

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Niega. Caso contrato de derecho privado de interconexión telefónica con sistema de cargo inicial por minuto y luego por capacidad / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO / CONTRATO DE INTERCONEXIÓN / INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA DE LIQUIDACIÓN DE CARGO POR INTERCONEXIÓN - Modulación / SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DE CARGO POR CAPACIDAD

[La] Sala concluye que Coltel no incumplió el Contrato No. 6824 de 2001 al negarse a reconocer la liquidación de los cargos de acceso por minuto, entre el 1 de mayo de 2003 y 31 de septiembre de 2004, dado que las partes acordaron una modificación de algunas de las condiciones del anexo 2 del contrato, entre las cuales se adoptaron los cargos por capacidad, con fuerza vinculante entre ellas. (...) Por otra parte, se advierte que el acuerdo cumplió con los parámetros del derecho comunitario, toda vez que las bases para liquidar los valores a pagar se correspondieron con la identificación de los costos que fueron detallados y conciliados de conformidad con los enlaces acordados para hacer posible la interconexión y la comunicación telefónica de los usuarios. En el mismo sentido, se concluye que no existe fundamento para condenar a Coltel a pagar la diferencia entre los valores que se habrían liquidado por minuto y los que se establecieron con base en los cargos por capacidad en el período que se trajo al debate judicial. (...) Finalmente, se hace constar que el apoyo legal de las anteriores consideraciones se encuentra en el régimen del contrato definido en la Ley 142 de 1994, en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual el contrato es una ley para las partes, en la libertad de formas prevista en el artículo 824 del Código de Comercio y en la fuerza vinculante de los acuerdos provenientes de los representantes legales de las partes, igualmente apoyada, en este caso, en el derecho privado aplicable al contrato de interconexión de las empresas de servicios públicos. (...) Las conclusiones anteriores se fundan, también, en las reglas de interpretación del contrato y de sus modificaciones, contenidas en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, toda vez que se han apreciado las pruebas para evaluar la intención de las partes, con base en los actos de sus representantes y en la aplicación práctica que sus delegados dieron a los acuerdos conciliatorios. NOTA DE RELATORÍA. Síntesis del caso. En octubre de 2001 Edatel y Telecom celebraron contrato de uso e interconexión de redes de telefonía para la prestación del servicio interconectado a los usuarios en el departamento de Antioquia, por minuto o proporcional más el respectivo cargo por transporte. Luego, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (actualmente Comisión de Regulación de Comunicaciones) expidió la Resolución 463 de 2001, según la cual se contempló la liquidación del cargo de acceso bajo dos modalidades: por minuto y por capacidad. Dentro de los términos contractuales, las partes habían pactado que cualquier modificación a las tarifas por parte de la autoridad competente, se realizaría una actualización en el plazo de 30 días. De conformidad con lo anterior, para octubre de 2004, las partes acordaron la modificación contractual incluyendo como modalidad de liquidación de cargo la de opción de capacidad.

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EVENTOS DE CONTRATO DE INTERCONEXIÓN TELEFÓNICA - Criterios y pautas jurisprudenciales / TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

“[El] TJCA presentó el análisis de los temas objeto de interpretación, refiriéndose a las condiciones para la interconexión, a la autoridad nacional competente para resolver los conflictos de interconexión y a las preguntas de la consultante. [A

través de la interpretación 82 IP 2017]. NOTA DE RELATORÍA. Sobre interpretación prejudicial, véase también: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, 24 de mayo de 2018, radicación número: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292), convocante: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, convocadas: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular Comcel S.A., referencia: recurso extraordinario de anulación.

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL / COMPETENCIA PARA CONOCER Y RESOLVER CONTROVERSIAS CONTRACTUALES EN EVENTOS DE CONTRATO DE INTERCONEXIÓN - Distinción / COMPETENCIA EN EVENTOS DE DERECHOS DISPONIBLES - Acto de incumplimiento contractual / COMPETENCIA POR DISPOSICIÓN DE NORMAS DE ORDEN PÚBLICO - Acto regulatorio / COMPETENCIA DE AUTORIDAD NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - Acto regulatorio

[El] TJCA presentó el análisis de los temas objeto de interpretación, refiriéndose a las condiciones para la interconexión, a la autoridad nacional competente para resolver los conflictos de interconexión y a las preguntas de la consultante. En esa interpretación, (...) citó el artículo 30 de la Decisión 462 relativo a los principios relativos a la interconexión y el artículo 18 de la Resolución 432 por medio de la cual se establecieron las normas comunes a la interconexión. [Para el] TJCA (...) la interpretación conjunta de esas dos normas y destacó dos aspectos: i) “Obligatoriedad en la interconexión” y ii) “Los cargos de la interconexión deben ser orientados a costos”. (...) [De esta manera, en] la definición de la autoridad nacional competente, la interpretación (...) adoptó una distinción basada en la controversia sometida a juzgamiento, según se trate de: i) asuntos relacionados con derechos disponibles o ii) materias de orden público, derecho de imperio del Estado o funciones regulatorias. (...) [Así,] para el presente proceso, en el aspecto de la competencia, estableció que se deben someter al conocimiento de la autoridad de telecomunicaciones las controversias que se refieren a “materias de orden público, derecho de imperio del Estado o las funciones regulatorias de la Autoridad de Telecomunicaciones”. Por ello, siguiendo tal interpretación, para este caso concreto se puede observar que la controversia sub lite no versa sobre la legalidad de un acto administrativo de carácter regulatorio ni sobre el alcance del mismo. [De esta manera, el] litigio que ahora se somete al conocimiento de la Sala se refiere al supuesto incumplimiento del contrato, a la fecha de su modificación y al valor a pagar por los cargos de interconexión pactados entre las partes para el período transcurrido entre mayo 1º de 2002 y 31 de septiembre de 2004. Se puntualiza que esos asuntos sin duda corresponden a derechos disponibles y conciliables entre las partes, que en este caso no fueron sometidos a arbitraje, (...). Por ello, siguiendo la interpretación 82 IP 2017 (...) [y] según el derecho andino que se integra al derecho nacional, corresponde a una de aquellas que debe ser resuelta ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al desatar la presente acción contractual. (...) Como consecuencia, siguiendo la interpretación prejudicial que el TJCA profirió para el presente proceso, se concluye que el Consejo de Estado es competente para resolver en segunda -y última instancia- el presente litigio. NOTA DE RELATORÍA. Problema jurídico. En aplicación de los criterios fijados por el Tribunal Andino de Justicia en la interpretación 82 IP 2017, ¿cómo se determina la competencia para resolver controversias relacionadas con contratos de interconexión?

COMPETENCIA DE AUTORIDAD NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - Remisión por competencia / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES EN

EVENTOS DE CONTRATO DE INTERCONEXIÓN - Legislación, normatividad o regulación aplicable / INTERPRETACIÓN DE NORMATIVIDAD INTERNA - Derecho interno: Corresponde al juez nacional. Jurisdicción contencioso administrativa

Por ello, siguiendo la interpretación 82 IP 2017 se establece que la controversia en este proceso, según el derecho andino que se integra al derecho nacional, corresponde a una de aquellas que debe ser resuelta ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al desatar la presente acción contractual. (...) [En cuanto a la] segunda pregunta de la interpretación prejudicial (...) [“]En caso de que se estime que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo NO es competente para fallar en asuntos sobre el contrato de interconexión, por virtud de las normas de la Comunidad Andina de Naciones, se solicita interpretar si debe el Consejo de Estado remitir el expediente, en el estado en que se encuentra, a la Autoridad Nacional actualmente competente en materia de regulación, aunque en el derecho local esa entidad no tenga facultades jurisdiccionales para conocer del proceso en cuestión [(...)”. Se] contestó así (se transcribe de forma literal): “La pregunta realizada está enfocada a temas que no son de competencia de este Tribunal, por lo que no se puede dar contestación a la misma, ya que no corresponde interpretar la normativa interna”. De conformidad con lo anterior, la eventual decisión de remitir el presente caso a la autoridad nacional encargada de la regulación (Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC, antes CRT) se definirá de acuerdo con la legislación nacional.

COMPETENCIA DE AUTORIDAD NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - Definición, concepto, noción / COMPETENCIA DE AUTORIDAD NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - Contenido y alcance / CONTRATO DE INTERCONEXIÓN

[De] conformidad con el derecho andino, la autoridad nacional (Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC, antes CRT) es competente para dirimir el conflicto solo cuando se refiere a una controversia entre las partes sobre “materias de orden público, derecho de imperio del Estado o las funciones regulatorias de la Autoridad de Telecomunicaciones”.

NIEGA COMPETENCIA DE AUTORIDAD NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - Por cuanto no se trata de litio o controversia sobre norma general ni acto expedido por autoridad / NIEGA COMPETENCIA DE AUTORIDAD NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - Controversia no versa sobre un acto regulatorio / CONTRATO DE INTERCONEXIÓN

En este caso, aunque para resolver el litigio deben considerarse, entre otras las Resoluciones expedidas por la CRT, se aprecia que la controversia no se refiere a las funciones de la CRT ni a actos expedidos por esa autoridad. El litigio versa sobre el supuesto incumplimiento de los derechos exigibles bajo un contrato que se rige por el derecho privado, en el cual no se discuten normas de orden público ni hechos o actos del imperio del estado.

RECONOCE COMPETENCIA DE CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA EN EVENTO DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES DE CONTRATO DE INTERCONEXIÓN TELEFÓNICA - Aplica criterio de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la CAN / COMPETENCIA DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

[Siguiendo] la interpretación 82 IP 2017 se establece que la controversia en este

proceso, según el derecho andino que se integra al derecho nacional, corresponde a una de aquellas que debe ser resuelta ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al desatar la presente acción contractual. (...) [De tal manera.] se concluye que el Consejo de Estado es competente para resolver en segunda -y última instancia- el presente litigio.

ALCANCE DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA - Modulación / LIQUIDACIÓN DE CARGOS DE CONTRATO DE INTERCONEXIÓN

[La interpretación 82 IP 2017 rescata la tesis según la cual el señalamiento de la competencia de la autoridad nacional en materia de interconexión (en Colombia la CRT hoy la CRC) no impone a las partes la obligación de someter a esa autoridad la resolución del conflicto, cuando el mismo sea disponible, (...). En otras palabras, la jurisdicción de lo contencioso administrativo y los tribunales de arbitramento Sí tienen competencia para resolver, a través de sus sentencias y laudos, las controversias en materia de los contratos de interconexión de servicios públicos, cuando los derechos en contienda sean disponibles por las partes. Se agrega que contra los actos administrativos de la CRC que resuelven los conflictos en la vía administrativa procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la presente jurisdicción". (...) No obstante, es importante hacer notar que para la jurisdicción nacional en los procesos de única o de última instancia – incluyendo a los tribunales de arbitramento que en Colombia detentan jurisdicción, de conformidad con el artículo 116 de la C.P.- continúa vigente la obligación de solicitar y seguir la interpretación prejudicial obligatoria del TJCA en aquellos eventos en que: i) el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina deba aplicarse al caso concreto o ii) se controvierta alguna de las normas que lo conforman, de acuerdo con lo previsto en los artículos 121, 123, 126 y 127 de la Decisión 500. (...) [Además, la] Sala agrega que la interpretación que adoptó el TJCA para el presente caso sigue la que fue emitida por ese Tribunal en relación con las consultas recientes. [Además,] se registra que la interpretación 82-IP-2017, emitida para el presente caso refleja la tesis que, finalmente, fue acogida por la comunidad andina con la modificación de la Resolución 432 adoptada mediante Resolución 1922 de la secretaría general de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial No. 2989 del 18 de abril de 2017, (...). Como consecuencia, es claro que el TJCA con su modulación de la jurisprudencia se apartó de la interpretación según la cual las partes tenían que acudir de manera obligatoria a la autoridad nacional competente para resolver las controversias acerca del valor de los cargos de interconexión que entraron en disputa a raíz de la Resolución 463 de 2001, emitida por la CRT de Colombia. (...) Así las cosas, esta Sala concluye que Colombia no ha cedido su jurisdicción al Tribunal Andino de Justicia en materia de interconexión, sin perjuicio de que se haya sometido a consultar la interpretación de las normas del derecho andino cuando se requiera su aplicación para resolver los asuntos materia de la controversia. NOTA DE RELATORÍA. Problema jurídico. ¿Cuál es el alcance dado por el Tribunal de Justicia de la CAN en la interpretación 82 IP 2017 frente a la competencia para resolver conflictos en materia de interconexión?.

SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DE CARGOS EN CONTRATO DE INTERCONEXIÓN - Criterios aplicables / SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DE CARGOS EN NORMATIVIDAD DE LA CAN - No es taxativo / SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DE CARGOS DE INTERCONEXIÓN - Regulación nacional y por acuerdo de las partes / SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DE CARGOS DE INTERCONEXIÓN - Base sobre costos / CONSUMIDOR DE SERVICIOS - Usuario. Aplicación e interpretación favorable de normas

[Siguiendo la interpretación 82 IP 2017] el TJCA se refirió a que la normativa de la Comunidad Andina de Naciones no impone un sistema particular de liquidación de los cargos de interconexión y que los factores que componen los costos se enumeran en sus decisiones en forma no taxativa, de manera que las entidades de regulación y las partes, en su caso, pueden definir la forma como liquidarán los cargos por interconexión, basándose necesariamente en los costos y teniendo en cuenta que deben propender por la interconexión efectiva en favor de los usuarios del servicio. NOTA DE RELATORÍA. Problema jurídico: En aplicación de los criterios fijados por el Tribunal Andino de Justicia en la interpretación 82 IP 2017, ¿Cuál es el sistema de liquidación de cargos de interconexión?.

ACUERDO BILATERAL DE SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DE CARGOS POR CAPACIDAD - Fecha en que entró a regir / MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DE CARGOS - Conteo del término para entrada en vigencia / CONTRATO DE INTERCONEXIÓN - Sometido al régimen de derecho privado / MODIFICACIÓN AL CONTRATO - Criterios aplicables / FORMALIZACIÓN DE MODIFICACIÓN DE CONTRATO DE INTERCONEXIÓN

En el expediente obran pruebas suficientes acerca de la aplicación práctica que las partes dieron al referido acuerdo, toda vez que las actas de conciliación del CMI, (...) indican que las cuentas se liquidaron, partiendo de “valor correspondiente a los cargos de acceso por capacidad” para el mes respectivo, “para un total de 16 E1s por valor de (...)”. Por tanto, aunque en estas actas del comité se dejó constancia de que los valores se consideraban como provisionales, lo cierto es que las mismas no dejan duda alguna sobre la opción o modalidad por capacidad que se acogió para liquidar los cargos de acceso de Telecom. (...) Como consecuencia, el plenario arroja certeza de que las partes conciliaron y operaron sobre la modalidad de cargos por capacidad, así no se hubiere formalizado el acuerdo modificatorio (...). Después de todo el análisis probatorio, pasando a aplicar la normatividad de la comunidad andina se observa que en el presente caso los cargos de acceso pueden aplicarse bajo la modalidad conciliada entre las partes, (...). En ese sentido, la Sala acoge y aplica la interpretación obligatoria 82-IP-2017 proferida por el Tribunal Andino de Justicia para resolver este litigio (...). Como consecuencia, la Sala concluye que Coltel no incumplió el Contrato (...) al negarse a reconocer la liquidación de los cargos de acceso por minuto, entre el 1 de mayo de 2003 y 31 de septiembre de 2004, dado que las partes acordaron una modificación de algunas de las condiciones del anexo 2 del contrato, entre las cuales se adoptaron los cargos por capacidad, con fuerza vinculante entre ellas. Esa modificación del contrato tuvo lugar por el acuerdo suscrito por los representantes legales de las partes, con independencia de que los documentos en que se plasmó el consenso correspondieron a las actas de conciliación directa y no a un otrosí u otro texto titulado como reforma o modificación del anexo referido. A su vez, Edatel no podía exigir que la firma del modificatorio fuera la única fuente formal de las obligaciones contractuales, debido a que con ello desconocía la fuerza obligatoria del acta de conciliación que su representante legal suscribió, en la cual se relacionaron las actas 01 y 02 del CMI referidas a la aceptación que Edatel dio a la modalidad de liquidación de los cargos por capacidad, conciliación que se adoptó el 3 de octubre de 2002, por la vía de un acuerdo directo que las partes determinaron como aplicable a partir del 1º de marzo de 2002. [Ahora bien, frente] a las formalidades contractuales, se agrega que, en últimas, esa variación de la modalidad de los cargos de acceso también cumplió con la forma escrita y la firma de los representantes legales, [(...); [además,] el acuerdo cumplió con los parámetros del derecho comunitario, toda vez que las bases para liquidar los valores a pagar se correspondieron con la

identificación de los costos que fueron detallados y conciliados de conformidad con los enlaces acordados para hacer posible la interconexión y la comunicación telefónica de los usuarios. En el mismo sentido, se concluye que no existe fundamento para condenar a Coltel a pagar la diferencia entre los valores que se habrían liquidado por minuto y los que se establecieron con base en los cargos por capacidad en el período que se trajo al debate judicial. Finalmente, se hace constar que el apoyo legal de las anteriores consideraciones se encuentra en el régimen del contrato definido en la Ley 142 de 1994, en el artículo 1602 del Código Civil, (...) [y] en el artículo 824 del Código de Comercio y en la fuerza vinculante de los acuerdos provenientes de los representantes legales de las partes, igualmente (...) en el derecho privado aplicable al contrato de interconexión de las empresas de servicios públicos. **NOTA DE RELATORÍA.** Problema jurídico. ¿[E]stablecer la fecha en que entró a regir el sistema de liquidación de los cargos por capacidad dentro del Contrato (...) en concreto, se debe definir si únicamente pudo aplicarse a partir de la formalización del acuerdo modificatorio de octubre 1 de 2004 o desde antes de su suscripción?.

CLÁUSULA COMPROMISORIA CONDICIONADA - Debía surtir condición: Decisión de la junta directiva de Edatel / CLÁUSULA COMPROMISORIA CONDICIONADA - No era medio obligatorio de solución de conflicto

La Sala observa que, según el párrafo quinto de la cláusula vigésima primera del Contrato No. 6824 de 2001, la aplicación de la cláusula compromisoria, en efecto, se encontraba condicionada a la decisión de la junta directiva de Edatel, de manera que no estaba prevista como un medio obligatorio de solución de este conflicto. Por ello, la Sala reafirma que le asiste la jurisdicción y competencia para conocer el fondo de la controversia contractual que se sometió a su conocimiento.

CONTRATO DE INTERCONEXIÓN - Regulación o normatividad aplicable / SERVICIOS PÚBLICOS - Ley de servicios públicos / SERVICIO DE TELEFONÍA Y CONTRATO DE INTERCONEXIÓN DE TELEFONÍA - Caracterización. Regulación o normatividad aplicable / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO / CONTRATO DE INTERCONEXIÓN - Contrato regido por el régimen privado

La Ley 142 de 1994 estableció la definición de los servicios públicos sometidos a ella, entre otros, la telefonía básica, la móvil rural y la larga distancia, sobre la cual versan los cargos de interconexión en este litigio y dispuso para su contratación el régimen de derecho privado, como norma general, (...). [En este punto, especialmente, el] párrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, (...) mantuvo bajo el régimen de derecho privado los contratos de interconexión previstos en el numeral 39.4.

CONTRATO DE INTERCONEXIÓN - Concepto, definición, noción

NOTA DE RELATORÍA. En este fallo se menciona el concepto contenido en el artículo 2 de la Decisión 462 de la CAN.

ACUERDOS DE PAGOS DE COSTOS EN CONTRATO DE INTERCONEXIÓN / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES - Aplicable en contratos regidos por el derecho privado

[T]eniendo en cuenta que el contrato de interconexión se rigió por el derecho privado, eran válidos los acuerdos entre las partes para determinar los valores a

pagar de conformidad con los costos, sin perjuicio de la obligación de respetar a la regulación de la CRT.

CONTRATO DE INTERCONEXIÓN - Adición y modificación de contrato: Protocolización de modificación / ADICIÓN Y MODIFICACIÓN DE CONTRATO - Documento que reconoce y protocoliza acuerdo / INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO POR DEMORA EN REMISIÓN O PROTOCOLIZACIÓN DE MODIFICACIÓN DE CONTRATO - Niega. No es procedente / COMITÉ MIXTO DE INTERCONEXIÓN - Obligatoriedad de acuerdos. Acta de conciliación del / COMITÉ MIXTO DE INTERCONEXIÓN - Desintegración no afecta término de entrada en vigencia modificación de contrato / SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DE CARGO POR CAPACIDAD - Modificación obligatoria para las partes / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES - Obligatoriedad de acuerdos entre las partes / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO A TRAVÉS DE ACTA DE CONCILIACIÓN - En eventos de sistema de cargos de interconexión

[El] plenario arroja certeza de que las partes conciliaron y operaron sobre la modalidad de cargos por capacidad, así no se hubiere formalizado el acuerdo modificatorio al anexo 2. (...) [Ahora bien, respecto de la posible] demora en formalizar el acuerdo modificatorio y en integrar el Comité Mixto de Interconexión [se tiene que] aunque Telecom, (...) sustituido por Coltel, se hubiera demorado en responder la comunicación mediante la cual Edatel le remitió el proyecto de modificación del anexo 2 del contrato, ello no constituyó un incumplimiento del contrato que diera lugar a desconocer el acuerdo ya logrado entre las partes sobre el cambio de la opción de liquidación. Tampoco la desintegración temporal del Comité Mixto de Interconexión puede servir como fundamento a un supuesto derecho de Edatel para modificar la oportunidad en que entró a regir la opción base de liquidación por cargos de capacidad, según lo ya acordado por las partes. (...) Se reitera que lo conciliado en octubre 3 de 2002 tenía como base la opción de liquidación de los cargos por capacidad, según las actas allí incluidas. (...) Se puede agregar que, aunque Coltel se demoró en formalizar los nombramientos de los delegados del Comité Mixto de Interconexión y las reuniones tuvieron que realizarse durante algunos meses con funcionarios no empoderados, en las actas correspondientes, de 6 de agosto de 2003 a 2 de junio de 2002, ni Edatel ni Coltel variaron la postura de liquidar los cargos de acceso con base en la capacidad.

ACTA DE CONCILIACIÓN - No se registró salvedad o modificación respecto a sistema de liquidación de cargo / NEGOCIACIÓN DIRECTA / SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DE CARGO POR CAPACIDAD - Modificación aplicable a las partes / SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DE CARGO POR MINUTO - Sistema anterior / INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO ESTATAL - Niega, no era procedente: En evento en que Telecom se negó a efectuar liquidación de cargo con opción anterior a la pactada en modificación / SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DE CARGO - No puede condenarse a Coltel por haberse negado a efectuar una nueva liquidación regresando a la opción anterior por minuto / TELECOM - Ahora Coltel

Se observa que en las actas de 14 de julio de 2003, referidas a la conciliación de los meses de marzo y abril de 2003, última que suscribe un funcionario por Telecom, y las actas de 6 de agosto de 2003, 17 de septiembre de 2003, 19 de diciembre de 2003, 29 de enero de 2004, 26 de marzo de 2004 y 2 de junio de 2004, en las cuales se conciliaron las cuentas hasta el mes de abril de 2004, las conciliaciones se fundaron en los cargos por capacidad, como uno de los elementos reiterados en todas las reuniones. (...) Por tanto, se entiende que en esas

reuniones Edatel respetó el acuerdo con base en el cual se venían conciliando los valores, toda vez que su salvedad a dichas actas se refirió únicamente a la falta de formalización de los delegados de Coltel para conformar el Comité Mixto de Interconexión, (...). En este punto es importante observar que las actuaciones de los delegados en el CMI no tenían la potencialidad de cambiar el contrato, pero sí eran indicativo de la intención de las partes y del entendimiento que tuvieron respecto de las bases de la liquidación de las cuentas, al menos hasta que Edatel buscó introducir una cláusula de vigencia a partir del momento en que se formalizara la modificación del anexo 2. (...) En ese orden de ideas, no puede condenarse a Coltel por haberse negado a efectuar una nueva liquidación regresando a la opción anterior, con base en los minutos de las llamadas interconectadas. Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia, en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, puesto que no se probó el incumplimiento del contrato y - se repite- habiéndose probado la conciliación, no resulta procedente revertir las cifras que fueron liquidadas de acuerdo con la opción de cargos de acceso por capacidad.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 39 NUMERAL 4 / DECISIÓN 462 DE 1999 COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES - ARTÍCULO 30 / RESOLUCIÓN 432 DE 2000 COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES - ARTÍCULO 18 / INTERPRETACIÓN 82 IP 2017 COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 05001-23-31-000-2005-05378-01(48611)A

Actor: EDATEL S.A. E.S.P.

