

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015).

Radicación: 250002331000200900636-01
Expediente: 39.900
Ejecutante: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.
Naturaleza: Ejecutivo contractual

Como el proyecto de auto elaborado por el señor Consejero conductor del caso no obtuvo los votos suficientes para ser aprobado, se presenta, a continuación, la ponencia que refleja la posición mayoritaria de la Sala.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante, contra el auto del 29 de abril de 2010, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "A", mediante el cual se negó el mandamiento de pago solicitado por Telefónica Móviles Colombia S.A. contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. –ETB S.A. E.S.P.-.

ANTECEDENTES.-

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 24 de agosto de 2009 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Telefónica Móviles Colombia S.A., actuando por conducto de apoderado, formuló demanda ejecutiva contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., para que se libre mandamiento de pago por las siguientes sumas:

"2.1.1. Por la suma de **CUARENTA Y UN MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTIÚN PESOS CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$41.272.833.321.69)**, correspondiente a la diferencia entre el valor cancelado por la ETB y el valor fijado por la

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

Resolución CRT 463 de 2001 por concepto de cargos de acceso de tráfico (sic) internacional entrante cursado desde el 1 de junio de 2002 hasta el 30 de septiembre de 2005, de conformidad con la decisión adoptada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (sic) mediante las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005, debidamente actualizados, con adición del IVA correspondiente a esta suma.

"2.1.2. Por los intereses de mora sobre la cantidad líquida identificada en el anterior numeral 2.1.1. de las pretensiones, liquidados a la tasa máxima legal autorizada vigente, desde el 18 de octubre de 2005, fecha en que la CRT notificó a la ETB su decisión sobre la controversia puesta a su conocimiento, hasta que se cancele totalmente la obligación".

"2.2. Que la demandada pague las costas y gastos que genere el presente proceso" (fls. 2 y 3, C. 1).

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden compendiar así:

2.1.- El 11 y el 18 de noviembre de 1998, fueron celebrados sendos contratos de acceso, uso e interconexión de redes, entre Cocolco¹ y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. y entre esta última y Celumovil S.A.².

2.2.- A través de los citados contratos, se establecieron las condiciones técnicas, financieras, comerciales, operativas y jurídicas bajo las cuales se interconectaría la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia internacional de la ETB S.A. E.S.P. con la red de telefonía celular de los mencionados operadores.

2.3.- En la cláusula decimosegunda del anexo 2 del contrato celebrado entre Cocolco S.A. y la ETB S.A. E.S.P. y en la cláusula novena del suscrito entre Celumovil S.A. y la ETB S.A. E.S.P., quedó pactada la forma de remuneración por el uso de la red de telefonía móvil celular, en la terminación de llamadas internacionales entrantes, así:

¹ Señala la demanda que Celumovil absorbió a Cocolco, luego cambió su nombre por el de Bellsouth y, posteriormente, lo cambió por el de Telefónica Móviles Colombia S.A.

² Advierte la demanda que Celumovil cambió su nombre por el de Bellsouth y, posteriormente, lo cambió por el de Telefónica Móviles Colombia S.A.

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

“ETB pagará al OPERADOR CELULAR, por minuto o proporcionalmente por fracción de llamada completada, en la terminación de llamadas internacionales entrantes a través de la interconexión directa entre las partes, el valor equivalente al cargo de acceso que pagan los Operadores (sic) de Larga (sic) distancia por el acceso a la red de TPBC local de acuerdo al (sic) valor estipulado en la regulación vigente, o que se establezca por la CRT como cargo de acceso a pagar por los Operadores (sic) de larga Distancia (sic) a los Operadores (sic) de TPBCL”.

2.4.- A través de la Resolución 463 de 2001, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones estableció los cargos de acceso a las redes de telefonía móvil celular que eran utilizadas por los operadores de larga distancia internacional.

El artículo 1º de la resolución en cita dispuso que la sección II del capítulo II del título IV de la Resolución CRT 087 de 1997 (obligaciones tipo B) tendría, entre otros, el siguiente artículo (fl. 4, C. 1):

“Artículo 4.2.2.19: CARGO DE ACCESO A LAS REDES DE TELEFONÍA. A partir del primero de enero de 2002, los operadores telefónicos deberán ofrecer por lo menos las siguientes dos opciones de cargos de acceso a los operadores que les demanden interconexión:

		Opción 1: Cargos de acceso máximos por minuto (1)			
		Al 1-01-02	Al 1-01-03	Al 1-01-04	Al 1-01-05
1. RED DE TPBC	Grupo de empresas				
	UNO	\$ 49.35	\$ 43.26	\$ 37.16	\$ 31.07
	DOS	\$ 50.98	\$ 46.50	\$ 42.03	\$ 37.56
	TRES	\$ 53.59	\$ 51.73	\$ 49.87	\$ 48.01
2.	Redes de TMC y PCS (3)	\$ 66.92	\$ 97.49	\$ 142.02	\$ 206.90

2.5.- El artículo 5º de la mencionada Resolución 463 dispuso que los operadores de TMC y TPBCLD que lo desearan podían mantener las condiciones y valores vigentes a la fecha de expedición de la resolución o acogerse en su totalidad a las condiciones previstas en ella, para todas sus interconexiones.

2.6.- La ETB S.A. E.S.P. escogió el esquema de remuneración que fijó la Resolución 463 de 2001, según lo determinó la CRT en las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005.

2.7.- Pese a lo anterior, la ETB S.A. E.S.P. se negó a pagarle a Telefónica los valores establecidos en la Resolución 463 de 2001, por concepto de la remuneración de sus redes y, siguiendo su criterio, pagó unos valores inferiores.

2.8.- Por lo anterior, Telefónica solicitó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones -CRT- que interviniera, para dirimir las diferencias surgidas con la ETB S.A. E.S.P.

2.9.- En consecuencia, la CRT se pronunció, en primera instancia, mediante la Resolución 1269 del 28 de julio de 2005 y, pese a que en dicho acto señaló que “... corresponde a la ETB remunerar todas sus interconexiones según las condiciones definidas en la Resolución CRT 463 de 2001 ... ” (fl. 4, C. 1), resolvió “... Negar la solicitud de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. (sic) por carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001 ...” (fls. 4 y 5, C. 1).

2.10.- La decisión fue recurrida por Telefónica Móviles Colombia S.A. y la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –CRT- resolvió el recurso mediante la Resolución 1303 del 29 de septiembre de 2005, en cuya parte resolutive admitió la reposición y aclaró el artículo 1º de la resolución recurrida, en el sentido de indicar que, “... si bien **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** no tiene derecho a elegir entre las opciones de cargos de acceso definidos en la Resolución CRT 463 de 2001, a la interconexión existente entre la RED de TMC de dicho operador y l (sic) la RTPBCLDI de **ETB S.A.** sí se le aplica el concepto de integralidad definido en la parte final del artículo 5 de la mencionada resolución, (sic) en consecuencia (sic) esta interconexión deberá remunerarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997” (fls. 5 y 6, C. 1).

2.11.- Pese a lo anterior, la ETB se negó a pagar las facturas que le presentó Telefónica Móviles Colombia S.A., con base en lo decidido por la CRT.

2.12.- Telefónica Móviles Colombia S.A. convocó un Tribunal de Arbitramento, el cual profirió decisión favorable a sus intereses; sin embargo, el laudo fue anulado por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 1º de abril de 2009, por cuanto el conflicto había sido resuelto por la CRT a través de las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005 y tal circunstancia impedía acudir a la instancia arbitral.

2.13.- Por lo anterior, es claro que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –CRT- resolvió el conflicto y estableció que era obligación de la ETB S.A. E.S.P. remunerar la red de Telefónica Móviles Colombia S.A. conforme a la opción 1 del artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463 de 2001.

La obligación derivada de las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005 es clara, expresa y actualmente exigible, pues, aunque no expresa la cifra numérica que debe pagar la ETB S.A. E.S.P a Telefónica S.A., la cantidad adeudada es liquidable por simples operaciones aritméticas.

2.14.- El número de minutos terminados en las redes de TMC de Telefónica no ofrece discusión, pues éstos eran conciliados mes a mes, según consta en las actas suscritas por la misma ETB (fls. 1 a 21, C. 1).

3.- La providencia impugnada.-

Mediante auto del 29 de abril de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A” negó el mandamiento de pago solicitado.

Para fundamentar su decisión, señaló que el título aducido con la demanda ejecutiva no cumple las condiciones formales previstas por el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, porque no se trata de un documento emanado del deudor, “... ni de una providencia judicial o de policía o de un acto administrativo contractual con fuerza ejecutiva ...” (fl. 71, C. Consejo).

Señaló que, en este caso, se aducen como título base de la ejecución unos actos administrativos proferidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que resolvieron una actuación administrativa iniciada por solicitud de la ejecutante, pero tales documentos no corresponden a alguno de los enunciados por la norma en cita (artículo 448 del C. de P.C.), para que presten mérito ejecutivo.

Adicionalmente, sostuvo que las cláusulas de los contratos suscritos por las partes, para el pago de las tarifas a cargo de la ETB S.A. E.S.P., no ofrecen las condiciones para considerar que la obligación es expresa, dado que “... su

redacción no es precisa en cuanto a los términos y condiciones en que se aplica la regulación sobre tarifas previstas para tal fin ..." (fl. 72, C. Consejo).

Luego de transcribir las cláusulas novena del contrato celebrado entre Celumóvil S.A. y ETB S.A. E.S.P. y decimosegunda del suscrito entre esta última y Cotelco S.A., el Tribunal precisó que las tarifas acordadas por las partes eran, provisionalmente, las que estuvieran reguladas por la CRT, mientras las mismas partes llegaban, dentro de los noventa (90) días siguientes a la celebración de los respectivos contratos, a un acuerdo sobre la tarifa definitiva, sin que ésta pudiera ser inferior a la prevista en la regulación.

Sólo en caso de incumplir el plazo señalado y la condición de un mayor valor, el cargo fijado por la CRT sería, automáticamente, el definitivo.

En este caso, no hubo consenso sobre *"... el valor definitivo de las tarifas, por lo que (sic) cumplida la condición de plazo de los 90 días, debía tenerse automáticamente el valor fijado por la CRT"* (fl. 73, C. Consejo).

