4508 el 22 de mayo de 2014, a partir de la distinción entre celebración y ejecución del acuerdo de acceso, tampoco guarda coherencia con los preceptos que gobiernan la controversia.

Y es que, a título de reiteración, la expresión «*permitir*» no se agota con el hecho de que el convenio se haya perfeccionado, sino que reclama su puesta en funcionamiento, como garantía de una sana competencia en el sector de las telecomunicaciones y la promoción de nuevos oferentes.

Así lo advirtió de forma correcta el sentenciador de alzada:

...los acuerdos de interconexión, por lo menos, en el esquema creado para el caso colombiano, configura un elemento esencial, a tal punto que la comercialización de los servicios 4G está supeditada a su implementación en caso de ser requeridos, como previamente se dijo» (folio 46); esto debido a que «quien sale primero al mercado a ofertar un producto relativamente novedoso como es la tecnología 4G, es pionero en la conquista de nueva clientela, en detrimento o perjuicio de quien aún no sale a ese mercado, como razones de una conducta atribuida al primero (folio 47 reverso).

7. Es consecuencia de lo explicado que las acusaciones están llamadas al fracaso, no sólo por sus deficiencias técnicas, sino porque el Tribunal aplicó correctamente el

ordenamiento jurídico que gobierna los acuerdos de acceso de *roaming* automático nacional.

8. En punto a la condena en costas, el inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso dispone que *«[s]i no prospera ninguna de las causales alegadas, se condenará en costas al recurrente, salvo en el caso de que la demanda de casación haya suscitado una rectificación doctrinaria»*.

Como en el caso el recurso de casación no salió avante, procede disponer que las costas sean a cargo de la recurrente. Las agencias en derecho se tasarán por el magistrado ponente, con sujeción al numeral 3 del artículo 366 *ibidem* y las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, para lo cual se tendrá en cuenta que el escrito de sustentación del remedio fue replicado.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia de 22 de marzo de 2018, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso promovido por Avantel S.A.S. contra Comcel S.A.

Se condena en costas a la recurrente en casación. Por secretaría inclúyase en la liquidación la suma de veinte (20)

s.m.l.m.v., por concepto de agencias en derecho que fija el magistrado ponente.

Oportunamente devuélvase el expediente a la corporación de origen.

Notifíquese

FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUÍS ARMANDO TOLOSA VILLABONA