Demandado: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL – El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina moduló su jurisprudencia sobre la autoridad competente para resolver las disputas por cargos de interconexión – Colombia no ha cedido su jurisdicción al Tribunal Andino de Justicia en materia de interconexión, sin perjuicio de que se haya sometido a consultar la interpretación de las normas del derecho andino cuando se requiera su aplicación para resolver los asuntos materia de la controversia / CONTRATOS DE INTERCONEXIÓN sometidos a la Ley 142 de 1994 se rigen por el derecho privado – MODIFICACIÓN AL CONTRATO - La

modificación del contrato tuvo lugar por el acuerdo de las partes, con independencia de que los documentos en que se plasmó el consenso correspondieron a las actas de conciliación directa y no a un otrosí u otro texto titulado como reforma o modificación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 8 de julio de 2013 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, en la cual se dispuso lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la entidad accionada, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

“SEGUNDO: NEGAR las súplicas de la demanda, de conformidad con las razones anotadas en la parte considerativa de esta providencia”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante demanda presentada el 3 de mayo de 2005¹, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, EDATEL S.A. E.S.P.² en ejercicio de la acción que delimitó como ordinaria³, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. (se transcribe de forma literal)⁴:

“1. Que se declare que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. incumplió el contrato número 6824 de 2001 para EDATEL S.A. E.S.P. y C-021-01 de 2001 para COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. (en adelante, el contrato de interconexión o simplemente el contrato), suscrito entre ambas empresas con el objeto de regular el acceso, uso e interconexión de redes de TPBCL, TPBCLE y TMR⁵ de EDATEL S.A. E.S.P. en el departamento de Antioquia y la TPBCLD⁶ de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES E.S.P.

“2. Que como consecuencia de ese incumplimiento, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. debe a EDATEL S.A. E.S.P., las

¹ Folios 324 a 342, cuaderno 1.

² En adelante se podrá denominar Edatel.

³ De acuerdo con la referencia de la demanda y con el contenido de la misma, la acción se enmarcó dentro de la contractual, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

⁴ En adelante se podrá denominar: Coltel.

⁵ Cita original de la demanda: “Las siglas corresponden a los servicios públicos domiciliarios de telefonía pública básica conmutada local, local extendida y móvil rural, que se rigen por la Ley 142 de 1994”. (folio 325, cuaderno 1).

⁶ Cita original de la demanda: “En la actividad complementaria de telefonía de larga distancia nacional e internacional, que también se rige por la Ley 142 de 1994”. (folio 325, cuaderno 1).

diferencias que resulten de la liquidación de los cargos de acceso por minuto entre el 1 de mayo de 2002 y el 31 de septiembre de 2004 y las sumas pagadas por la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES – TELECOM y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P, a EDATEL S.A. E.S.P. durante ese período, por concepto de acceso, uso o interconexión de su red en el departamento de Antioquia, conforme a lo estipulado en la cláusula quinta del contrato de interconexión y en la sección 3, numeral 3.1. del Anexo No. 2 – FINANCIERO COMERCIAL.

“3. Que se condene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. a pagar la diferencia anterior con los intereses de mora, liquidados a la máxima tasa de remuneración vigente, certificada por la Superintendencia Bancaria hasta la fecha que se realice el pago efectivo de estas obligaciones, según se establece en la Sección 6, numeral 6.9. del mencionado Anexo No. 2 del contrato de interconexión.

“4. Que se condene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. al pago de las costas judiciales que ocasione este proceso”⁷.

2. Los hechos

Síntesis del caso

En octubre de 2001 EdateL y Telecom celebraron un contrato de uso e interconexión de redes de telefonía para la prestación del servicio interconectado a los usuarios en el departamento de Antioquia. Se suscitaron diferencias entre las partes en relación con la modificación de los cargos de acceso, con ocasión de la entrada en vigencia de la Resolución 463 de 2001, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT hoy CRC). La disputa se centró en la fecha a partir de la cual entró a regir la modificación contractual correspondiente y, por tanto, en el valor resultante de la conciliación de las cuentas relativas a los servicios interconectados.

EdateL afirma que Telecom incumplió el contrato y que dicho cambio en la modalidad de liquidación de los cargos de acceso solo pudo tenerse en cuenta a partir del 1º de octubre de 2004, fecha del contrato modificadorio y, por su parte, Coltel -subrogataria de Telecom-, estima que la modificación entró a regir a partir del 1 de marzo de 2002, por haber sido conciliada de común acuerdo entre las partes.

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

⁷ Folios 324 a 343, cuaderno 1.

2.1. Entre Edatel S.A. E.S.P.⁸ y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - Telecom⁹, sustituida en sus obligaciones, de acuerdo con el artículo 14 del Decreto-ley 1616 de 2003¹⁰, por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.¹¹, se suscribió el contrato de acceso, uso e interconexión de redes No. 6824 de 17 de octubre de 2001, en la numeración de Edatel y C-021 de 2001, según numeración de Telecom¹², en cuyo anexo 2 -financiero comercial- se contemplaron las formas de remuneración para el uso de las redes de Edatel y Telecom en el departamento de Antioquia, de acuerdo con la utilización de los usuarios, por minuto o proporcional, más el respectivo cargo por transporte.

2.2. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT hoy CRC) expidió la Resolución 463 de 2001, que introdujo una nueva regulación en relación con los cargos de acceso¹³, en la cual se contempló la obligación de ofrecer el acceso, al menos, bajo dos modalidades de liquidación de los cargos: **i)** por minuto y **ii)** por capacidad.

Expuso la demandante que esta última modalidad consistió en que el operador solicitante (Telecom) “*alquilaba*” al operador interconectante o incumbente (Edatel) cada enlace (E1) por un precio fijo mensual, liquidado con los valores establecidos en la referida resolución.

⁸ En adelante se denominará Edatel.

⁹ En adelante se denominará Telecom.

¹⁰ Cita original de la demanda:

“Decreto-ley 1616 de 2003. Art 14. Contratos de interconexión y de prestación del servicio público. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. se subroga en los contratos de interconexión celebrados con operadores de telecomunicaciones, por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones- Telecom y por las Teleasociadas, en las mismas condiciones que fueron pactados.

“Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. se subroga en los contratos de condiciones uniformes y en los contratos para la prestación de servicios de telecomunicaciones celebrados con los usuarios de dichos servicios, por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – Telecom y por las Teleasociadas, en las mismas condiciones que fueron pactadas”.

¹¹ En adelante Coltel.

¹² En adelante se identificará como contrato No. 6824.

¹³ Según los considerandos, la Resolución 463 de 2001 se expidió con base en la Ley 142 de 1994, así:

“Que el literal c) del artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994 señala como función especial de la CRT, la de establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de Telecomunicaciones del Estado, así como la de fijar los cargos de acceso y de interconexión de estas redes a otras redes de telecomunicaciones”.

2.3. De acuerdo con lo que narró la demandante, la cláusula décima del contrato de interconexión tenía previsto que en caso de modificación de las tarifas por parte de la autoridad competente se realizaría una actualización en el plazo de 30 días. Sin embargo, la demandante advirtió que solamente después de varios requerimientos de su parte y de comunicaciones cruzadas, el 1º de octubre de 2004, se logró la firma de Coltél en un contrato modificatorio, en el cual se acordó la modalidad del cargo bajo la opción de capacidad.

2.4. La demandante indicó que, en su criterio, la modificación solo debía aplicarse a los cargos de interconexión a partir de la firma del contrato modificatorio. Agregó que se suscitaron diferencias entre las partes sobre ese aspecto, pero que no fueron sometidas a la solución del conflicto por la CRT, ni por un Tribunal de Arbitramento, toda vez que, de conformidad con los estatutos sociales y con el contrato, en esa oportunidad la junta directiva de Edatel no autorizó acudir a esos medios alternativos para resolver el conflicto relacionado con los cargos de acceso, para el período que ahora se discute.

Por ello, indicó que se agotó el procedimiento de solución de diferencias, tal como había sido previsto en la cláusula vigésima primera del Contrato No. 6824 de 2001¹⁴.

2.5. La demandante observó que Coltél se negó a liquidar los cargos de acceso con base en los minutos de llamadas para el período comprendido entre el 1º de mayo de 2002 y el 30 de septiembre de 2004, incumpliendo el contrato, por cuanto dichos cargos se causaron con anterioridad a la firma del acuerdo modificatorio de 1º de octubre de 2004. En su criterio, se han debido liquidar y pagar de conformidad con el texto inicial del contrato de interconexión.

2.6. En el escrito de demanda, Edatel presentó un cuadro contentivo de la liquidación correspondiente a la diferencia que debió liquidarse con base en los minutos reales, más sus correspondientes intereses. Con apoyo en esa liquidación, la demandante afirmó que el valor adeudado por capital ascendía a la suma de \$1.658'605.836.

3. Fundamentos de derecho invocados por la demandante

¹⁴ Contrato No. 6824 de 12 de octubre de 2001. "CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS. (...). PARÁGRAFO 5. El tribunal de arbitramento solo se constituirá si EDATEL cuenta con la aprobación de su Junta Directiva, conforme a sus estatutos sociales vigentes".

Edatei, obrando como demandante, invocó el artículo 5 de la Resolución 463 de 2001, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT hoy CRC), en la cual se les permitió a los operadores mantener las condiciones vigentes o acogerse en su totalidad a las condiciones previstas en la citada resolución¹⁵. Igualmente, se apoyó en el contenido de la Resolución 087 de 1997¹⁶, modificada por la Resolución 463 de 2001 y en lo dispuesto en la Circular 040 de 2001, todas estas disposiciones expedidas por la CRT, en relación con el procedimiento que en su momento se definió para solucionar las diferencias acerca de los cambios en los cargos de interconexión.

También invocó el artículo 1602 del Código Civil, en virtud del cual todo contrato es una ley para las partes.

Finalmente, allegó las Resoluciones 541 de 2002 y 584 de 2002¹⁷, con fundamento en las cuales estimó que la opción de liquidación por capacidad solo tenía aplicación desde el momento en que las partes lo acordaran, durante la negociación directa, o, en caso de conflicto, desde que la CRT tuviera conocimiento del conflicto, dentro del procedimiento para la solución de diferencias previsto en la Resolución 463 de 2001¹⁸, el cual, según advirtió la demandante, no tuvo lugar en el caso que ahora se debate.

4. Contestación de la demanda

En la contestación de la demanda, Coltel, obrando como subrogataria de la posición contractual de Telecom en el contrato *sub lite*, se opuso a las pretensiones y destacó que el acuerdo entre las partes se perfeccionó desde el 15 de febrero de 2002, según consta en el acta No. 1 del Comité Mixto de Interconexión CMI¹⁹,

¹⁵ Resolución CRT 463 de 2001 (Publicada el 29 de diciembre de 2001). “Artículo 5o. Los operadores de 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”. Artículo 6o. Vigencia y Derogatorias. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y deroga las disposiciones que le sean contrarias, particularmente el Capítulo X del Título V de la Resolución CRT 087 de 1997. A partir del primero de enero de 2002, el Anexo 008 que hace parte integral de la presente Resolución, reemplaza al Anexo 008 de la Resolución CRT 087 de 1997”.

¹⁶ “Por medio de la cual se regula en forma integral los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC) en Colombia”.

¹⁷ Expedida para el caso particular de Telefónica de Pereira.