Añadió el Tribunal que, *"... para dicho momento, la regulación de la CRT existente estaba contenida en la Resolución 087 de 1997 que en su artículo 4.2.2.19 establecía ..."* (ibídem) dos opciones: una correspondiente al pago de acceso por minutos y otra relacionada con el pago de acceso por capacidad, por lo que, en sentir del a quo, *"... la tarifa 'definitiva' no estaba expresada de manera unívoca en la regulación vigente a la fecha de suscripción de los contratos"* (fls. 73 y 73 vto. C. Consejo), de modo que, *"...ante la posibilidad de que la ETB seleccione cualquiera de las opciones, no es dable concluir que en ausencia de su manifestación, la CRT hubiese decidido que fuera una de ellas"* (fl. 74 vto., C. Consejo).

A lo anterior agregó:

*"... la Resolución CRT 087 de 1997, (sic) fue modificada por la **Resolución 463 del 27 de abril de 2001** (sic) 'por medio de la cual se modifica (sic) el Título IV y el Título V de la resolución 087 de 1.997 y se dictan otras disposiciones', la cual a su vez fue derogada por la Resolución de la CRT No. 469 del 4 de enero de 2002 'por medio de la cual se modifica la Resolución CRT 087 de 1997 y se expide un Régimen Unificado de Interconexión'..."* (ibídem).

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

Pese a señalar que la Resolución CRT 463 de 2001 (modificatoria de la Resolución CRT 087 de 1997) se encuentra derogada, el Tribunal dijo que la obligación no era clara, porque no era liquidable a través de una simple operación aritmética, en la medida en que, para el efecto, era necesario determinar cuál de las dos opciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997 era aplicable, es decir, si el pago de acceso por minutos o si el pago por capacidad, sin que la ejecutante pudiera optar por una de tales opciones.

Para finalizar, el Tribunal sostuvo:

“... la Sala advierte que la pretendida aplicación de la opción de cargos de acceso por minuto correspondería a una pretensión propia de la acción de controversias contractuales, regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, tal como la ejecutante demandó al Tribunal Arbitral, cuyo laudo fue anulado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, puesto que a través de dicho proceso ordinario es como podría verificarse el alcance de las obligaciones contractuales y los criterios para su cumplimiento, porque se trata de establecer la base para el pago de los servicios, y los factores que deben aplicarse, aspectos que escapan al proceso ejecutivo” (fl. 75, C. Consejo).

Uno de los Magistrados que integra la Sala del Tribunal salvó su voto, por cuanto, en su opinión, el Tribunal no podía desconocer la cláusula remuneratoria pactada en los contratos.

Para fundamentar su posición, señaló que las partes de los contratos no fijaron expresamente el monto de la remuneración, sino que acordaron que la misma fuera determinada por la resolución tarifaria vigente o la que estableciera la CRT, de tal manera que no es cierto que los documentos allegados por el ejecutante no prestaran mérito ejecutivo.

Por otra parte, sostuvo que no es válido en esta etapa procesal definir “... **si efectivamente existe una derogatoria de los actos administrativos y especialmente cuales (sic) son los efectos de esa derogatoria, frente a la cláusula contractual que pactaron las partes**” (fl. 78 vto., C. Consejo).

A lo anterior añadió que, si existiera una derogatoria, ésta surtiría efectos hacia el futuro y no de manera retroactiva y, por consiguiente, no le restaría valor a la cláusula remuneratoria pactada en el contrato (fls. 78 y 79, C. Consejo).

4.- El trámite en segunda instancia.-

Mediante auto del 22 de julio de 2010, el Tribunal concedió el recurso de apelación y, mediante auto del 11 de febrero de 2011, fue admitido por esta Corporación.

4.1.- El recurso de apelación.-

Sostiene el recurrente que, en este caso, existe un título ejecutivo simple, constituido por las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005, las cuales contienen una obligación clara, expresa y exigible a favor de Telefónica y en contra de la ETB.

Precisó que la decisión de presentar la demanda ejecutiva tiene origen en las decisiones administrativas y judiciales que le antecedieron y, para el efecto, hizo un recuento (i) de la celebración del contrato, (ii) del conflicto que se suscitó en cuanto al pago de los cargos de acceso, (iii) del inicio de la actuación administrativa ante la CRT para que fuera ésta la que dirimiera el conflicto surgido entre las partes, (iv) de la decisión que adoptó la Comisión de Regulación en torno a la tarifa aplicable, (v) del desconocimiento de la ETB a lo decidido por el ente regulador, (vi) de la convocatoria del Tribunal Arbitral y del laudo proferido, favorable a los intereses de Telefónica y (vii) del recurso extraordinario de anulación que terminó con la decisión de anular el laudo proferido por el Tribunal Arbitral.

En relación con este último (el recurso de anulación), precisó que el Consejo de Estado anuló el laudo arbitral, porque -en su sentir- la controversia entre las partes, en torno a la tarifa de los cargos de acceso, había sido decidida previamente por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, a través de las resoluciones que se invocan como título base de recaudo ejecutivo y, por consiguiente, no era válido que Telefónica acudiera a la instancia arbitral, para obtener pronunciamiento sobre la misma materia.

Por consiguiente, en opinión del recurrente la ejecución es viable, teniendo en cuenta que: (i) el laudo arbitral fue anulado, (ii) la anulación se produjo, porque el conflicto entre las partes había sido decidido, mediante acto

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

administrativo, en forma favorable a Telefónica, (iii) existen sumas pendientes de pago por parte de la ETB, (iv) las decisiones de la Comisión de Regulación se encuentran en firme, (v) la ETB se rehúsa a pagar lo adeudado y (vi) según lo precisó el Consejo de Estado, a través de la providencia que decidió el recurso extraordinario de anulación, las decisiones de la CRT prestan mérito ejecutivo.

Añadió el recurrente:

“... de no ser ejecutables tales decisiones de la Comisión, los operadores que obtengan una decisión favorable antes las Comisiones, (sic) no tendrán la posibilidad de hacerla efectiva, y tampoco la opción de acudir a un tribunal de arbitramento ni a la justicia contencioso administrativo (sic) –por carecer de acción- lo que desembocaría en una clara denegación de justicia y en una consecuente vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia;

“... no tendría entonces ningún sentido que la ley le hubiera conferido a las comisiones de regulación la posibilidad de resolver conflictos, sin que sus decisiones pudieran ejecutarse, quedando la parte favorecida a merced de la voluntad de su contraparte de cumplir o no la decisión adoptada” (fl. 89, C. Consejo).

Cuestionó el hecho de que Telefónica obtuvo pronunciamiento favorable de la CRT, en la medida en que le ordenó a ETB remunerar la interconexión conforme a la opción 1 del artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997 y que, no obstante, cuando pretende ejecutar la obligación, el Tribunal a quo “... *atendiendo todos los argumentos del apoderado de la ETB, decide denegar el mandamiento de pago recomendándole convocar un tribunal de arbitramento*” (fl. 89, C. Consejo).

Por otra parte, sostuvo el recurrente que, contrario a lo dicho por el Tribunal, las resoluciones de la CRT son providencias que prestan mérito ejecutivo, según lo establecen los artículos 64 del C.C.A. y 488 del C. de P.C., en la medida en que se trata de decisiones vinculantes y obligatorias, proferidas en ejercicio de la facultad de dirimir las controversias que se susciten entre los operadores, contemplada en los artículos 73 de la Ley 142 de 1994, 22 (numeral 9) de la Ley 1341 de 2009 y 32 de la Resolución 432 de 2000 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Asimismo, precisó el recurrente que en el proceso ejecutivo no es válido cuestionar la legalidad de las resoluciones de la CRT, pues ello sólo es

procedente en los procesos ordinarios promovidos en ejercicio de las acciones de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho o de controversias contractuales. Así, la disertación del a quo sobre “... las cláusulas del contrato, la posibilidad de escoger entre minuto o capacidad, la derogación de la resolución CRT 463 de 2.001 es ... improcedente ... porque su competencia ... en esta sede se contrae a establecer la existencia o no de un título ejecutivo” (fl. 96, C. Consejo).

Por último, el apelante calificó de contradictoria y violatoria del derecho de acceso a la administración de justicia la manifestación del Tribunal en torno a que la aplicación de la opción de cargos de acceso por minutos corresponde a una pretensión propia de la acción de controversias contractuales, pues, precisamente, el laudo arbitral fue anulado por el Consejo de Estado, porque ya existía decisión de fondo de la CRT sobre tal aspecto (fls. 82 a 98, C. Consejo).

4.2.- La oposición al recurso de apelación.-

La **ETB S.A. E.S.P.** compareció al proceso, por conducto de apoderado, para oponerse a la prosperidad del recurso.

Como preámbulo, la ETB sostuvo que: (i) el demandante tergiversó la providencia del Consejo de Estado que anuló el laudo arbitral, para hacer creer que dicha Corporación había deducido la existencia de un título de recaudo ejecutivo a favor de Telefónica y en contra de la ETB, (ii) la apelación está cimentada sobre una norma derogada, (iii) la obligación que se pretende ejecutar consiste en el ilegal cobro de las sumas resultantes de la indebida interpretación de dos resoluciones que perdieron fuerza ejecutoria, por la derogación de la norma que les sirvió de sustento, (iv) el apelante pretende concretar, por sí y ante sí, la asunción de competencia para ejecutar unos actos administrativos sin fuerza ejecutoria, (v) Telefónica pretende constituir un título ejecutivo con base en dos actos administrativos proferidos con base en un disposición declarada nula y (vi) la ejecutante aportó copias auténticas de las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005, sin la constancia de ser primeras copias, que son las que prestan mérito ejecutivo, en los términos del inciso segundo del numeral 2 del artículo 115 del C. de P.C.

Señaló que, las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005 y el laudo arbitral que fue anulado por el Consejo de Estado impusieron unas obligaciones a cargo de la ETB, con fundamento en la Resolución 463 de 2001, la cual fue derogada por la misma CRT cuatro días después de su entrada en vigencia. Esto significa que las citadas resoluciones 1269 y 1303, que se invocan como título de recaudo ejecutivo, fueron proferidas bajo la premisa de que la Resolución 463 de 2001 estaba vigente; pero, en realidad, ésta había sido derogada tres años atrás. Así lo advirtió la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 21 de agosto de 2008 (exp. 2003-00047).

Por otra parte, sostuvo que las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005, aparte de que no se identifican con uno de aquellos documentos que prestan mérito ejecutivo en los términos del artículo 488 del C. de P.C., no contienen una obligación clara, expresa y exigible, pues no contienen una cifra numérica precisa o que sea liquidable por simple operación aritmética.

Precisó que las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005 perdieron fuerza ejecutoria, pues el fundamento de derecho que les daba origen, es decir, la norma general que las fundamentaba fue declarada nula por el Consejo de Estado, a través de la citada sentencia del 21 de agosto de 2008, de modo que tales actos no están vigentes ni son obligatorios para los administrados, al margen de que no exista declaración judicial en tal sentido (fls. 141 a 157, C. Consejo).

4.3.- La solicitud de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.-

Por petición de la parte ejecutante, mediante auto del 18 de noviembre de 2013 la Sala ordenó oficiar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para que efectuara la interpretación "*prejudicial*" de los artículos 122 y 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 30 (inciso final) y 34 de la Decisión 462 de 1999 de la Comisión de la Comunidad Andina y 32 y 34 de la Resolución 432 de 2000 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

Hecha la solicitud respectiva, ésta fue respondida mediante oficio 437-S-T-TJCA-2014, del 16 de julio de 2014, firmado por el Secretario General del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante el cual remitió a este proceso copia certificada de la providencia del 18 de junio de 2014, contentiva de la interpretación prejudicial de las normas indicadas en precedencia.

En la citada providencia, el Tribunal dijo, en síntesis, que: (i) la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es facultativa cuando la sentencia del juez es susceptible de recursos dentro del ordenamiento jurídico interno y es obligatoria cuando la sentencia no es susceptible de recursos en el derecho interno, (ii) la autoridad competente para resolver los conflictos de interconexión, en caso de desacuerdo entre las partes es, en el caso de Colombia, la CRC³, la cual goza de competencia exclusiva y excluyente para solucionar los conflictos que se presenten en la “... ejecución de la interconexión ...” (fl. 282, C. Consejo), con la advertencia de que contra la decisión adoptada por la autoridad de comunicaciones “... se puede acudir a los mecanismos nacionales de impugnación de actos administrativos, y en este evento se deberá utilizar, en la instancia pertinente, la figura de la interpretación prejudicial ...” (ibídem), (iii) como el caso particular “... ya había sido resuelto por la CRT (hoy CRC) ... la vía idónea para controvertir lo decidido es la acción de incumplimiento comentada o la vía nacional en el marco del artículo 31 atrás referido. En este orden de ideas (sic) el Tribunal de arbitramento consultante (sic) no goza de competencia para resolver el asunto particular” (fls. 282 y 283, C. Consejo), (iv) la demanda ejecutiva “... planteada por Telefónica Móviles de Colombia S.A., (sic) se encuentra fundamentada en las resoluciones 1269 y 1303 de 2003, (sic) expedidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, siendo la resolución 1303 la que aceptó el recurso de reposición interpuesto ...” (fl. 283, C. Consejo) y, si bien la normativa de la comunidad andina no hace alusión a lo que se entiende por título ejecutivo, lo cierto es que “... si en el caso en análisis en efecto debe entenderse si las resoluciones emitidas por la autoridad administrativa a (sic) consecuencia de las obligaciones surgidas por los contratos de interconexión en sí constituyen título habilitante para solicitar un mandamiento de ejecución de pago, sin embargo de lo cual, (sic) y dentro de

³ Comisión de Regulación de Comunicaciones.

sus atribuciones, le compete interpretar lo que la norma andina refleja en cuanto a los efectos de las decisiones tomadas por la autoridad nacional, en cuanto al tema de telecomunicaciones" (fl. 284, C. Consejo), (v) en este caso, "... siendo la CRC, la autoridad competente, la cual ya se pronunció respecto al conflicto entre Telefónica Móviles S.A. y ETB, es mandatorio que exista la forma de ejecutar la resolución dictada por la autoridad competente, (sic) no puede quedar en el limbo jurídico que se haya decidido sobre las obligaciones contractuales asumidas por las partes y que esto quede tan solo plasmado en un papel ..." (fl. 284, C. Consejo) y (vi) "... la autoridad competente debe determinar claramente la obligación a ser ejecutado (sic), ya que (sic) de lo contrario (sic) no podría ser la base para iniciar un proceso ejecutivo" (fls. 267 a 288, C. Consejo).

4.3.1.- Los pronunciamientos de las partes respecto de la interpretación prejudicial.

Por auto del 1º de agosto de 2014, el Consejero conductor del proceso ordenó poner a disposición de las partes el documento contentivo de la interpretación prejudicial, oportunidad en la cual manifestaron, en síntesis:

4.3.1.1.- Telefónica Móviles Colombia S.A. acogió las apreciaciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, referidas a que el conflicto surgido con la ETB fue dirimido por la CRT mediante las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005 y a que tales decisiones no pueden quedar en el limbo jurídico, sino que deben cumplirse. Preciso que tales resoluciones contienen una obligación clara, expresa y exigible, razón por la cual se debe revocar el auto recurrido y, en su lugar, librar mandamiento de pago (fls. 291 a 295, C. Consejo).

4.3.1.2.- La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. sostuvo que, cuando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dijo que las resoluciones de la CRT no pueden quedar en el limbo jurídico, no lo hizo para señalar que tales resoluciones tenían el carácter de verdaderos títulos ejecutivos, sino que lo hizo para hacer ver la necesidad de que ésta fijara el procedimiento para la ejecución de sus resoluciones.

En opinión de la ETB, el mencionado Tribunal fue muy claro al señalar que, para que las resoluciones que resuelven los conflictos fueran consideradas títulos ejecutivos, debían contener una obligación clara, expresa y exigible.

En este caso, "... ni la CRC fijó un procedimiento para la ejecución, con arreglo al derecho interno, ni los actos administrativos contienen una obligación expresa clara y exigible ... ni en ellos se contiene cuantificación alguna de la supuesta prestación y tampoco está sugerida una fórmula remisoria a otros documentos de cualquier naturaleza o a otro criterio que permita definir y concretar el monto de la misma ..." (fls. 298 y 299, C. Consejo).

CONSIDERACIONES

I.- Competencia.-

El Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó el mandamiento de pago solicitado por Telefónica Móviles Colombia S.A. –Telefónica- contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. –ETB S.A. E.S.P.-, en los términos de los artículos 75 de la Ley 80 de 1993, 505 del C. de P.C. y 129 y 132 (numeral 7) del C.C.A., normas que se hallaban vigentes para la fecha en que fue promovida la demanda que dio origen a la actuación que ahora se decide.

En efecto, se pretende a través del presente proceso hacer exigibles las obligaciones emanadas de dos contratos estatales⁴, en los cuales son partes la ejecutante y la ejecutada; por ende, el conocimiento del asunto corresponde a esta jurisdicción, en los términos del artículo 75 de la Ley 80 de 1993⁵.

⁴ Según el criterio orgánico o subjetivo que informa el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues una de las partes (la ETB S.A. E.S.P.) es una entidad estatal de aquellas definidas por el artículo 2 ibídem.

⁵ El artículo 75 de la Ley 80 de 1993 dispone, en lo pertinente:

"Del Juez Competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo ..." (subraya fuera del texto).

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación interpretó el contenido de la norma en cita, en el sentido que cuando la norma hizo alusión a los "*procesos de ejecución*" se refirió, ciertamente, a la ejecución de obligaciones ya definidas por voluntad de las partes o por decisión judicial, con lo cual se materializó el principio según el cual el juez de la acción es el mismo de la ejecución (ver auto del 29 de noviembre de 1994, S-414).

El auto recurrido es apelable, según lo dispuesto por el artículo 505 del C. de P.C. y fue proferido en un proceso con vocación de doble instancia, tal como lo prevé el artículo 132 (numeral 7 del C.C.A), por cuanto la cuantía del proceso asciende a \$41.272'833.321.69 (pretensión 2.1.1 de la demanda, fl. 2, C. 1).

Para la época de interposición de la demanda⁶, eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos ejecutivos cuya cuantía excediera de \$745'350.000.00, equivalentes a 1.500 salarios mínimos legales mensuales, monto que, como se puede observar, se encuentra ampliamente superado.

Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra los autos susceptibles de tal tipo de impugnación que sean proferidos por los Tribunales Administrativos, en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

II.- Análisis del recurso.-

La parte ejecutante, Telefónica Móviles Colombia S.A., pretende que se libere mandamiento de pago a su favor y en contra de la ETB S.A. E.S.P., por la diferencia existente entre el valor pagado por esta última y el valor de la tarifa fijado en la Resolución CRT 463 de 2001, en relación con los cargos causados por la interconexión entre la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia internacional de ETB –TPBCLDI- y la red de telefonía móvil de celular –TMC- de Telefónica, en las llamadas internacionales entrantes y terminadas, por el período comprendido entre 1 de junio de 2002 y el 30 de septiembre de 2005, diferencia que se estima en \$41.272'833.321.69, más IVA e intereses de mora.

Con la demanda ejecutiva fueron aportados en copia auténtica dos contratos de acceso, uso e interconexión entre la red de telefonía móvil celular y la red de telefonía pública conmutada de larga distancia de la ETB que son la fuente de la obligación cuyo pago se reclama a través de este proceso.

⁶ 24 de agosto de 2009.

1.- El primero de esos contratos fue celebrado el 11 de noviembre de 1998, entre Cotelco S.A. y ETB S.A. E.S.P., con el fin de regular las relaciones originadas en la interconexión entre las redes de las sociedades contratantes, especialmente en lo concerniente a las condiciones de carácter técnico, comercial, operativas y económicas.

La cláusula decimosegunda del anexo 2 del contrato en cita, relacionado con los aspectos financieros, comerciales y administrativos, dice:

REMUNERACION POR EL USO DE LA RED DE TMC EN LA TERMINACION DE LLAMADAS INTERNACIONALES ENTRANTES: ETB S.A. pagará a **COCELCO S.A.**, por minuto o proporcionalmente (sic) por fracción de llamadas completada, (sic) en la terminación de llamadas internacionales entrantes a través de la interconexión directa entre las partes, el valor equivalente al del cargo de acceso que pagan los operadores de larga distancia por el acceso a la red de TPBC local de acuerdo al (sic) valor estipulado en la regulación vigente o que se establezca por la CRT como cargo de acceso a pagar por los operadores de larga distancia a los operadores de TPBCL. Este valor es provisional mientras las partes definen el valor definitivo a pagar por este concepto. En ningún caso el valor definitivo a pagar podrá ser menor a esta suma.