¹⁸ Según lo sostuvo la demandante, folio 334, cuaderno 1.

¹⁹ Folios 99 a 101, cuaderno 1.

previsto en la cláusula sexta del contrato y agregó que la liquidación con base en la capacidad entró a regir de acuerdo con los enlaces que allí se determinaron.

Hizo notar que las partes suscribieron las actas de conciliación 9 a 21 de 2003²⁰ y 23 y 24 de 2004²¹, a instancias de la CRT, de manera que entraron en un procedimiento de depuración de cuentas hasta que se pudo lograr la formalización del acuerdo modificatorio suscrito en octubre de 2004.

La demandada presentó las excepciones consistentes en la fuerza vinculante del contrato, dado que estaba pactado que las partes de acogerían a las normas que expediera la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones; destacó el régimen del contrato de interconexión, su naturaleza especial, las facultades de la intervención de la CRT, en particular, las que corresponden a esa autoridad para definir los cargos de acceso, las cuales eran conocidas por ambas partes desde el momento en que firmaron el contrato.

Agregó que Edatel estuvo de acuerdo con la aplicación de los cargos por capacidad y que, por ello, en su momento no fue necesario seguir el procedimiento de solución de conflictos.

Finalmente, Coltel afirmó que la controversia en este caso era meramente regulatoria y que, por tanto, su definición se encontraba dentro de la competencia de la CRT²².

5. Actuación procesal

Inicialmente, mediante auto de 10 de octubre de 2005, el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la falta de jurisdicción, por considerar que el contrato de interconexión se rigió por el derecho privado, en los términos de la Ley 142 de 1994²³ y que, por tanto, le correspondía conocer del presente litigio a la justicia civil.

Remitido el expediente a la jurisdicción ordinaria, el Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín admitió la demanda²⁴; sin embargo, encontrándose en estado de dictar

²⁰ Folios 143 a 168, cuaderno 1.

²¹ Folios 198, 199, 201 y 202, cuaderno 1.

²² Folio 531, cuaderno 1.

²³ Folios 345 a 350, cuaderno 1.

²⁴ Folio 365, cuaderno 1.

sentencia, mediante auto de 27 de febrero de 2008, declaró la nulidad de lo actuado, en su momento, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006, referida a la jurisdicción competente para conocer de las controversias de las sociedades de economía mixta con participación estatal superior al 50%.

Posteriormente, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín decidió remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia –por considerarlo competente-, el cual avocó conocimiento mediante auto el 31 de julio de 2008²⁵.

Previo el trámite de un incidente de nulidad, en auto de 26 de abril de 2011, el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia mediante la cual se abrió el proceso a pruebas.

A través del auto de 26 de mayo de 2011, el Tribunal Administrativo de Antioquia decretó las pruebas documentales y testimoniales²⁶, las cuales se practicaron en el presente proceso.

6. La sentencia de primera instancia

En la sentencia de 8 de julio de 2013, el Tribunal Administrativo de Antioquia decidió: **i)** declarar no probadas las excepciones formuladas por la entidad accionada y, **ii)** denegar las súplicas de la demanda.

Para apoyar esa decisión, el Tribunal *a quo* se refirió al problema jurídico que planteó la demandante, en orden a determinar si Coltel incumplió el contrato por no haber presentado, de acuerdo con la cláusula décima del mismo, una propuesta de modificación.

El Tribunal *a quo* adoptó la siguiente conclusión (se transcribe de forma literal):

“En síntesis, en el caso presente se venía cumpliendo en debida forma el contrato, hasta que se le presentó a las partes una contingencia que las enfrascó en un plano de renegociación de las condiciones del contrato, es decir, las condiciones bajo las cuales este debía modificarse o actualizarse, con ocasión de la expedición de la Resolución No. 643 de 2001, resolviéndose con posterioridad el conflicto mediante la suscripción del respectivo acuerdo de actualización, sin que en ninguna de las cláusulas del nuevo pacto se contemplara ninguna condición de compensación de valores por concepto de

²⁵ Folio 719, cuaderno 1.

²⁶ Folio 830, cuaderno 1.

*cargos de acceso ni ramificación de la extemporaneidad con que el mismo fue suscrito, motivo por el cual no puede entenderse que haya incurrido en incumplimiento, respecto a éstos ninguna de ellas*²⁷.

Así las cosas, al considerar que Coltel no incumplió el contrato, el Tribunal de Antioquia denegó las pretensiones de la demanda.

6. El recurso de apelación

En escrito presentado el 13 de agosto de 2013, Edatel interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia

Al sustentar el recurso, estimó que el Tribunal *a quo* se equivocó en la definición del problema jurídico que se debate, toda vez que Edatel nunca hizo consistir el incumplimiento de la demandada en la no presentación de una propuesta de modificación del contrato.

Aseveró que el incumplimiento que se imputa en este proceso consistió en que Telecom (sustituido por Coltel) *“liquidó y canceló los cargos de acceso bajo una modalidad que el contrato de interconexión no consagraba”*²⁸ y que, en ello, procedió en forma unilateral en contra de lo pactado, puesto que la liquidación y pago de dichos cargos, en el periodo que se discute, debió hacerse con base en los minutos y no en la capacidad.

Advirtió que la sentencia de primera instancia partió de un error sustancial, por cuanto las partes no convinieron la modalidad de cargos de acceso por capacidad, sino por minutos.

Puntualizó que el Comité Mixto de Interconexión CMI no tenía facultades para modificar el contrato y que dicho contrato no puede entenderse reformado por la comunicación en la cual Telecom manifestó acogerse a la modalidad de cargos de acceso por capacidad, toda vez que esa opción no estaba prevista en el contrato vigente entre las partes y que, por ello, el cambio de modalidad para liquidar los cargos de acceso solo fue aceptado por Edatel y formalizado entre las partes a partir del acuerdo modificatorio.

²⁷ Página 13 de la sentencia, folio 871, cuaderno principal segunda instancia.

²⁸ Folio, 880 cuaderno principal segunda instancia.

Finalmente, advirtió la apelante (se transcribe literal):

“Como se puede observar COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. considera que la Resolución No. 463 de 2001, tiene carácter imperativo, aun cuando su artículo 5 claramente establece que es potestativo para los operadores acogerse a la modalidad de cargos de acceso por capacidad o conservar la modalidad de cargos de acceso por minuto, como lo estableció el mismo Tribunal Administrativo en la sentencia que se apela”²⁹.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La parte demandante alegó que Coltel aplicó unilateralmente la modalidad de cargos por capacidad sin que hubiera sido modificado el contrato de interconexión, de acuerdo con el procedimiento previsto para ello.

Por tanto, insistió en que durante *“el período comprendido entre marzo de 2002 y octubre de 2004, los cargos de acceso debían liquidarse y pagarse por minutos”*³⁰ y que, no obstante, Coltel se negó a ello, según consta en el acta No. 7 de la reunión de negociación de la interconexión.

Reiteró que la cláusula décima fue clara al indicar que el Comité Mixto de Interconexión CMI *“debe tener en cuenta al establecer sus procedimientos, que ellos no modifiquen el contrato”*.

Destacó que, de acuerdo con la misma cláusula, *“la tolerancia de una de las partes ante el incumplimiento de cualquier obligación a cargo de la otra, no se considera como aceptación”*.

Controvirtió la tesis según la cual los funcionarios del Comité Mixto de Interconexión CMI tenían la representación de la empresa, con alcance para modificar el contrato.

Destacó que en el acta 2 del 27 de febrero de 2002 Edatel solicitó que *“se analice conjuntamente el contrato para evaluar si es necesario modificarlo”*.

Advirtió que Telecom propició la demora en la suscripción del contrato modificatorio.

Acudió al análisis de la Resolución 087 de 1997, expedida por la CRT, para reafirmar que el régimen de interconexión se basa en la autonomía de la voluntad

²⁹ Folio 884, cuaderno principal segunda instancia.

³⁰ Folio 895, cuaderno principal segunda instancia.

de las partes. Agregó que en esa resolución de la autoridad de regulación se estableció la forma de solucionar los conflictos entre los operadores, en primer lugar, de manera directa y que, una vez vencido el plazo de la negociación, directa cualquiera de las partes podía solicitar a la CRT la solución de diferencias, cosa que no ocurrió en este caso.

Finalmente, en su alegato, Edatel se refirió a las decisiones de la CRT en casos similares y destacó las diferencias con algunos de los contratos en los cuales se podía considerar la aplicación inmediata de la variación en los cargos de conexión.

El apoderado de la parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver el asunto materia de la apelación la Sala seguirá el siguiente orden de razonamiento: **1)** las respuestas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina³¹ - TJCA - en ejercicio de la interpretación prejudicial obligatoria solicitada en este caso; **2)** la modulación de la jurisprudencia por parte del TJCA en relación con otras controversias en materia de cargos de interconexión; **3)** jurisdicción y competencia para conocer del presente proceso en el derecho nacional; **4)** oportunidad en la presentación de la demanda; **5)** cláusula compromisoria no obligatoria; **6)** el caso concreto; **7)** conclusiones y **8)** costas.

En el caso concreto se analizará el marco legal aplicable al contrato, las pruebas allegadas al proceso para definir la fecha de modificación del contrato y se acogerá la interpretación prejudicial obligatoria emitida por el TJCA, en materia de la definición de los cargos de interconexión en el presente caso.

1. Las respuestas del TJCA en ejercicio de la interpretación prejudicial obligatoria solicitada en este caso

Mediante auto de 12 de diciembre de 2016, encontrándose el expediente para fallo, el Despacho de la ponente consideró procedente realizar la solicitud de interpretación prejudicial obligatoria, en cumplimiento de los artículos 121 a 127 de la Decisión 500³², adoptada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones

³¹ En adelante se denominará TJCA.

³² Dada en la ciudad de Valencia, Venezuela, el 22 de junio de 2001.

Exteriores de la Comunidad Andina de Naciones, mediante la cual se expidió el Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena³³. En el auto citado se suspendió el presente proceso.

A través del oficio 760 -S-TJCA-2018 de 22 de agosto de 2018, la secretaria general del TJCA remitió la interpretación 82-IP-2017, proferida en Quito el 16 de julio de 2018.

En el presente asunto, mediante auto de 28 de septiembre de 2018, se levantó la suspensión del proceso y se puso en conocimiento de las partes la citada interpretación prejudicial.

Acerca de la 82 IP 2017 se observa que el TJCA presentó el análisis de los temas objeto de interpretación, refiriéndose a las condiciones para la interconexión, a la autoridad nacional competente para resolver los conflictos de interconexión y a las preguntas de la consultante.

En esa interpretación, el TJCA citó el artículo 30 de la Decisión 462 relativo a los principios relativos a la interconexión y el artículo 18 de la Resolución 432 por medio de la cual se establecieron las normas comunes a la interconexión.

El TJCA expuso la interpretación conjunta de esas dos normas y destacó dos aspectos: **i) “Obligatoriedad en la interconexión”** y **ii) “Los cargos de la interconexión deben ser orientados a costos”**.

En la definición de la autoridad nacional competente, la interpretación 82-IP-2017 el TJCA adoptó una distinción basada en la controversia sometida a juzgamiento, según se trate de: **i) asuntos relacionados con derechos disponibles** o **ii) materias de orden público, derecho de imperio del Estado o funciones regulatorias**.

A continuación se transcribe la interpretación solicitada por este despacho [pregunta] y la respuesta emitida por el TJCA:

1.1. En primer lugar, se consultó sobre la competencia y el TJCA contestó adoptando la siguiente distinción (se cita de forma literal):

³³ Como ya se indicó, en adelante se denominará TJCA.

“3.1. ¿Frente a las normas de la Comunidad Andina de Naciones, se desplaza la regla del derecho nacional según la cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para fallar las controversias acerca de los contratos de interconexión del servicio de telefonía?”