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

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

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

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

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

“Las partes reconocen y acuerda (sic), que los valores acordados en la presente cláusula no están referenciados al costo por uso de la red celular de

COCELCO S.A. sino que son productos (sic) de negociaciones comerciales" (fls. 116 y 117, C. 3).

El segundo de los contratos atrás mencionados fue celebrado entre Celumóvil S.A. y ETB S.A., el 13 de noviembre de 1998 y, en la cláusula novena del mismo, las partes pactaron igual forma de remuneración, por el acceso a la red de TMC, que la prevista en el contrato celebrado con Cotelco S.A., la cual se acaba de transcribir (cfr. fls. 49 a 51, C. 3).

Así, pues, de los citados contratos se desprende que las partes pactaron que el acceso a la red de TMC de Celumóvil S.A. y Cotelco S.A. sería remunerado por la ETB S.A. E.S.P. **por minuto** o por fracción de llamada entrante, completada a través de la interconexión directa entre las partes, de modo que cada vez que la ETB recibiera a través de su red de TPBCLDI una llamada y la interconectara a través de la red de TMC para completarla, tenía que pagar una remuneración al dueño de la red utilizada, bajo el esquema de minuto o fracción.

2.- Al proceso fue allegado el certificado de existencia y representación legal de Telefónica Móviles Colombia S.A., según el cual: (i) mediante escritura pública 0003359 del 24 de octubre de 1997, de la Notaría 35 de Bogotá, fue constituida la sociedad Celumóvil S.A. como resultado de la fusión hecha entre las sociedades Celular Móvil de Colombia S.A. y Celumóvil de la Costa S.A., (ii) mediante escritura pública 0000686 del 3 de abril de 2001, de la Notaría 35 de Bogotá, la sociedad Celumóvil S.A. cambió su nombre por el de Bellsouth Colombia S.A., (iii) mediante escritura pública 0000120 del 21 de enero de 2005, de la Notaría 35 de Bogotá, Bellsouth Colombia S.A. cambió su nombre por el de **Telefónica Móviles Colombia S.A.** y (iv) mediante escritura pública 002 del 2 de enero de 2001, de la Notaría 35 de Bogotá, Telefónica Móviles Colombia S.A. "... *ABSORBIO MEDIANTE FUSION ...*" (fl. 1, C. 3) a la Compañía Celular de Colombia -Cotelco S.A.- (fls. 1 a 31, C. 3).

Lo anterior significa que los derechos y obligaciones de Cotelco S.A. y de Celumóvil S.A. fueron asumidos por Telefónica Móviles Colombia S.A.

3.- El 20 de abril de 2005, Telefónica acudió a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones CRT (hoy CRC⁷), para que dirimiera el conflicto que se suscitó con la ETB por el pago de la remuneración de la interconexión directa entre la red de TPBCLDI y la red TMC, con ocasión de los contratos celebrados el 11 y el 13 de noviembre de 1998. La actuación administrativa culminó con la expedición de las Resoluciones CRT 1269 del 28 de julio de 2005 y 1303 del 29 de septiembre del mismo año, las cuales fueron aportadas con la demanda, en copia auténtica.

La Resolución CRT 1269 del 28 de julio de 2005 resolvió *“Negar la solicitud de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. (sic) por carecer de legitimidad para ejercer el derecho consagrado en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001”* (fl. 38, C. 3). La solicitud a la cual se ha hecho mención estaba relacionada con la definición sobre *“(i) ‘El alcance e implicaciones de la previsión contenida en la parte final del artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001, modificatoria de la Resolución CRT 087/97, en la relación de interconexión existente entre las partes para el tráfico internacional entrante (sic) en relación con el valor de cargo de acceso por minuto, toda vez que ETB, (sic) se ha acogido para varias de sus interconexiones a una de las alternativas establecidas en la misma para la remuneración de su red, según lo señala la Comisión en la Resolución 980 de 2004’ (ii) ‘En cumplimiento de lo establecido en la reglamentación, que le corresponde a ETB remunerar a partir del primero de enero de 2002 la interconexión existente entre la Red de TPBCLD de ETB y la red de TMC de TELEFÓNICA para el tráfico de larga distancia internacional entrante hacia la red de TMC, que funciona bajo el esquema por minuto a los valores establecidos en la Tabla ‘Opción 1: Cargos de acceso máximos por minuto’ para Redes (sic) de TMC y PCS del artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463 de 2001, modificatoria de la Resolución 087/97”* (fl. 32, C. 3).

En sentir de la CRT, quien se hallaba legitimado por optar por la opción definida en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001 era la ETB, es decir, el operador de telefonía pública básica conmutada de larga distancia

⁷ La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –CRT- fue creada por el artículo 69.3 de la Ley 142 de 1994; no obstante, el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009 cambió su nombre por el de Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC-, aunque mantuvo incólume su naturaleza jurídica de Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

internacional -TPBCLDI- que accede o se interconecta a la red de telefonía móvil celular –TMC- y no Telefónica.

Contra la anterior decisión, Telefónica interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución CRT 1303 del 29 de septiembre de 2005 (fls. 40 a 43, C. 3), en cuya parte resolutive dispuso:

“Artículo Primero. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** contra la Resolución CRT 1269 de 2005.

“Artículo Segundo. Aclarar el artículo primero de la Resolución recurrida en el sentido de indicar que si bien **TELEFONICA** (sic) **MÓVILES COLOMBIA S.A.** no tiene derecho a elegir entre las opciones de cargos de acceso definidos en la Resolución CRT 463 de 2001, a la interconexión existente entre la red TMC de dicho operador y I (sic) la RTPBCLDI de **ETB S.A.** sí se le aplica el concepto de integralidad definido en la parte final del artículo 5 de la mencionada resolución, en consecuencia (sic) esta interconexión deberá remunerarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997” (fl. 43, C. 3).

El artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, al cual hace alusión la resolución parcialmente transcrita, fue adicionado por el artículo 1º de la Resolución CRT 463 del 27 de diciembre de 2001⁹, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 4.2.2.19. Cargo de acceso a las redes de telefonía. a (sic) partir del primero de enero de 2002, los operadores telefónicos deberán ofrecer (sic) por lo menos (sic) las siguientes dos opciones de cargos de acceso a los operadores que les demanden interconexión:

	Grupo de empresas	Opción 1: Cargos de acceso máximos por minuto (1)			
		Al 1-01-02	Al 1-01-03	Al 1-01-04	Al 1-01-05
1. REDES DE TPBCL (2)	UNO	\$49.35	\$43.26	\$37.16	\$31.07
	DOS	\$50.98	\$46.50	\$42.03	\$37.56
	TRES	\$53.59	\$51.76	\$49.87	\$48.01
2.	Redes de TCM y PCS (3)	\$66.92	\$97.49	\$142.02	\$206.90

- (1) “Expresado en pesos constantes de junio 30 de 2001. Corresponde al valor de los cargos de acceso que los operadores de TPBCL reciben de los operadores de otros servicios cuando estos (sic) hacen uso de sus redes, tanto en sentido entrante como saliente.
- (2) “En el Anexo No. 008 se definen las empresas operadoras de TPBCL que conforman cada uno de los grupos aquí señalados. Los valores que contempla esta opción corresponden a la remuneración por minuto. Todas las fracciones se aproximan al minuto siguiente.

⁸ “Artículo 1º. La sección II del capítulo II del Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997, (Obligaciones Tipo B), tendrá los siguientes artículos adicionales ...”.

⁹ Diario Oficial 44.661 del 29 de diciembre de 2001.

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

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

	Grupo de empresas	Opción 1: Cargos de acceso máximos por capacidad (1)			
		AI 1-01-02	AI 1-01-03	AI 1-01-04	AI 1-01-05
1. REDES DE TPBCL (2)	UNO	\$11.230.000	\$9.920.000	\$8.760.000	\$7.740.000
	DOS	\$11.540.000	\$10.760.000	\$10.030.000	\$9.350.000
	TRES	\$11.960.000	\$11.960.000	\$11.960.000	\$11.960.000
2.	Redes de TCM y PCS (3)	\$14.700.000	\$22.700.000	\$33.480.000	\$50.520.000

- (1) "Expresado en pesos constantes de junio 30 de 2001. Los valores que contempla esta opción prevén el arrendamiento mensual de enlaces E1 de 2.048 kbps/mes o su equivalente. Los operadores podrán pactar valores diferentes dependiendo del ancho de la banda que se requiera. Para efectos del bloqueo medio en los puntos de interconexión los operadores se ceñirán al 1%.
- (2) "En el Anexo No. 008 se definen las empresas operadoras de TPBCL que conforman cada uno de los grupos aquí señalados.
- (3) "No se podrá cobrar el cargo de acceso a las redes y al mismo tiempo tarifa por tiempo al aire. Aplica para llamadas entrantes del servicio de TPBCLDI y cualquier otro que defina la regulación.

"Parágrafo 1°. Cuando la interconexión no se efectúe directamente en los nodos de conmutación de la parte superior de la organización jerárquica de la red del operador de TPBCL, el operador interconectante tendrá derecho a recibir el pago por el transporte del tráfico a los demás puntos del mismo nivel en donde debe realizarse la interconexión. Los cargos de acceso que se presentan aquí incluyen la dispersión local y la disposición nacional para los servicios de TMC y PCS.

"Parágrafo 2°. Los operadores podrán fijar cargos de acceso diferenciales en la opción por minuto, teniendo en cuenta las horas de mayor tráfico de su red, siempre que se demuestre que la ponderación de los mismos corresponde al valor previsto en este artículo.

"Parágrafo 3°. El operador interconectante podrá exigir en la opción de cargos de acceso por capacidad un periodo (sic) de permanencia mínima, el cual sólo podrá extenderse el tiempo necesario para recuperar la inversión que haya efectuado para adecuar la interconexión. En caso (sic) que se presente un conflicto, el operador interconectante debe suministrar de inmediato la interconexión a los valores que se encuentran en la tabla correspondiente a la opción de cargos de acceso por capacidad, mientras se logra un acuerdo de las partes o la CRT define los puntos de diferencia. Si la interconexión se encuentra sobredimensionada, los operadores podrán solicitar a la CRT que resuelva las diferencias que por concepto de una eventual devolución de enlaces pueda presentarse" (ver Diario Oficial 44.661 del 29 de diciembre de 2001).