[Respuesta] *“La respuesta a esta pregunta se contesta con lo desarrollado en los párrafos 2.5. y 2.6. del tema 2 del apartado E de la presente interpretación prejudicial”.*

En los párrafos del apartado E, citados por la interpretación prejudicial, el TJCA indicó (se transcribe de forma literal):

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

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

Se agrega que en el numeral 2.7. el TJCA observó (se transcribe de forma literal::

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

En relación con la anterior respuesta, esta Sala resalta que el TJCA en su interpretación prejudicial obligatoria para el presente proceso, en el aspecto de la competencia, estableció que se deben someter al conocimiento de la autoridad de telecomunicaciones las controversias que se refieren a *“materias de orden público, derecho de imperio del Estado o las funciones regulatorias de la Autoridad de Telecomunicaciones”.*

Por ello, siguiendo tal interpretación, para este caso concreto se puede observar que la controversia *sub lite* no versa sobre la legalidad de un acto administrativo de carácter regulatorio ni sobre el alcance del mismo.

El litigio que ahora se somete al conocimiento de la Sala se refiere al supuesto incumplimiento del contrato, a la fecha de su modificación y al valor a pagar por los cargos de interconexión pactados entre las partes para el período transcurrido entre mayo 1º de 2002 y 31 de septiembre de 2004.

Se puntualiza que esos asuntos sin duda corresponden a derechos disponibles y conciliables entre las partes, que en este caso no fueron sometidos a arbitraje, por cuanto la cláusula compromisoria pactada en el respectivo contrato estableció un requisito particular, que no se dio.

Por ello, siguiendo la interpretación 82 IP 2017 se establece que la controversia en este proceso, según el derecho andino que se integra al derecho nacional, corresponde a una de aquellas que debe ser resuelta ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al desatar la presente acción contractual.

1.2. La segunda pregunta de la interpretación prejudicial se contestó así (se transcribe de forma literal):

“3.2. En caso de que se estime que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo NO es competente para fallar en asuntos sobre el contrato de interconexión, por virtud de las normas de la Comunidad Andina de Naciones, se solicita interpretar si debe el Consejo de Estado remitir el expediente, en el estado en que se encuentra, a la Autoridad Nacional actualmente competente en materia de regulación, aunque en el derecho local esa entidad no tenga facultades jurisdiccionales para conocer del proceso en cuestión (Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC³⁴)?”.

[Repuesta] *“La pregunta realizada está enfocada a temas que no son de competencia de este Tribunal, por lo que no se puede dar contestación a la misma, ya que no corresponde interpretar la normativa interna”.*

³⁴ Ley 1341 de 2009. Artículo 19- Creación, Naturaleza y Objeto de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) de que trata la Ley 142 de 1994, se denominará Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. La Comisión de Regulación de Comunicaciones es el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad. Para estos efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente Ley”.

De conformidad con lo anterior, la eventual decisión de remitir el presente caso a la autoridad nacional encargada de la regulación (Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC, antes CRT) se definirá de acuerdo con la legislación nacional.

1.3. En tercer lugar, el TJCA resolvió la siguiente pregunta (se transcribe de forma literal):

“3.3. De acuerdo con las normas del derecho comunitario, se solicita interpretar si, aún en el supuesto de que la Autoridad Nacional tenga jurisdicción para dirimir el conflicto contractual, las partes pueden someter sus diferencias al juez natural?”

[Respuesta] *“Esta pregunta se contesta con la respuesta brindada a la pregunta 3.1”.*

Siguiendo la respuesta anterior, advierte esta Sala que, de conformidad con el derecho andino, la autoridad nacional (Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC, antes CRT) es competente para dirimir el conflicto solo cuando se refiere a una controversia entre las partes sobre *“materias de orden público, derecho de imperio del Estado o las funciones regulatorias de la Autoridad de Telecomunicaciones”*.

En este caso, aunque para resolver el litigio deben considerarse, entre otras las Resoluciones expedidas por la CRT, se aprecia que la controversia no se refiere a las funciones de la CRT ni a actos expedidos por esa autoridad. El litigio versa sobre el supuesto incumplimiento de los derechos exigibles bajo un contrato que se rige por el derecho privado, en el cual no se discuten normas de orden público ni hechos o actos del imperio del estado.

Como consecuencia, siguiendo la interpretación prejudicial que el TJCA profirió para el presente proceso, se concluye que el Consejo de Estado es competente para resolver en segunda -y última instancia- el presente litigio.

1.4. La cuarta y última pregunta, se resolvió así (se transcribe de forma literal):

“3.4. ¿Para la época de los hechos en este proceso, entre el 1º de mayo de 2002 y el 30 de septiembre de 2004, de acuerdo con las normas de la Comunidad Andina de Naciones -y en particular con el artículo 30 de la Decisión 462-, se pueden entender que bajo las normas de la Comunidad

Andina de Naciones el proveedor del servicio de telefonía estaba obligado a otorgar las dos opciones de liquidación de los cargos por interconexión – por minuto y por disponibilidad- siendo optativo del operador solicitante del servicio escoger el sistema de liquidación?

[Respuesta] *“El artículo 30 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina señala las condiciones para la interconexión, para lo cual se deberá revisar lo que se señala en el tema 1 apartado E, puntos 1.3., 1.4. y 1.5. de la presente interpretación prejudicial”.*

Los puntos a los que se remitió la respuesta anterior serán transcritos en la aplicación al caso concreto. Se puede indicar aquí que el TJCA se refirió a que la normativa de la Comunidad Andina de Naciones no impone un sistema particular de liquidación de los cargos de interconexión y que los factores que componen los costos se enumeran en sus decisiones en forma no taxativa, de manera que las entidades de regulación y las partes, en su caso, pueden definir la forma como liquidarán los cargos por interconexión, basándose necesariamente en los costos y teniendo en cuenta que deben propender por la interconexión efectiva en favor de los usuarios del servicio.

2. La modulación de la jurisprudencia del TJCA, respecto de otras controversias en materia de cargos de interconexión

La interpretación prejudicial fue solicitada con el propósito de establecer la postura del TJCA sobre la autoridad competente para resolver las disputas por cargos de interconexión, de conformidad con el derecho andino, dado que frente a algunos tribunales de arbitramento de Colombia ese Tribunal había indicado que tal competencia para resolver las controversias en materia de cargos de interconexión correspondía a la autoridad nacional en materia de regulación.

Por ello, en auto del 12 de diciembre de 2016 el despacho de la consejera ponente de esta providencia puso de presente que:

*“(…) la referida Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina³⁵, asignó a las Autoridades Nacionales la resolución de conflictos en **materia de las normas** o los principios **de interconexión** y de libre competencia, así:*

*‘Artículo 32.- Condiciones entre proveedores. Si un proveedor que solicita una interconexión considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, **recurrirá ante las Autoridades Nacionales respectivas de la materia que se trate, las cuales***

³⁵ *“Dada en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia, a los veinticinco (25) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999)”.*

resolverán de acuerdo con su normativa nacional' (la negrilla no es del texto).

El TJCA entendió el problema que se le planteó y decidió que se imponía la interpretación oficiosa de la Resolución 432, en conjunto con la referida Decisión 462, así (se transcribe de forma literal):

"De oficio se interpretará el artículo 17 literal f) de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, por resultar pertinentes para dilucidar la controversia materia del proceso

"(...).

"1.2. El legislador comunitario andino, preocupado por esta piedra angular para el desarrollo de la competencia en el sector, generó ciertos parámetros que sustentan los esquemas de interconexión en la subregión. La Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, en su Capítulo VIII estableció los principios relativos a la interconexión, y dentro de este fijó las condiciones para la misma, de la siguiente manera (artículo 30): (...).

*"1.3. Los parámetros transcritos fueron desarrollados mediante la Resolución 432 de la Secretaría General de Comunidad Andina, por medio de la cual se establecen normas comunes sobre interconexión. **Como se dijo anteriormente, su manto axiológico se extiende en conjunto con la Decisión** (la negrilla no es del texto).*

"462. Es así como en sus artículos 18 y 20 se prevén las condiciones económicas de los cargos de interconexión, así: (...)

"(...)

*"En efecto, las controversias relacionadas con las materias de orden público, derecho de imperio del Estado o las funciones de la Autoridad de Telecomunicaciones tienen que ser resueltas, en la vía administrativa, por la autoridad administrativa nacional competente, **cuyos pronunciamientos son susceptibles de ser impugnados a través de la jurisdicción del proceso contencioso administrativo conforme a la legislación interna de cada país miembro.***

*"En cambio, las controversias relacionadas con derechos disponibles o de libre disponibilidad; es decir, aquellos que pueden ser objeto de renuncia, cesión, modificación o extinción debidamente permitidos por la ley y conforme a la voluntad de las partes, **pueden ser resueltas mediante los mecanismos de solución de controversias previstos en el contrato de interconexión (de conformidad con lo dispuesto en el Literal f del Artículo 17 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina) aprobados por la autoridad competente, como es el caso del arbitraje, caso en el cual los laudos solo pueden ser impugnados conforme a la legislación interna de cada país miembro**".(la negrilla no es del texto).*

En atención a lo expuesto, es pertinente detallar en qué consistió la modulación de la jurisprudencia a la que se refirió el TJCA:

2.1. La interpretación 82 IP 2017 rescata la tesis según la cual el señalamiento de la competencia de la autoridad nacional en materia de interconexión (en Colombia la CRT hoy la CRC) no impone a las partes la obligación de someter a esa autoridad la resolución del conflicto, cuando el mismo sea disponible, dado que se respeta la autonomía de la voluntad de las partes para resolverlo en forma directa y para acudir a cualquiera de los medios de resolución de conflictos, en los términos de la legislación nacional.

2.2. En otras palabras, la jurisdicción de lo contencioso administrativo y los tribunales de arbitramento Sí tienen competencia para resolver, a través de sus sentencia y laudos, las controversias en materia de los contratos de interconexión de servicios públicos, cuando los derechos en contienda sean disponibles por las partes. Se agrega que contra los actos administrativos de la CRC que resuelven los conflictos en la vía administrativa procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la presente jurisdicción.

2.3. No obstante, es importante hacer notar que para la jurisdicción nacional en los procesos de única o de última instancia –incluyendo a los tribunales de arbitramento que en Colombia detentan jurisdicción, de conformidad con el artículo 116 de la C.P.- continúa vigente la obligación de solicitar y seguir la interpretación prejudicial obligatoria del TJCA en aquellos eventos en que: **i)** el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina deba aplicarse al caso concreto o **ii)** se controvierta alguna de las normas que lo conforman, de acuerdo con lo previsto en los artículos 121, 123, 126 y 127 de la Decisión 500.

2.4. La Sala agrega que la interpretación que adoptó el TJCA para el presente caso sigue la que fue emitida por ese Tribunal en relación con las consultas recientes que ha realizado la Sección Primera del Consejo de Estado respecto de la competencia en materia de los actos administrativos de la CRT (hoy CRC) mediante los cuales se resolvieron conflictos en materia de interconexión³⁶.

2.5. También se registra que la interpretación 82-IP-2017, emitida para el presente caso refleja la tesis que, finalmente, fue acogida por la comunidad andina con la

³⁶ Tribunal Andino de Justicia, Proceso 366-IP-2015, 560-IP-2016 Interpretación prejudicial solicitada por la Sección Primera del Consejo de Estado en los casos de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos de la CRT, ETB vs la Nación – tercero interesado Orbitel y ETB vs Mintic tercero interesado Comcel. Gaceta 3108 de 16 de octubre de 2017.

modificación de la Resolución 432 adoptada mediante Resolución 1922 de la secretaría general de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial No. 2989 del 18 de abril de 2017, en la cual se lee:

“CONSIDERANDO:

“(…).

“Que como resultado de su LXXIV Reunión el Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones (CAATEL), sometió a la consideración de la Secretaría General la modificación de los artículos 18, 20, 25 y 32 de la Resolución 432, con miras a su actualización, la cual cuenta con la opinión favorable de los Organismos Reguladores de Telecomunicaciones de los Países Miembros;

“Que la Secretaría General tras su debido análisis encuentra procedente atender la referida recomendación y expedir la Resolución correspondiente.