4.- Los anteriores actos administrativos se encuentran en firme, según la constancia expedida por la Coordinadora Ejecutiva de la entonces CRT (hoy CRC) que, en original, obra a folio 44 del cuaderno 3, pues la Resolución CRT

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

1303 del 29 de septiembre de 2005 fue notificada personalmente el 18 de octubre de 2005.

Lo anterior significa que la controversia suscitada entre Telefónica y la ETB fue dirimida por la CRT (hoy CRC), en el sentido de indicar que la interconexión entre la red de TPBCLDI de ETB y la red de TMC de Telefónica debía ser remunerada con fundamento en una de las dos opciones señaladas en la norma transcrita (acceso por uso –minutos- o por capacidad), de manera que la ETB contaba con dos alternativas para el pago de la obligación.

Pero, resulta evidente que la ETB debía pagar conforme a la opción 1 de la norma transcrita, porque en los contratos de interconexión las partes estructuraron la remuneración o los cargos de acceso a las redes de TMC bajo el esquema de minuto o fracción de llamada entrante completada (ver numeral 1 de estas consideraciones) y no por capacidad, de modo que para la Sala no existe duda de que la tarifa que debía pagar la ETB sería la contemplada en la opción de cargos de acceso por minuto –Redes de TMC y PCS- del artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 del 5 de septiembre de 1997 (adicionado por el artículo 1º de la Resolución CRT 463 del 27 de diciembre de 2001), pues, desde luego, lo decidido por la CRT debía guardar armonía con lo estipulado en los contratos de interconexión, debido a que el ente regulador no podía desconocer el esquema básico de remuneración pactado por las partes o suplir la voluntad de ellas.

5.- Ahora, resta establecer cuántos minutos se causaron entre el 1º de junio de 2002 y el 30 de septiembre de 2005, para establecer la cantidad líquida o liquidable cuyo pago solicita la ejecutante.

Con la demanda ejecutiva fueron allegados, en copia auténtica, los informes de conciliación suscritos por funcionarios de las partes contratantes (Telefónica Móviles Colombia S.A o Bellsouth S.A. y ETB S.A. E.S.P), en los cuales se detalla, por mes de tráfico, desde junio de 2002 hasta septiembre de 2005, el número de minutos de llamadas entrantes internacionales y el valor total de los cargos de acceso bajo el esquema de remuneración pactado (acceso por minutos o fracción), a la luz de lo dispuesto por la Resolución CRT 087 de 1997 (ver cuaderno 2).

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

Enunciados los documentos que, en conjunto, integran el título base de recaudo ejecutivo, procede la Sala a analizar los fundamentos de la apelación y los argumentos de esbozados por la ETB para oponerse a la prosperidad del recurso.

a.- En opinión del Tribunal de primera instancia y del apoderado de la ETB, los anteriores documentos no reúnen las condiciones necesarias para servir de título base de recaudo ejecutivo. Específicamente, sostienen que los actos administrativos no cumplen las condiciones de forma que el ordenamiento consagra para que pueda demandarse ejecutivamente el cumplimiento de las obligaciones en ellos contenidas, porque tales actos jurídicos no se hallan enunciados en el artículo 488 del C. de P.C. como uno de aquellos que tienen fuerza ejecutiva.

La Sala no comparte el criterio del Tribunal de primera instancia ni la posición de la ETB, por las razones que pasan a exponerse:

La base o el fundamento de toda demanda ejecutiva se halla en el artículo 488 del C. de P.C., el cual dice:

“Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso - administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia”.

“La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 294”.

La norma enuncia, de manera general, las condiciones que deben reunir los documentos para que, con base en ellos, puedan demandarse ejecutivamente las obligaciones.

El primer requisito que consagra la norma es que la obligación sea clara, expresa y exigible. El segundo dice relación con la forma que debe revestir el título que sirve de base para el recaudo ejecutivo, en cuanto señala, de

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

manera general, que la obligación debe constar: (i) en documentos que provengan del deudor o de su causante y que constituyan plena prueba contra él o que sea el fruto de la confesión provocada, vertida en un interrogatorio de parte como prueba anticipada, o (ii) en providencias emanadas de autoridades competentes -expedidas dentro del marco de sus competencias- que tengan fuerza ejecutiva, conforme a la ley, como, por ejemplo, las sentencias de condena y otro tipo de providencias judiciales que imponen obligaciones, verbigracia, aquellas que fijan honorarios a los auxiliares de la justicia, las que aprueban la liquidación en costas, etc.

La circunstancia de que la norma en cita enuncie las condiciones generales que deben cumplir los documentos para que presten mérito ejecutivo y la de que enliste algunos documentos que tienen tal connotación ha merecido que se le denomine sistema de clasificación mixto de títulos ejecutivos¹⁰.

Pero, en todos los casos, es decir, sea que el documento provenga del deudor o sea que provenga de alguna autoridad pública, la obligación por la que se pretende ejecutar debe constar de manera clara expresa y exigible, pues no es solamente la forma del documento la que le otorga el mérito ejecutivo, sino que es el contenido jurídico del mismo el que le imprime esa característica fundamental que, a la sazón, habilita al titular del derecho a demandar, por la vía del proceso ejecutivo, su cumplimiento.

Así, bien puede suceder que un documento de aquellos a los que hace alusión la norma, por ejemplo, una providencia judicial, no preste mérito ejecutivo, porque, a pesar de hallarse previsto como uno de aquellos que tienen fuerza ejecutiva conforme a la ley, puede que el contenido jurídico de la obligación no sea claro, expreso o exigible.

Para citar sólo un ejemplo, piénsese en un auto que fija honorarios a un auxiliar de la justicia, pero que no dice a cargo de quién se halla la obligación de pago. En ese supuesto, el documento carecerá de las características fundamentales para que pueda servir de título ejecutivo, pues no permite establecer la legitimación por pasiva y, por lo mismo, la obligación no tiene la

¹⁰MORA G., Nelson R: "Procesos de Ejecución", Tomo I, 3ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1980, pág. 66 y s.s.

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

connotación general que exige la norma para que preste mérito ejecutivo, específicamente, que sea clara.

Ahora bien, evidentemente hay que entender que la norma no hizo un listado taxativo o exhaustivo de los documentos o instrumentos que tienen mérito ejecutivo, y no podía hacerlo, porque el legislador correría el riesgo de limitar el cumplimiento de obligaciones que, a pesar de reunir las condiciones generales para ser demandadas por la vía ejecutiva, no estuvieran contenidos en el reducido número de documentos señalados por la norma, cuya fuerza ejecutiva podría estar establecida en otros ordenamientos o, en otros casos, impediría que algunos nuevos documentos, creados como consecuencia de la evolución de los negocios, pudieran ubicarse como títulos ejecutivos bien sea judiciales, contractuales, administrativos o unilaterales provenientes del deudor.

Particularmente, los actos administrativos proferidos por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales no figuran en citado artículo 488 como uno de aquellos documentos que tienen fuerza ejecutiva; pero, esa característica se la otorgan los artículos 64¹¹, 66¹² y 68¹³ del Código Contencioso Administrativo, normas éstas que se deben armonizar con lo dispuesto en aquélla.

Todo lo anterior permite afirmar que el primer fundamento que tuvo el a quo para negar el mandamiento de pago, esto es, que las Resoluciones de la CRT (hoy CRC) aportadas al proceso en copia auténtica como título de recaudo ejecutivo, no cumplen las condiciones de forma señaladas por el artículo 488 del C. de P.C. no es válido, pues, tal como lo señaló el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al efectuar la interpretación “*prejudicial*” de los artículos 30

¹¹ “**ARTÍCULO 64.** Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados”.

¹² “**ARTÍCULO 66.** (Modificado por el artículo 9 del Decreto-ley 2304 de 1989). Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo ...”.

¹³ “**ARTÍCULO 68.** Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:

“1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley....”.

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

y 32 de la Decisión 462 de 1999 de la Comisión de la Comunidad Andina, debe entenderse que las Resoluciones expedidas por la autoridad administrativa competente para resolver los conflictos entre los operadores, con ocasión de los contrato de interconexión, “... en sí constituyen título habilitante para solicitar un mandamiento de ejecución de pago ...” (fl. 284, C. Consejo), lo cual significa que, desde el punto de vista estrictamente formal, se ubican como uno de aquellos documentos que tiene fuerza ejecutiva y que, por consiguiente, tienen vocación de servir de título ejecutivo, tal como lo enseña la segunda parte del artículo 488 del C. de P.C., en la medida en que son emanados de la autoridad pública que, según lo dispuesto por los artículos 73.8 de la Ley 142 de 1994¹⁴ y 37 (numeral 14) del Decreto 1130 de 1999¹⁵ (vigente para la época en que se expidieron los actos), tenía y tiene la competencia para dirimir los conflictos suscitados con ocasión de los contratos de interconexión, con carácter vinculante y obligatorio.

Sin embargo, tal como se ha venido diciendo, la simple forma no es suficiente para obtener o estar en presencia de un mandamiento ejecutivo, pues resulta imprescindible indagar si del contenido jurídico de aquellas resoluciones a que se ha venido haciendo referencia y de la pluralidad de documentos aportados con la demanda se desprende, en conjunto, la existencia de una obligación clara, expresa y exigible a favor del ejecutante y en contra de la ejecutada.

b.- La ejecutante sostuvo en su demanda que el título ejecutivo es simple, porque, en su opinión, está constituido únicamente por las copias auténticas de las Resoluciones CRT 1263 del 28 de julio 2005 y 1303 del 29 de septiembre del mismo año; sin embargo, esta Sala considera que la obligación cuyo pago

¹⁴ **“ARTÍCULO 73. FUNCIONES Y FACULTADES GENERALES.** Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:

...

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

¹⁵ **“ARTICULO 37. FUNCIONES DE LA COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES.** Las siguientes funciones conferidas a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2167 de 1992, o atribuidas al Ministerio de Comunicaciones por normas anteriores al presente Decreto, serán ejercidas por dicha Comisión:

...