“RESUELVE:

“Artículo 1.- *Sustituir los artículos 18, 20, 25 y 32 de la Resolución 432 por los textos siguientes:*

“Artículo 18.- *Los cargos de interconexión deberán estar suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio”.*

“Artículo 20.- *Los cargos de interconexión deberán estar orientados a costos”.*

“Artículo 25.- *En una comunicación que involucra redes interconectadas de dos operadores de redes públicas de telecomunicaciones, el operador que factura la comunicación, bien sea que se cargue en origen o destino, descontará en la liquidación de cuentas lo correspondiente a los cargos de interconexión por el establecimiento y desarrollo de la comunicación, cuando ello sea procedente de acuerdo a la legislación interna del País Miembro”.*

“Artículo 32.- *Conforme a lo previsto en el literal f) del artículo 17 y sin perjuicio de lo previsto en el ordenamiento jurídico comunitario andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes.*

“Si dichas partes no logran un entendimiento que ponga fin a la controversia, cualquiera de ellas podrá solicitar a la autoridad del País Miembro en donde se realiza la interconexión que se encuentre facultada al efecto por su legislación interna, que la resuelva conforme a los plazos y procedimientos dispuestos en dicha legislación.

“En cualquier caso, la decisión que adopte la señalada autoridad deberá ser conforme con el ordenamiento jurídico comunitario andino [la negrilla no es del texto].

“La presente Resolución entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

“Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los diecisiete días del mes de abril del año dos mil diecisiete

“Walker San Miguel Rodríguez

“Secretario General”.

2.6. Como consecuencia, es claro que el TJCA con su modulación de la jurisprudencia se apartó de la interpretación según la cual las partes tenían que acudir de manera obligatoria a la autoridad nacional competente para resolver las controversias acerca del valor de los cargos de interconexión que entraron en disputa a raíz de la Resolución 463 de 2001, emitida por la CRT de Colombia.

2.7. Así las cosas, esta Sala concluye que Colombia no ha cedido su jurisdicción al Tribunal Andino de Justicia en materia de interconexión, sin perjuicio de que se haya sometido a consultar la interpretación de las normas del derecho andino cuando se requiera su aplicación para resolver los asuntos materia de la controversia.

2.8. Se precisa que la interpretación del TJCA es obligatoria en los supuestos del artículo 123 de la decisión 500³⁷, es decir, que debe pedirse y acatarse en su aplicación al caso concreto.

2.9. Es importante advertir que la interpretación prejudicial obligatoria del TJCA constituye un pronunciamiento *inter partes*, para un caso específico, y no puede ser omitida o sustituida por la interpretación analógica de otros pronunciamientos de ese Tribunal.

2.10. Por otra parte, debe mencionarse que, como no era aplicable al caso en cuestión, no se suscitó la consulta sobre la competencia “*exclusiva*” de la CRT para resolver las controversias contractuales, la cual se había considerado por el TJCA dependiendo de si el contrato de interconexión estaba o no en ejecución, interpretación que se formuló en la 79-IP-2014, en respuesta a los interrogantes de un tribunal de arbitramento en Colombia³⁸ y que se repitió por el TJCA en la

³⁷ “Artículo 123.- Consulta obligatoria. “De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual **la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina**, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal” (la negrilla no es del texto).

³⁸ TJCA, Proceso 79-IP-2014 Interpretación Prejudicial formulada por el Tribunal Arbitral conformado para dirimir las controversias entre COMCEL S.A. y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.

“Como el artículo 32 es especial frente al 17 literal f), evidentemente el aplicable es el primero, esto quiere decir que todo lo relacionado con conflictos que surjan en la ‘ejecución de la

146-IP-2014³⁹, en cuya observancia obligatoria la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado anuló un laudo arbitral que se profirió el 29 de mayo de 2015⁴⁰, en otra disputa referida a la interconexión.

2.11. A la luz de la actual interpretación, al integrar el derecho andino con el derecho nacional, se entiende que, de conformidad con el artículo 32 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y el artículo 32 de la Resolución 432, tal como fue modificado por la Resolución 1922 de la Secretaría General de la referida Comisión, la autoridad nacional (CRT, hoy CRC) tiene competencia para resolver la controversia cuando así se lo solicite la parte legitimada, en todo lo relacionado con conflictos que surjan en la ejecución de la interconexión, pero, de conformidad con el derecho nacional – y sin oponerse a las normas del derecho andino- los actos administrativos mediante los cuales se resuelve el conflicto son susceptibles del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, proceso este último en el cual el juez de segunda instancia – el Consejo de Estado en su caso-, debe pedir y aplicar la interpretación prejudicial del TJCA para resolver el caso concreto en respeto del derecho comunitario.

2.12. Sin embargo, no sobra hacer notar que ese factor de “*ejecución*” del contrato no es un delimitante de la competencia de la jurisdicción nacional para resolver el

interconexión’, es de competencia exclusiva de la Autoridad de Telecomunicaciones respectiva³⁸. Las controversias anteriores a dicha ejecución pueden solucionarse de conformidad con el mecanismo que las partes adopten”.

³⁹TJCA Proceso 146-IP-2014 “Esto significa que ninguna otra autoridad nacional tiene la facultad de dirimir este tipo de controversias; la voluntad del legislador comunitario es clara: la resolución de conflictos en materia de interconexión estará a la cabeza de la Autoridad de Telecomunicaciones competente, que en el caso colombiano es la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), hoy denominada “Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC).

“(…)

“Cuando estemos en frente de cualquier controversia en la “ejecución de la interconexión”, es decir, cuando se esté poniendo en práctica el contrato de interconexión. Cuando se habla de cualquier controversia se debe entender en relación con asuntos o temas incluidos en el contrato, o que aunque no se incluyan en el mismo, se desprendan de él, o se presenten con ocasión de la ejecución del contrato. Esto quiere decir que la competencia de la autoridad en telecomunicaciones no se da únicamente en relación con los asuntos contenidos en los artículos 16, 17 y 19 de la Resolución 432, sino de cualquier otro tema que se desprenda del contrato al ser ejecutado, o de situaciones que se presenten o se desprendan de su propia puesta en marcha”.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, sentencia de 13 de junio de 2016, radicación: 110010326000201500136-00 (55.094), Convocante: Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A. (antes Celcaribe S.A.), convocado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., referencia: recurso extraordinario de anulación.

conflicto contractual, según lo que ahora ha indicado el TJCA, para el presente caso.

2.13. Se agrega que en el caso concreto no se acudió a la autoridad administrativa para resolver el conflicto, la acción impetrada no fue la de la nulidad de un acto administrativo, amén de que la controversia se planteó sobre derechos disponibles, todo lo cual lleva a reafirmar la jurisdicción y competencia del Consejo de Estado, como juez nacional y comunitario, para resolver en segunda instancia el presente litigio.

2.14. Finalmente, se advierte que, en cumplimiento del artículo 128 de la Decisión 500⁴¹, en la presente sentencia se ordenará remitir una copia de la misma al TJCA.

3. Jurisdicción y competencia

3.1. Jurisdicción

Establecido que la autoridad nacional, en este caso la CRC, no tiene competencia en el derecho andino para resolver el presente litigio, procede el estudio de la jurisdicción y competencia frente al derecho nacional.

Se tiene presente que la controversia que se ventila en este proceso surgió en el contrato de interconexión número 6824 de 17 de octubre de 2001, celebrado entre Edatel y Telecom.

Con respecto a los contratos de interconexión se estableció su sometimiento a las reglas del derecho privado⁴², por disposición de la Ley 142 de 1994, contentiva del

⁴¹ Decisión 500. "Artículo 128.- Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial (...). En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial".

⁴² Ley 142 de 1994. "Artículo 39. Contratos especiales. Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales: (...). 39.4. Contratos en virtud de los cuales dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o éstas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable. (...). Parágrafo. Salvo los contratos de que tratan el parágrafo del artículo 39 y el numeral 39.1 de la presente ley, todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado".

régimen de servicios públicos domiciliarios, tal como fue modificada por la Ley 689 de 2001⁴³.

Para la fecha de la presentación de la demanda cuyas pretensiones ahora se resuelven, de conformidad con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo⁴⁴, en concordancia con el artículo 75 de la Ley 80 de 1993⁴⁵ contentiva del estatuto general de contratación pública, se encontraba establecido el criterio orgánico para definir que esta jurisdicción conocía de las controversias contractuales en relación con los contratos en que una de las partes fuera una entidad pública, como en este caso lo era Telecom.

Al amparo de las normas citadas el criterio orgánico, es decir el referido a la naturaleza jurídica de las partes en contienda, se estableció como regla aplicable en la determinación de la jurisdicción competente, con independencia del régimen legal que en cada caso esta jurisdicción debe observar para resolver la respectiva controversia contractual.

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, se definieron como “*entidades estatales*” para efectos de la citada Ley, entre otras, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, por disposición de la letra a) del numeral 1º del artículo 2 de la citada Ley⁴⁶, categoría que se predicó respecto de Telecom⁴⁷, una de las partes del referido contrato de interconexión.

⁴³ Ley 689 de 2001. “Artículo 3º. Modifícase el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así: ‘Artículo 31. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa’ “.

⁴⁴ “Artículo 82 C.C.A. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley”.

⁴⁵ Artículo 75, Ley 80 de 1993. “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 administrativa”.

⁴⁶ Artículo 2º.-“De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos. Para los solos efectos de esta Ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, **las empresas industriales y comerciales** del Estado,

Por otra parte, en el ámbito del derecho nacional se observa que la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del presente caso no se alteró con la expedición de los Decretos 1615 y 1616 de 2003, que implementaron la decisión de liquidar a Telecom y subrogar la posición contractual en Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., ni con la sustitución efectiva de la parte contractual, toda vez que prevalece la aplicación del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, vigente a la fecha de la presentación de la demanda, por tratarse de una controversia relacionada con un contrato cuya finalidad estaba vinculada a la prestación del servicio público domiciliario, en ese caso la telefonía pública.

Es útil recordar que en la primera instancia del presente proceso se resolvió en el mismo sentido el debate que se suscitó acerca de la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver la controversia en cuestión.

3.2. Competencia por cuantía

Le corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer del presente proceso, toda vez que la demanda se presentó el 3 de mayo de 2005⁴⁸,

las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles". (La negrilla no es del texto).

⁴⁷ Decreto 2123 de 1992. "Artículo 1o. La Naturaleza Jurídica. "Reestructúrase en una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM creada y organizada por las Leyes 6a de 1943 y 83 de 1945 y los Decretos 1684 de 1947, 1233 de 1950, 1184 de 1954, 1635 de 1960 y 3267 de 1963, vinculada al Ministerio de Comunicaciones a la cual, salvo lo dispuesto en el presente Decreto, para todos los efectos le serán aplicables las disposiciones que regulan el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado" (la negrilla no es del texto).

Decreto 1615 de 2003, "Artículo 6o. Subrogación de los contratos de interconexión y de condiciones uniformes. En desarrollo del artículo 8.3 de la Ley 142 de 1994 y con el fin de garantizar la continuidad de los servicios de telecomunicaciones y permitir la generación del flujo de ingresos para pagar la contra prestación por el Contrato de explotación, los contratos de interconexión celebrados por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - Telecom con operadores de telecomunicaciones se subrogan por mandato de este Decreto al Gestor del Servicio, en las mismas condiciones que estuvieren actualmente pactados. Igualmente se subrogan por mandato de este Decreto al Gestor del Servicio los contratos de condiciones uniformes y demás contratos para la prestación de Servicios de Telecomunicaciones vigentes entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - Telecom y los usuarios de dichos servicios".

⁴⁸ Folio 343, cuaderno 1.

habiendo entrado a regir la Ley 954 de 27 de abril 2005⁴⁹, de acuerdo con la cual se modificó el Código Contencioso Administrativo, así:

“Artículo 132. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales”⁵⁰.

Teniendo en cuenta que la cuantía de la demanda se estimó en la suma de \$1.658'605.836⁵¹, la cual correspondió al valor del capital que se reclamó, se concluye que el litigio tiene vocación de doble instancia, toda vez que supera los 500 salarios mínimos legales mensuales⁵².

4. Oportunidad en la presentación de la demanda

El artículo 136 del C.C.A., vigente para la fecha en que se presentó la demanda⁵³, dispuso acerca de la caducidad de la acción contractual, lo siguiente:

“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

⁴⁹ El artículo 40 de la Ley 448 de 1998 introdujo el texto del numeral 5, en lo que se refirió a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, a su vez creadas por la Ley 142 de 1994. La aplicación de la Ley 448 de 1998 estuvo condicionada a la entrada en vigencia de los juzgados administrativos, hasta que se expidió la Ley 954 de 2005, la cual introdujo la readecuación temporal de competencias, con referencia al citado artículo 40 de la Ley 448 de 1998, el cual modificó el artículo 132 del C.C.A.

⁵⁰ El Consejo de Estado es competente en segunda instancia por virtud de la siguiente disposición: *“Artículo 129 C.C.A. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión”.*

⁵¹ Folio 337 cuaderno 1.

⁵² La demanda se presentó en el año 2005, de manera que la cuantía equivalente a los salarios mínimos de la época era de: \$381.500 x 500 = \$190'750.000. Por su parte, la apelación contra la sentencia de primera instancia se interpuso el 13 de agosto de 2013, fecha para la cual se encontraba vigente la Ley 1395 de 2010, según la cual la competencia por cuantía se establecía por la sumatoria de la pretensiones, en este caso, la suma de \$1.658'605.836 que superaba ampliamente a la equivalente a 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

⁵³ Se precisa que la misma norma estaba vigente para la época en que se celebró el contrato y en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la controversia, a partir de los cuales empezó a correr el término de caducidad.

“En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

“(…).

“d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar. (...).”

En este proceso, el incumplimiento a que se refiere la demandante consistió en la negativa a firmar la modificación del contrato, en la forma propuesta por Coltel y en la consecuente renuencia a reconocer las sumas que supuestamente se debían liquidar a favor de Edatel por los cargos de interconexión.

Para dar aplicación al primer párrafo del numeral 10 del artículo 136 del CCA, se identifican los hechos materia de ese supuesto incumplimiento que se encuentran acreditados en el proceso así:

i) El Contrato No. 6824 se suscribió el 17 de octubre de 2001, con plazo de 5 años⁵⁴.

ii) La Resolución 463 de 2001 se publicó el 29 de diciembre de 2001.

iii) Los delegados de las partes se reunieron en el Comité Mixto de Interconexión-CMI- a partir del 15 de febrero de 2002⁵⁵.

iv) El 3 de octubre de 2002 los representantes de las partes suscribieron un acta de conciliación⁵⁶.

v) En comunicación de 19 de diciembre de 2002, el gerente de Edatel se refirió a la solicitud de formalizar una modificación del contrato, según se habría conversado entre las partes en la fecha del acta de conciliación, así (se transcribe de forma literal):

⁵⁴ Folio 43, cuaderno 1. Más adelante se referirá la Sala al contenido del contrato.

⁵⁵ Acta No. 1, folio 101 cuaderno 1.

⁵⁶ Folio 75, cuaderno 1. Más adelante se referirá la Sala al contenido y alcance de dicha acta.

“Asunto: Modificación contrato interconexión larga distancia.

*“De acuerdo con la decisión de TELECOM de acogerse a la opción de cargos de acceso por capacidad de la Resolución CRT 463 de 2001, manifestada en comunicación del 27 de febrero de 2002, y **en atención a lo conversado en la audiencia de conciliación ante la CRT el 3 de octubre de 2002, en la cual se consideró necesario modificar el contrato para darle seguridad jurídica**, en el corto y largo plazo, a la aplicación de la opción de capacidad y consecuentemente adecuar la forma de pago de los cargos de acceso bajo la modalidad, les envío con la presente la propuesta de modificaciones, previos los siguientes antecedentes contractuales: (...):*

“(…).

*“Mientras no se suscriba por los representantes legales de las partes esta modificación: **EDATEL solo puede aplicar el valor de los cargos de acceso por minuto de las Resoluciones 463 y 469**, pues como lo señala el contrato ninguna de las partes se obliga por declaraciones o escritos hechos por sus funcionarios que sean contrarios a las disposiciones del mismo, como tampoco las obligaciones y derechos que confiere a cada una de las partes, se entienden modificadas por prácticas en contrario durante el curso de su ejecución”⁵⁷ (la negrilla no es del texto).*

vi) En comunicación de 6 de febrero de 2003, Edatel envió a Telecom el proyecto de acuerdo modificatorio, invocando el vencimiento del plazo previsto para formalizar las modificaciones según la cláusula décima del contrato⁵⁸, es decir, 30 días.

Para el propósito de este análisis, se observa que Edatel hizo alusión a que el plazo para firmar el acuerdo modificatorio se contaba desde el 19 de diciembre de 2002 y habría vencido el 4 de febrero de 2003.

vii) Sin embargo, el 27 de febrero de 2003, la directora de interconexión de Telecom devolvió el proyecto de modificación con sus comentarios⁵⁹ y las partes entraron en conversaciones sobre los aspectos pendientes de acuerdo.

viii) Edatel contestó el 12 de marzo de 2003, aceptando algunas cláusulas del texto modificatorio, pero insistiendo en que las fechas de aplicación de las diferentes opciones de cargos de acceso se contaban a partir de marzo de 2002⁶⁰.

⁵⁷ Folios 77 a 79, cuaderno 1.

⁵⁸ Folio 85, cuaderno 1.

⁵⁹ Folio 86, cuaderno 1.

⁶⁰ Folio 87, cuaderno 1.

ix) En reunión del 17 de septiembre de 2003, según consta en acta No. 8, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.⁶¹, habiendo entrado a actuar en subrogación de Telecom (en liquidación) manifestó su posición definitiva, en la siguiente forma (se transcribe de forma literal):

“(…) teniendo en cuenta que las conciliaciones efectuadas, desde el mes de mayo de 2002 hasta la fecha se han realizado sobre la opción de cargos de acceso por capacidad, no es posible acordar que dicha opción de capacidad se aplique a partir de un mes diferente al mes de marzo de 2002, tal y como se acordó en la reunión de conciliación ante la CRT en el mes de octubre de 2003”⁶².

Por tanto, la Sala encuentra probado que el 17 de septiembre de 2003 Coltel manifestó que no accedería a firmar un acuerdo en el que reconociera las fechas de liquidación de los cargos en la forma que consideraba Edatel, de manera que en esa fecha se evidenció el eventual incumplimiento por el que se reclama en este proceso, dando lugar al supuesto de hecho que motiva las pretensiones de la demanda que ahora se resuelve.

Como consecuencia, la demanda se presentó el 3 de mayo de 2005⁶³, en forma oportuna, es decir, antes del vencimiento del término de 2 años fijado en el artículo 136 del CCA,-que habría de ocurrir el 18 de septiembre de 2005 de acuerdo con el párrafo anterior-. Por tanto, se establece que en este caso no operó la caducidad de la acción contractual.

x) Se hace notar que de conformidad con la cláusula novena del Contrato No. 6824 de 17 de octubre de 2001 se estableció una vigencia de 5 años⁶⁴, de manera que el contrato no había terminado para la fecha en que se presentó la demanda, razón por la cual el *sub lite* no se encuentra en el supuesto del literal d), numeral 10, del artículo 136 CCA, es decir, no hay lugar a establecer el término de caducidad a partir del vencimiento de los plazos para liquidar el contrato.

Se adiciona a ello que dichos plazos, darían mayor amplitud a la presentación de demanda, que, en todo caso, se habría presentado en tiempo, de manera que se reconfirma la oportunidad en la presentación de la demanda.

⁶¹ En adelante denominado Coltel.

⁶² Folio 93, cuaderno principal.

⁶³ Folio 342, cuaderno 1. Igualmente en la cláusula décima segunda se estableció el término de la liquidación en cuatro meses.

⁶⁴ Folio 22, cuaderno 1.

xi) Puede agregarse que se encuentra en el expediente la constancia de que no se logró el acuerdo en la audiencia de conciliación, expedida el 3 de marzo de 2005, para efecto de la Ley 640 de 2001; si bien la diligencia se llevó a cabo ante la Personería de Medellín y no ante la delegada de la Procuraduría General de la Nación, que es la competente para atender las diligencias de conciliación extrajudicial de las controversias sometidas al conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sin embargo, se advierte que para esa fecha no se había expedido la Ley 1285 de 2009 que dispuso la obligatoriedad de la conciliación como requisito de procedibilidad, previo a la presentación de la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por otra parte, de acuerdo con el cómputo antes expuesto, no es necesario acudir a la suspensión del término prevista la Ley 640 de 2001 para establecer la no ocurrencia de la caducidad, por cuanto la demanda se presentó en forma oportuna, aún sin considerar el tiempo de las diligencias de conciliación.

5. Cláusula compromisoria

Obra en el expediente la certificación expedida por la secretaría general y de regulación de Edatel con fecha 13 de abril de 2005, mediante la cual se indicó que la junta directiva de esa sociedad, en reunión del 28 de febrero de 2005, no autorizó convocar un Tribunal de Arbitramento para resolver el conflicto de cargos de acceso e indicó que dicha junta decidió que Edatel *“acudiría ante la justicia ordinaria para reclamar la diferencia en la liquidación de cargos de acceso con retroactividad desde mayo de 2002 a septiembre de 2004”*⁶⁵.

La Sala observa que, según el párrafo quinto de la cláusula vigésima primera del Contrato No. 6824 de 2001, la aplicación de la cláusula compromisoria, en efecto, se encontraba condicionada a la decisión de la junta directiva de Edatel, de manera que no estaba prevista como un medio obligatorio de solución de este conflicto.

Por ello, la Sala reafirma que le asiste la jurisdicción y competencia para conocer el fondo de la controversia contractual que se sometió a su conocimiento.

⁶⁵ Folio 317, cuaderno 1-

6. Caso Concreto

6.1. El problema jurídico que plantea en este caso consiste en establecer la fecha en que entró a regir el sistema de liquidación de los cargos por capacidad dentro del Contrato No. 6824, en concreto, se debe definir si únicamente pudo aplicarse a partir de la formalización del acuerdo modificadorio de octubre 1 de 2004 o desde antes de su suscripción.

Para resolver el mencionado problema se partirá del régimen legal aplicable al contrato -que era el derecho privado- y se determinará si la correspondencia, las actas del Comité Mixto de Interconexión CMI y el acta de conciliación suscrita entre los representantes legales de las partes el 3 de octubre de 2002 tenían el alcance suficiente para modificar el contrato o, por el contrario, era preciso cumplir con la formalidad prevista en el mismo, de suscribir un acuerdo modificadorio, el cual se firmó el 1o de octubre de 2004.

Vale la pena advertir que el asunto en cuestión se tiene que resolver dilucidando el alcance de los documentos allegados como pruebas en este proceso y apreciando los testimonios que integran el acervo probatorio.

6.1. Marco legal aplicable

La Ley 142 de 1994 estableció la definición de los servicios públicos sometidos a ella, entre otros, la telefonía básica, la móvil rural y la larga distancia, sobre la cual versan los cargos de interconexión en este litigio y dispuso para su contratación el régimen de derecho privado, como norma general, así (se transcribe de forma literal):

“Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...) 14.26. Servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada. Es el servicio básico de telecomunicaciones, uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio. También se aplicará esta Ley a la actividad complementaria de telefonía móvil rural y al servicio de larga distancia nacional e internacional. Exceptúase la telefonía móvil celular, la cual se regirá, en todos sus aspectos por la Ley 37 de 1993 y sus decretos reglamentarios o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyen”.

“Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

“La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce”.

En el mismo sentido se reconoció el régimen aplicable al Contrato 6824 de 2001, en su cláusula vigésima sexta, así (se transcribe de forma literal):

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA: Régimen Legal. De conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994 el presente contrato de Acceso, Uso e Interconexión se regirá por las normas de derecho privado en lo no regulado específicamente por las disposiciones establecidas en la citada ley, y por las demás normas emanadas de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones o demás Autoridades Competentes”.