“14. Dirimir conflictos sobre asuntos de interconexión, a solicitud de parte”.

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

se pretende por la vía ejecutiva no se deduce únicamente de los citados actos administrativos, pues, como quedó visto, en ellos sólo se precisaron las opciones que, según la normatividad regulatoria, tenía la ETB para satisfacer la obligación de pago por la utilización o por la interconexión entre las redes de TPBCLDI de ETB y la de TMC de Telefónica que se generó en virtud de los contratos de interconexión celebrados el 11 y el 13 de noviembre de 1998 (ver numeral 1 de estas consideraciones), de manera que resulta necesario acudir a otros documentos, tales como los contratos y los informes de conciliación suscritos por las partes, para establecer el esquema de remuneración pactado y el tráfico de llamadas entrantes que se produjo entre junio de 2002 y septiembre de 2005, como paso previo a determinar el monto de la deuda objeto del cobro ejecutivo.

En efecto, si los actos administrativos se miran de manera aislada no surge con nitidez la obligación; pero, si se integran con los documentos relacionados en los numerales 2, 3, 4 y 5 de estas consideraciones, se deduce, sin duda alguna, la obligación cuyo pago se solicita.

c.- El Tribunal de primera instancia sostuvo que la redacción de las cláusulas de los contratos de interconexión no ofrecen las condiciones para considerar que la obligación es expresa, debido a que no es precisa en cuanto a los términos y condiciones en que se aplica la regulación sobre las tarifas previstas para tal fin.

Para la Sala, si bien la redacción de las cláusulas de remuneración no es la más afortunada, tal vez por el carácter técnico del negocio jurídico que regula, de la lectura de las mismas se deduce, sin hesitación alguna, que las partes establecieron un esquema general de los cargos que se generaban por el acceso a la red de TMC, consistente en el pago de la tarifa por minuto o fracción de llamada completada en la terminación de llamadas internacionales entrantes a través de la interconexión directa de la red de TPBCLDI de la ETB S.A. E.S.P. y la red de TMC de Celumóvil S.A y Cocolco S.A., hoy Telefónica Móviles Colombia S.A.

También se deduce que las partes fijaron una tarifa provisional, consistente en el cargo de acceso que pagaban los operadores de la larga distancia por el

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

acceso a la red de TPBCL, conforme al valor establecido en la regulación vigente o al que estableciera en el futuro el órgano regulador, es decir, la CRT (hoy CRC).

Igualmente, se colige que las partes estipularon un plazo de 90 días (siguientes a la suscripción de los respectivos contratos) para fijar, de consuno, el valor definitivo que debía pagar la ETB al operador celular por la utilización de sus redes de TMC, en las llamadas internacionales completadas.

Asimismo, se desprende con claridad que la ETB se comprometió a realizar “*sus mejores esfuerzos*”, en las negociaciones con los operadores internacionales, para obtener un aumento diferencial en la tasa contable o tasa de terminación de llamadas cuyo destino fuera la red de TMC, superior al cargo de acceso que, para la época, reconocían los operadores celulares a los operadores de TPBCL, de modo que, en caso de obtener un aumento diferencial, éste sería trasladado en su totalidad al operador celular.

En todo caso, las partes dejaron claro que, si la ETB no obtenía un aumento diferencial, superior al cargo de acceso que en ese momento reconocían los operadores celulares a los operadores de la red de TPBCL, la ETB se obligaba a reconocer al operador celular, de forma automática y sin necesidad de acuerdo posterior entre las partes, como cargo de acceso definitivo por el uso de la red, “... el ... establecido por el ente regulador competente ...” (cfr. numeral 1 de estas consideraciones), que debía pagar el operador celular al operador de TPBCL.

No existe noticia en el expediente de que las partes hayan logrado un acuerdo en relación con el cargo definitivo por el acceso a la red de TMC, de modo que el esquema general, es decir, la remuneración por minutos se mantuvo y la tarifa fue definida por las normas regulatorias, proferidas por la CRT (hoy CRC).

Así, pues, para esta Sala, contrario a lo que sostuvo el Tribunal de primera instancia, las cláusulas de remuneración son claras en los siguientes aspectos: (i) el esquema básico de remuneración por el acceso a la red de TMC era por minuto o por fracción de llamada entrante completada y (ii) a falta de acuerdo entre las partes dentro del término previsto en los contratos o si no se

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

lograba un aumento diferencial, la tarifa definitiva sería la prevista por las normas regulatorias expedidas por la CRT (hoy CRC), tal como lo entendió el Magistrado disidente de la primera instancia.

Ahora, debe tenerse en cuenta que, en el momento histórico en el cual fueron celebrados los contratos, la red de telefonía móvil celular hasta ahora se estaba introduciendo al país, de modo que no existía regulación tarifaria específica por el uso o por el acceso a dicha red.

Precisamente, años después de la celebración de los contratos de interconexión, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió la Resolución CRT 463 de 2001, la cual adicionó algunos artículos a la Resolución CRT 087 de 1997 -contentiva del régimen regulatorio integral de los servicios de telefonía pública básica conmutada (TPBC) en Colombia- relacionados con los cargos máximos o tope por el acceso de operadores de TPBCL, PCS¹⁶ y TCM¹⁷ a la red de otros operadores de telecomunicaciones (interconexión).

Con ocasión de la expedición de la Resolución CRT 463 de 2001, Telefónica Móviles Colombia S.A. solicitó a la CRT, entre otras cosas, definir si las tarifas contempladas en el artículo 4.2.2.19 de esta nueva normatividad eran aplicables a los contratos de interconexión celebrados con la ETB y el mismo organismo regulador concluyó que sí lo eran, en virtud del principio de integralidad consagrado en el artículo 5^o¹⁸ de la citada regulación, pues la ETB había optado por este último régimen en algunos de los contratos de interconexión celebrados con otros operadores.

En ese sentido, el régimen tarifario para la interconexión entre la red de TPBCLDI de la ETB y la red de TMC de Telefónica, en virtud de los dos contratos aludidos a lo largo de esta providencia, es el contemplado en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463 de 2001 y el esquema básico de remuneración por el

¹⁶ Servicios de comunicación personal. Así lo señala la parte considerativa del acto administrativo regulatorio.

¹⁷ Telefonía móvil. Parágrafo, artículo 4.2.2.23.2 de la Resolución CRT 463 de 2001.

¹⁸ “Artículo 5°. Los operadores TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores vigentes en las interconexiones actualmente existentes a la fecha de expedición de la presente resolución o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en la presente resolución para todas sus interconexiones”.

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

acceso es el contemplado en cada uno de los citados contratos (minutos o fracción).

d.- Ahora, en sentir del Tribunal de primera instancia, la tarifa definitiva no estaba expresada de manera “unívoca” en la regulación, pues la Resolución CRT 463 de 2001 contemplaba dos opciones de cargos de acceso (minutos o capacidad), de modo que, como la ETB no había escogido ninguna de las dos opciones, el título ejecutivo no contenía una obligación clara (ver página 7 de los antecedentes).

La Sala no comparte el razonamiento del Tribunal de primera instancia, pues, como se vio en precedencia, el esquema básico de remuneración fue acordado en los respectivos contratos (minutos o fracción), de manera que las tarifas contempladas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463 de 2001, tal como lo decidió la CRT (hoy CRC) a través de la Resolución CRT 1303 del 29 de septiembre de 2005, son aplicables conforme a dicho esquema de remuneración.

Pero, aún en el caso de que las partes del contrato -o el operador que demandara interconexión- no hubieran escogido una de las opciones de cargos de acceso contempladas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463 de 2001 (minutos o capacidad), es decir, en el caso de que el contrato no estableciera el esquema básico de remuneración, el título ejecutivo no se vería afectado, pues, en tal caso, la obligación sería alternativa y la elección correspondería al deudor, de modo que, en ese supuesto, para librar el mandamiento ejecutivo tendría que darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 496 del C. de P.C.

No obstante, en este caso, las partes de los contratos de interconexión pactaron que la remuneración sería por minuto o por fracción de llamada completada y tal esquema no fue modificado; por consiguiente, debe darse aplicación a dicho esquema, pues el artículo 1602 del Código Civil dispone que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

Ahora, lo que no resultaría válido, desde ningún punto de vista, es que la ETB se sirviera de la red de TMC de Telefónica y se sustrajera de la obligación de pagar los cargos de acceso, por el simple hecho de no haber escogido una de las opciones contempladas en la regulación tarifaria o simplemente pagara lo que a bien tuviera, con desconocimiento de lo estipulado en los respectivos contratos y de lo decidido por la CRT (hoy CRC), a través de las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005. Tal proceder pugnaría con la buena fe que debe preceder todas las relaciones jurídicas, incluidas, con mayor rigor o razón, las contractuales.

e.- Por otra parte, la ETB se opuso al recurso de apelación, por cuanto, en su opinión, las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005, las cuales sirven de título ejecutivo, impusieron una serie de obligaciones a cargo de la ETB, con base en una norma derogada tres años atrás.

Lo anterior, porque, en sentir de la ETB, la Resolución CRT 463 del 27 de diciembre de 2001 fue derogada por la Resolución CRT 469 del 4 de enero de 2002. Como fundamento de su posición, citó la sentencia del 21 de agosto de 2008, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado (exp. 2003-00047), la cual declaró nulas parcialmente algunas de las disposiciones de la Resolución CRT 489 de 2002 (compilatoria de los títulos I, IV, V, y VIII de la Resolución CRT 087 de 1997).

Para la Sala, los argumentos esbozados por la ETB están dirigidos a cuestionar la legalidad de las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005; por consiguiente, de ser válidos tales planteamientos, debió utilizarlos para obtener la declaración de nulidad de dichos actos administrativos, a través del proceso ordinario contencioso administrativo (artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994¹⁹) y en ejercicio de la acción que, conforme al derecho interno, resulta procedente para

¹⁹ “**Artículo 73.** Funciones y facultades generales. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrá las siguientes funciones y facultades especiales:

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

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

debatir la legalidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del C.C.A.), que debió incoar dentro del término de caducidad que el ordenamiento jurídico contempla para tal fin (4 meses, contados a partir del día siguiente a la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto -artículo 136, numeral 2, del C.C.A.-).

Así lo precisó también el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al emitir la interpretación prejudicial de las normas andinas para el presente proceso, cuando señaló:

“De todas formas, el Tribunal advierte que también se puede acudir a los mecanismos nacionales de impugnación de actos administrativos, y en este evento se deberá utilizar, en la instancia pertinente, la figura de la interpretación prejudicial. Lo anterior, de conformidad con las previsiones del artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal, claramente delimitado en la Interpretación (sic) Prejudicial (sic) expedida en el marco del proceso ...

“Como el caso particular ya había sido resuelto por la CRT (hoy CRC) mediante las Resoluciones ..., la vía idónea para controvertir lo decidido es la acción de incumplimiento comentada o la vía nacional en el marco del artículo 31 atrás referido”.

Pero la ETB no cuestionó la legalidad de las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005, la cuales resolvieron el conflicto suscitado entre las partes y, por ende, la presunción de legalidad y veracidad que las acompaña se halla incólume; además, desde ahora se advierte que, a la luz de la actual jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, la legalidad de los actos administrativos no es posible discutirla en los procesos ejecutivos, ni siquiera por vía de excepción²⁰.

Ahora, en sentir de la Sala, la ETB no puede argüir el decaimiento de los efectos de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005, por pérdida de fuerza ejecutoria, bajo la aducción de que los fundamentos de derecho que los sustentaban desaparecieron, pues tal fenómeno (el del decaimiento de los efectos de los actos administrativos) se presenta cuando la decisión particular es antecedente al desaparecimiento del fundamento de hecho o de derecho o lo que es lo mismo, cuando el

²⁰ A este respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 12 de marzo de 2015, exp. 32.799.

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

fundamento de hecho o de derecho desaparece de forma posterior a la decisión administrativa afectada; pero, en este caso, según el apoderado de la ETB, la derogatoria de la Resolución CRT 463 del 27 de diciembre de 2001 ocurrió el 4 de enero de 2002, con la expedición de la Resolución CRT 469, es decir, mucho antes de la expedición de las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005, de manera que, hipotéticamente, el fundamento de derecho que cimentaba estas últimas había desaparecido mucho antes de su expedición y ello se constituiría, eventualmente, en un vicio que afectaría la validez de los actos, lo que podría conducir a la declaración nulidad por parte del juez competente, previo trámite del proceso ordinario contencioso administrativo, y no a que se presente el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, como lo quiere hacer ver el apoderado de la ETB.

Ahora, la sentencia proferida el 21 de agosto de 2008 (exp. 2003-00047) por la Sección Primera del Consejo de Estado no le restó fuerza ejecutoria a las Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005, pues la declaración de nulidad recayó sobre algunas disposiciones de la Resolución CRT 489 de 2002, *“por medio de la cual se expide el Régimen General de Protección a los Suscriptores y Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y se compilan los títulos I, IV, V Y VII de la Resolución 087 de la CRT”*, y no sobre las normas de la Resolución CRT 463 de 2001 que fueron las que aplicó la CRT (hoy CRC) al expedir las Resoluciones 1269 y 1303 de 2005.

En efecto, la parte resolutive de la mencionada sentencia dice:

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

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

Lo anterior significa que la declaración de nulidad afectó la norma compilatoria, pero no las normas compiladas.

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

No obstante, resulta importante destacar que la citada sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado no declaró nulas y, por ende, no desaparecieron del ordenamiento jurídico las dos opciones de cargos de acceso, valga decirlo, las opciones de cargo de acceso por minutos o por capacidad, previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463 de 2001, pues la parte motiva de la sentencia simplemente señaló que la Resolución CRT 489 del 12 de abril de 2002 no podía compilar normas que se hallaban derogadas y, por consiguiente, entendió que esas opciones fueron fijadas o, mejor, fueron integradas nuevamente al ordenamiento jurídico con la expedición de esta última (la Resolución CRT 489 de 2002²¹); por esa razón,

²¹ Así, pues, luego del pronunciamiento de la Sección Primera del Consejo de Estado, el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 489 de 2002 quedó así:

“Artículo 4.2.2.19. Cargo de acceso a las redes de telefonía. ~~a (sic) partir del primero de enero de 2002~~, los operadores telefónicos deberán ofrecer (sic) por lo menos (sic) las siguientes dos opciones de cargos de acceso a los operadores que les demanden interconexión:

	Grupo de empresas	Opción 1: Cargos de acceso máximos por minuto (1)			
		Al 1-01-02	Al 1-01-03	Al 1-01-04	Al 1-01-05
1. REDES DE TPBCL (2)	UNO	\$49.35	\$43.26	\$37.16	\$31.07
	DOS	\$50.98	\$46.50	\$42.03	\$37.56
	TRES	\$53.59	\$51.76	\$49.87	\$48.01
2.	Redes de TCM y PCS (3)	\$66.92	\$97.49	\$142.02	\$206.90

(1) “Expresado en pesos constantes de junio 30 de 2001. Corresponde al valor de los cargos de acceso que los operadores de TPBLC reciben de los operadores de otros servicios cuando estos (sic) hacen uso de sus redes, tanto en sentido entrante como saliente.

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

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

	Grupo de empresas	Opción 1: Cargos de acceso máximos por capacidad (1)			
		Al 1-01-02	Al 1-01-03	Al 1-01-04	Al 1-01-05
1. REDES DE TPBCL (2)	UNO	\$11.230.000	\$9.920.000	\$8.760.000	\$7.740.000
	DOS	\$11.540.000	\$10.760.000	\$10.030.000	\$9.350.000
	TRES	\$11.960.000	\$11.960.000	\$11.960.000	\$11.960.000
2.	Redes de TCM y PCS (3)	\$14.700.000	\$22.700.000	\$33.480.000	\$50.520.000

(1) “Expresado en pesos constantes de junio 30 de 2001. Los valores que contempla esta opción prevén el arrendamiento mensual de enlaces E1 de 2.048 kbps/mes o su equivalente. Los operadores podrán pactar valores diferentes dependiendo del ancho de la banda que se requiera. Para efectos del bloqueo medio en los puntos de interconexión los operadores se ceñirán al 1%.

(2) “En el Anexo No. 008 se definen las empresas operadoras de TPBCL que conforman cada uno de los grupos aquí señalados.

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

“Parágrafo 1º. Cuando la interconexión no se efectúe directamente en los nodos de conmutación de la parte superior de la organización jerárquica de la red del operador de TPBCL, el operador interconectante

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

solamente declaró nulas las expresiones relacionadas con la aplicación en el tiempo de las mencionadas opciones (para que no tuviera efectos retroactivos) y las atinentes a la posibilidad de acogerse a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997.

Lo expuesto se traduce en que, en todo caso, el régimen tarifario de cargos de acceso por minutos o por capacidad contemplado en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 489 de 2002 (que es el mismo que se hallaba previsto en la Resolución CRT 463 de 2001, salvo en los apartes declarados nulos por el Consejo de Estado) se hallaba vigente durante el período junio de 2002 a septiembre de 2005, es decir, por el lapso cuyo pago solicita la ejecutante.

f.- Por otra parte, la ETB sostuvo que la ejecutante tergiversó el contenido de la providencia del Consejo de Estado que anuló el laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2007, con ocasión de los contratos de interconexión celebrados el 11 y el 13 de noviembre de 1998, para afirmar que dicha Corporación dedujo la existencia de un título ejecutivo.

En opinión de la Sala, la parte ejecutante se refirió a la sentencia proferida el 1º de abril de 2009 por la Sección Tercera de esta Corporación sólo para reargüir el fundamento esbozado por el Tribunal a quo en el auto objeto de apelación, según el cual “... *la pretendida aplicación de la opción de cargos de acceso por minuto correspondería a una pretensión propia de la acción de controversias contractuales, regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo ...*” (fl. 75, C. Consejo), pero no para deducir, a partir de tal providencia, la existencia de un título ejecutivo.

tendrá derecho a recibir el pago por el transporte del tráfico a los demás puntos del mismo nivel en donde debe realizarse la interconexión. Los cargos de acceso que se presentan aquí incluyen la dispersión local y la disposición nacional para los servicios de TMC y PCS.

“Parágrafo 2º. Los operadores podrán fijar cargos de acceso diferenciales en la opción por minuto, teniendo en cuenta las horas de mayor tráfico de su red, siempre que se demuestre que la ponderación de los mismos corresponde al valor previsto en este artículo.

“Parágrafo 3º. El operador interconectante podrá exigir en la opción de cargos de acceso por capacidad un periodo (sic) de permanencia mínima, el cual sólo podrá extenderse el tiempo necesario para recuperar la inversión que haya efectuado para adecuar la interconexión. En caso (sic) que se presente un conflicto, el operador interconectante debe suministrar de inmediato la interconexión a los valores que se encuentran en la tabla correspondiente a la opción de cargos de acceso por capacidad, mientras se logra un acuerdo de las partes o la CRT define los puntos de diferencia. Si la interconexión se encuentra sobredimensionada, los operadores podrán solicitar a la CRT que resuelva las diferencias que por concepto de una eventual devolución de enlaces pueda presentarse” (aparte tachado declarado nulo).

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

Sin embargo, la Sala no puede pasar por alto que el argumento principal que en su sentencia del 1º de abril de 2009 adujo la Sección Tercera de esta Corporación, para anular el laudo arbitral al cual se ha hecho referencia, consistió en que la controversia sometida al conocimiento de la justicia arbitral, relacionada con la remuneración por el acceso a la red de TMC de Telefónica, fue decidida previamente y de forma definitiva por la CRT (hoy CRC), a través de la Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005 y, por tal razón, no podía existir otro pronunciamiento, esta vez, de un Tribunal Arbitral, para resolver la misma controversia. En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional el 2 de febrero de 2009, al declarar la nulidad del mencionado laudo arbitral, dentro de la acción de tutela T-1960031 (sentencia T-058 de 2009).

En ese orden de ideas, le asiste razón al recurrente al cuestionar la afirmación del Tribunal de primera instancia, pues no es posible que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional declararan la nulidad del laudo arbitral señalando que la controversia fue decidida por la CRT (hoy CRC) y al momento de solicitar el cumplimiento de lo decidido por el organismo regulador en los citados actos administrativos (Resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005), a través del proceso ejecutivo, el Tribunal de primera instancia niegue el mandamiento ejecutivo aduciendo que “... *la base para el pago de los servicios, y los factores que deben aplicarse ...*” (ibídem) deben ser determinados a través del proceso ordinario contencioso administrativo promovido en virtud de la acción de controversias contractuales.

Tal proceder sería a todas luces violatorio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, pues Telefónica quedaría con unos actos administrativos que, según la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la jurisdicción constitucional, habrían desatado de manera definitiva la controversia en torno a los cargos de acceso que debe pagar la ETB a Telefónica por el uso de la red de TMC, pero que no podrían cumplirse, porque, en sentir del Tribunal a quo, no resolvieron la controversia, con el agravante de que no podría convocar un tribunal de arbitramento o promover un proceso ordinario contencioso administrativo ante esta jurisdicción, para obtener un pronunciamiento declarativo y condenatorio al respecto, habida cuenta que no podría promoverse un nuevo proceso contencioso administrativo o arbitral

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

para resolver una controversia que ha sido resulta previamente; por lo anterior, en este caso lo único que procede es ordenar el cumplimiento de lo decidido por la CRT, con sujeción a las normas del contrato.

Sobre el particular también se pronunció el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al señalar que *"...siendo la CRC, la autoridad competente, la cual ya se pronunció respecto al conflicto entre Telefónica Móviles S.A. y ETB, es mandatorio que exista la forma de ejecutar la resolución dictada por la autoridad competente, (sic) no puede quedar en el limbo jurídico que se haya decidido sobre las obligaciones contractuales asumidas por las partes y que esto quede tan solo plasmado en un papel ..."* (subraya fuera del texto, fl. 284, C. Consejo).

En suma, la Sala considera que, en este caso, el título ejecutivo complejo está integrado por una pluralidad material de documentos que, en conjunto, constituyen una unidad jurídica, en la medida en que tienen relación causal entre sí y se originan en el mismo negocio jurídico.

Los distintos documentos que constituyen el título ejecutivo satisfacen las exigencias de forma y de fondo exigidas por el artículo 488 del C. de P.C., en armonía con los artículos 253 y 254 ibídem, para que la obligación contenida en él pueda demandarse por la vía ejecutiva.

En efecto, desde el punto de vista formal, el título ejecutivo está constituido por documentos emanados del deudor y por actos administrativos con fuerza ejecutoria, esto es, por las copias auténticas de: (i) los contratos de interconexión del 11 y del 13 de noviembre de 1998, celebrados entre la parte ejecutante y la parte ejecutada, los cuales constituyen el origen de la obligación económica cuya satisfacción reclama la ejecutante y en los cuales se previó el esquema general de remuneración por el uso de la red de TMC de los operadores celulares (por minutos o fracción), (ii) los actos administrativos proferidos por la CRT (hoy CRC), la cual en ejercicio de las competencias legales contempladas en los artículos 73.8 de la Ley 142 de 1994 y 37 (numeral 14) del Decreto 1130 de 1999, dirimió el conflicto suscitado entre las partes ejecutante y ejecutada, con ocasión de los mencionados contratos de interconexión y señaló que a éstos les eran aplicables las tarifas definidas en el

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463 de 2001 y (iii) los informes de conciliación suscritos por funcionarios de la ejecutante y de la ejecutada, en los cuales se detalla el tráfico de minutos de las llamadas entrantes internacionales completadas a través de la interconexión directa entre el la red de TPBCLDI de ETB y la red de TMC de Telefónica Móviles Colombia S.A.

Ahora bien, el apoderado de la ETB cuestiona que los actos administrativos no fueron aportados con la constancia de ser la primera copia y, por consiguiente, considera que no cumplen las exigencias formales que consagra el artículo 115 del C. de P.C., para que presten mérito ejecutivo.

La razón por la cual el ordenamiento jurídico sólo otorga mérito ejecutivo a la primera copia de las sentencias y de las providencias judiciales que tengan fuerza ejecutoria y ejecutiva obedece, por una parte, a la imposibilidad de aducir al proceso ejecutivo el original del respectivo documento y, por otra parte, a la imperiosa necesidad de brindar al obligado la seguridad de que no va a ser ejecutado de nuevo, con fundamento en el mismo título, en oportunidad posterior, como sucede con los títulos ejecutivos simples cuando la respectiva providencia condena a pagar determinada suma de dinero o a dar determinada cosa al acreedor; sin embargo, en este caso, tal como se ha venido diciendo, los actos administrativos no constituyen, por sí mismos y sin la observancia de otros documentos, el título base de la ejecución, de manera que no era necesario que se aportaran al proceso con la constancia de ser la primera copia, pues, de un lado, la obligación a cargo del deudor solo se deduce con la observancia de una pluralidad de documentos y, de otro lado, la obligación no se satisface en un solo momento, sino que puede ser requerida cada vez que el deudor se sustraiga de cumplir la obligación que emana del título ejecutivo complejo y, en ese caso, el acreedor deberá aducir, entre otros documentos, los referidos actos administrativos.

Ahora, desde el punto de vista material, de los documentos aportados al proceso que, en conjunto, integran el título ejecutivo complejo, se desprende una obligación clara, expresa y exigible a cargo de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P. y a favor de Telefónica Móviles Colombia S.A.

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

En efecto, la obligación es clara²², en la medida en que de los documentos que integran el título base del recaudo se deduce, sin el menor asomo de duda, que: (i) la ETB S.A. E.S.P. debía pagar a Telefónica Móviles Colombia S.A. (antes a Celumóvil S.A. y a Cocelco S.A.) por el acceso a la red de TMC cada vez que aquélla recibiera a través de su red de TPBCLDI una llamada y la completara a través de la interconexión con la red de esta última, (ii) según lo decidió la CRT, la ETB tenía que pagar los cargos de acceso a la red de TMC con fundamento en las tarifas previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997 (adicionado por la Resolución CRT 463 de 2001), según la opción que escogiera, esto es, por minutos o por capacidad, (iii) que las partes acordaron que el pago de acceso a la red de TMC se haría por **minutos o por facción** de llamada completada. De esta manera quedó planteado el esquema básico de remuneración en los contratos de interconexión.

Así, pues, no se requiere acudir a razonamientos adicionales o realizar complejas inferencias, para deducir la obligación a cargo de la ETB S.A. E.S.P. y a favor de Telefónica Móviles Colombia S.A. En ese sentido, el título complejo es claro, inteligible y preciso y es claro también, conforme al mismo, que las partes están legitimadas por activa y por pasiva, en relación con las pretensiones ejecutivas.

La obligación es expresa²³, por cuanto en los documentos que integran el título ejecutivo está determinada la obligación cuyo pago se solicita y es exigible, porque los actos administrativos que hacen parte del título ejecutivo se hallan en firme y no existe plazo o condición que esté pendiente por cumplirse para que Telefónica Móviles Colombia S.A. pueda demandar la satisfacción de la obligación insoluta.

Es de anotar que, si bien la obligación no está expresada en una cifra numérica precisa, resulta liquidable por simples operaciones aritméticas. Se dice que simples, porque basta acudir a las operaciones aritméticas básicas (suma, resta, multiplicación y división), para establecer la suma líquida que debe pagar la ejecutada.

²² La claridad consiste en que la obligación sea fácilmente inteligible., al respecto, ver: MORA G., Nelson R: "Procesos de Ejecución", Tomo I, 3ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1980, pág. 93 y s.s.

²³ Significa declarar, precisamente, lo que se quiere dar a entender. *Ibidem*, págs. 97 y s.s.

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

En efecto, basta con multiplicar la tarifa prevista en la opción 1 (sub-numeral 2, redes de TMC y PCS²⁴) por el tráfico de minutos de llamadas entrantes completadas que se produjo entre junio de 2002 y septiembre de 2005, a través de la interconexión entre las redes de TPBCLDI de la ETB y de la TMC de Telefónica²⁵ y restar el valor efectivamente pagado por la ETB durante dicho período, para establecer el monto de la obligación insoluta, que está constituido por la diferencia así resultante.

En ese sentido, la Sala no comparte lo expresado por la ETB, en torno a que la obligación de pago no se puede deducir por simples operaciones aritméticas, pues tal requisito se satisface siempre que la determinación de la suma no esté sujeta a deducciones indeterminadas, tal como lo prevé el artículo 491 del C. de P.C.

g.- No se libraré mandamiento de pago por concepto de IVA sobre el capital insoluto, pues del título ejecutivo no se desprende que tal obligación corra por cuenta del ejecutado.

h.- Tampoco se libraré mandamiento de pago por la actualización del capital, pues, al librarse mandamiento de pago por los intereses moratorios se está deflactando la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

Primero.- REVÓCASE el auto proferido el 29 de abril de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "A". En su lugar, se dispone:

"PRIMERO: LÍBRASE MANDAMIENTO DE PAGO a favor de Telefónica Móviles Colombia S.A. y en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., por las siguientes sumas:

²⁴ Del artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463 del 4 de enero de 2002.

²⁵ Según la relación de minutos que aparece en los informes de conciliación suscritos entre las partes, que obran en el cuaderno 2 del expediente.

Expediente 39.900
Actor: Telefónica Móviles Colombia S.A.
Ejecutivo

“a.- Por la diferencia entre el valor pagado por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. y el valor de la tarifa fijado en el artículo 4.2.2.19 -opción 1, cargos de acceso máximos por minuto, redes de TMC y PCS-, de la Resolución CRT 463 de 2001, por concepto de los cargos de acceso causados por la interconexión directa de la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia internacional –TPBCLDI- de ETB y la red de telefonía móvil de celular –TMC- de Telefónica, en las llamadas internacionales entrantes y terminadas, durante el período comprendido entre 1º de junio de 2002 y el 30 de septiembre de 2005.

b.- Por los intereses de mora causados sobre la cantidad líquida resultante de la diferencia entre lo pagado y lo establecido en el mencionado artículo 4.2.2.19 -opción 1, cargos de acceso máximos por minuto, redes de TMC y PCS-, de la Resolución CRT 463 de 2001, causados desde la fecha de ejecutoria de la Resolución CRT 1303 del 29 de septiembre de 2005, esto es, desde el 19 de octubre de 2005 y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

“SEGUNDO.- La anterior suma, junto los intereses de mora causados deberá pagarse dentro de los cinco (5) días siguientes, tal como lo dispone el artículo 498 del C. de P.C.”.

Segundo.- Una vez notificada la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

PATRICIA MIER BARROS
Conjuez