El contrato de interconexión se encontraba previsto como un contrato especial, de acuerdo con el numeral 39.4 de la Ley 142 de 1994, en la siguiente forma:

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

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

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

Esa definición se corresponde con el concepto de “interconexión” contenido en el artículo 2 de la Decisión 462 de la Comunidad Andina de Naciones, en la siguiente forma:

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

El parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, invocado en el Contrato No. 6824, mantuvo bajo el régimen de derecho privado los contratos de interconexión previstos en el numeral 39.4, según se lee en la siguiente disposición:

“PARÁGRAFO. (Modificado por el art. 4, Ley 689 de 2001). Salvo los contratos de que trata el numeral 39.1., todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado. Los que contemplan los numerales 39.1., 39.2. y 39.3., no podrán ser cedidos a ningún título, ni podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte.

“Cuando cualquiera de los contratos a que este capítulo se refiere permita al contratista cobrar tarifas al público, que estén sujetas a regulación, el proponente debe incluir en su oferta la fórmula tarifaria que aplicaría”.

6.3. El contenido del Contrato No. 6824

Descendiendo al caso concreto, se observa que el Contrato No. 6824 de 17 de octubre de 2001, celebrado entre EdateL y Telecom⁶⁶, tuvo por objeto el uso e interconexión entre las redes de telefonía local y del larga distancia para los usuarios ubicados en el departamento de Antioquia. En cuanto a los cargos de interconexión, incorporó un acuerdo entre las partes, sin perjuicio de que observó la obligatoriedad de acogerse a la regulación vigente o a la que se expidiera en el futuro, así (se transcribe de forma literal):

“CLÁUSULA SEGUNDA: El presente contrato tiene por objeto determinar los derechos y obligaciones de las partes para el acceso, uso e interconexión entre las redes de TPBCL, TPBCLE Y TMR de EDATEL en Antioquia y TPBCLD de TELECOM, en el departamento de Antioquia, en especial en lo relativo a las condiciones de carácter técnico operativo, financiero y comercial, con el fin de permitir el intercambio de telecomunicaciones entre ellos, de tal forma que se garantice el servicio de telecomunicaciones a los usuarios de ambas partes en forma continua y eficiente”.

“CLÁUSULA QUINTA: CARGOS DE ACCESO Y USO ENTRE LAS REDES: El valor de los cargos por acceso y uso a cancelar entre las partes, y su reajuste periódico se regirá por las resoluciones 087 de 1997 y 253 de 2000, expedidas por la CRT, y las normas que las modifiquen, adicionen o complementen y por lo establecido en el Anexo No. 2 Financiero Comercial” (la negrilla no es del texto).

⁶⁶ C-021 de 2001 en la numeración de Telecom. Según el texto del Contrato No. 6824, TELECOM suscribió en Bogotá el 11 de octubre de 2001 y EDATEL suscribió en Medellín, pero dejó en blanco la fecha de firma, aunque en la numeración indicó como fecha 17 de octubre de 2011. Esta última se toma como fecha del contrato.

Como consecuencia, teniendo en cuenta que el contrato de interconexión se rigió por el derecho privado, eran válidos los acuerdos entre las partes para determinar los valores a pagar de conformidad con los costos, sin perjuicio de la obligación de respetar a la regulación de la CRT.

6.4. Lo que se probó acerca de la modificación a la modalidad de liquidación de los cargos de interconexión

En cuanto a los costos de interconexión, teniendo en cuenta que ya existían contratos anteriores entre las mismas partes, al amparo de los cuales se habían realizado las inversiones correspondientes⁶⁷, el Contrato No. 6824 estableció un régimen de servicios adicionales, así (se cita de forma literal):

“CLÁUSULA SEXTA: COSTOS DE INTERCONEXIÓN OBJETO Y USO, INSTALACIONES ESENCIALES E INSTALACIONES SUPLEMENTARIAS. 1. COSTOS DE INTERCONEXIÓN DE LA RTPBCL, RTBCLE Y TRM DE EDATEL A LA RTPBCLD DE TELECOM. Teniendo en cuenta que las partes ya hicieron unas inversiones para interconectar sus redes acuerdan que las ampliaciones de la interconexión serán compartidas por partes iguales. Dentro de los valores se incluyen entre otros los equipos, los medios de acceso, sistemas, soportes lógicos, dispositivos y órganos de conexión. 2. SERVICIOS ADICIONALES⁶⁸: El valor a reconocer y la forma de pago de los servicios adicionales e instalaciones que las partes acuerden prestarse, son los que constan en el anexo 2 Financiero – Comercial del presente contrato”.

En el referido anexo 2 se dispuso que la liquidación de los cargos por uso de las redes de Edatel se debía realizar con base en los minutos o fracción de minuto de cada llamada completada, mediante un valor determinado por los cargos de acceso y de transporte, así (se cita de forma literal):

“3.1. Valor TELECOM pagará a EDATEL por concepto de la utilización de la red local extendida y móvil rural, en sentido entrante y saliente, por minuto o proporcionalmente por fracción de minuto de cada llamada completada, un valor compuesto por el cargo de acceso local y por el respectivo cargo por transporte”.

⁶⁷ Según se lee en los considerandos del Contrato 6824 de 17 de octubre de 2001, las partes plasmaron el “acuerdo íntegro” destinado a regir todas las relaciones entre ellas, en materia de interconexión. En las consideraciones de ese contrato se indicó:

“Las partes deberán, dentro de los cuatro (4) meses contados a partir de la firma del presente contrato, liquidar todas las relaciones preexistentes entre ellas. (...) El presente contrato deja sin validez ni efecto contratos, acuerdos, convenios, cartas de intención, actas o comunicaciones preexistentes, verbales o escritas respecto a este contrato” (folio 43, cuaderno 1).

⁶⁸ Según el anexo 2, se refirió, también a las tarifas de servicios por i) facturación, ii) distribución, iii) recaudo y iv) recepción de reclamaciones.

Es útil explicar que, además de los cargos de acceso, existían los cargos por transporte, los cuales exigían la conciliación de los minutos de las llamadas entrantes y salientes y también debían conciliarse los servicios adicionales, así como el cruce de cuentas que eran facturadas y recaudadas, todo ello para determinar el valor final a transferir al “operador beneficiario”.

Siguiendo la regulación entonces vigente⁶⁹, en el Contrato No. 6824 las partes consagraron un mecanismo de conciliación de cuentas a cargo del Comité Mixto de Interconexión CMI⁷⁰, formado por los representantes o delegados de ambas partes.

En cuanto a la materia de determinación por parte del CMI, el punto 7 del referido anexo se estableció (se transcribe de forma literal).

“Formarán parte de la conciliación todos los valores derivados de la ejecución del presente contrato, tales como:

“ (...).

“Cargos de acceso u uso basados en la información conciliada”.

Igualmente se advirtió que la tarea del CMI se limitaba al acuerdo directo, toda vez que se indicó:

“De no llegarse a un acuerdo se continuará con lo establecido en la cláusula de solución de conflictos pactada en el presente contrato”.

Por tanto, si bien los miembros del Comité Mixto de Interconexión no podían modificar el contrato, estaban delegados para establecer los valores a pagar, de conformidad con la conciliación de cuentas de cada período, con la fuerza obligatoria de un acuerdo directo.

⁶⁹ Resolución 087 de 1997 y Resolución 469 de 2002. “Artículo 4.4.15. Comité Mixto de interconexión, CMI. En los contratos de interconexión o en los actos administrativos de imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión, se establecerá la conformación de un comité mixto de interconexión que tendrá la función de vigilar el desarrollo de la interconexión y **de servir de mecanismo de arreglo directo de conflictos**. El comité mixto de interconexión estará compuesto paritariamente por representantes de ambos operadores.

“Sólo cuando dicho comité no llegue a acuerdos directos, los cuales deben discutirse dentro de un plazo de treinta (30) días calendario, los representantes legales de los operadores pueden solicitar la intervención de la CRT. En cada reunión del comité mixto de que trata el presente artículo, se levantarán actas sobre los temas tratados” (la negrilla no es del texto).

⁷⁰ En adelante se podrá denominar CMI.

En el presente caso, en el acta No. 01 de 15 de febrero de 2002, el Comité Mixto de Interconexión se ocupó de la aplicación de la Resolución 463 de 2001, que daba derecho a optar por la liquidación de los cargos de acceso por capacidad o por minutos. En esa reunión los delegados de las partes manifestaron (se transcribe de forma literal):

*“TELECOM solicita que de acuerdo a la Resolución 463 se acoge a la opción por capacidad a partir del 1 de febrero de 2002. Actualmente se cuenta en la interconexión con 31 E1’s. TELECOM entrega a EDATEL el nuevo dimensionamiento del tráfico de la central AXE Centro en 9 E1’s y AXE nodo guayabal en 7 E1’s, para quedar con un total de 16 E1’s. **EDATEL acepta la opción por capacidad a partir de la fecha solicitada por TELECOM.** Las partes acuerdan que la solicitud solo se hace efectiva hasta la fecha de la presente actas, por tanto EDATEL cobrará a TELECOM la opción por capacidad sobre el total de los enlaces que TELECOM utilizó hasta el 17 de febrero de 2002, y a partir del 18 de febrero de 2002 EDATEL cobrará por los 16 enlaces que efectivamente continuara la interconexión”⁷¹ (la negrilla no es del texto).*

El contenido del acta se explica en que para las partes era evidente que la regulación de la CRT había introducido una modificación a los contratos de interconexión, dado que estableció que todo operador debía ofrecer la interconexión al menos bajo una de dos modalidades de liquidación de los cargos: i) por capacidad y ii) por minutos, lo cual daba paso a una opción para todo operador interconectado, con independencia de que se hubiera acordado en el contrato la liquidación de los cargos por minutos.

De la opción seleccionada por Telecom se seguía que las partes debían definir un número de enlaces para la cobertura requerida, toda vez que el valor del cargo era una suma máxima por enlace, de acuerdo con la citada Resolución 643 de 2001.

Como se verá a continuación, ese acuerdo se dio entre los delegados de las partes y se definieron los enlaces que harían parte de la interconexión y, por tanto, de la liquidación de los costos a pagar.

Se agrega que el acuerdo sobre los enlaces y sobre la modalidad de liquidación que se plasmó en el acta 2 del CMI se aplicó en las reuniones subsiguientes y fue objeto de conciliación, según consta en las actas 1 a la 8⁷², siguiendo las instancias de negociación de los cargos previstas en el contrato y en la regulación, toda vez que

⁷¹ Folio 101, cuaderno 1.

⁷² Folios 106 a 124, cuaderno 1.

llegó a ser objeto de conciliación mediante un acta con la firma de los representantes legales de ambas partes, suscrita el 3 de octubre de 2002.

6.5. Alcance del Acta de Conciliación de octubre 3 de 2002

Es de la mayor importancia advertir que la modificación de la modalidad de liquidación de los cargos no se quedó en lo acordado por los delegados en el Comité Mixto de Inversión, toda vez llegó a formalizarse por los representantes legales de las partes, solamente variando la fecha de entrada en vigencia -de 15 de febrero a 1º de marzo de 2002- según se observa en la siguiente secuencia:

6.5.1. Mediante la comunicación 00100000-000206 de 27 de febrero de 2002, con sello de radicado 22300003365 de 7 de marzo de 2002, el presidente de Telecom informó al gerente de EDATEL la opción escogida para liquidar el valor de los cargos de interconexión a partir del 1 de marzo de 2002, en la siguiente forma (se transcribe de forma literal):

“Ref: Interconexiones TELECOM como operador LOCAL EXTENDIDA y LARGA DISTANCIA y EDATEL – ANTIOQUIA como operador LOCAL, LOCAL EXTENDIDA

“Apreciado Doctor:

“A partir de las relaciones de interconexión de redes existentes entre las dos empresas como resultado de los contratos No. C-002-99 y C-021 -01 de octubre 11 de 2001, y teniendo en consideración lo dispuesto por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en relación con el valor a pagar por cargos de acceso, atentamente me permito informarle que a partir del 1o de marzo de 2002 TELECOM se ha decidido por la opción de pago de cargos de acceso por capacidad cuando haga uso de las redes de EDATEL – ANTIOQUIA en sentido entrante o saliente, para nuestros servicios de telefonía local extendida y larga distancia nacional e internacional.

“Para el tráfico de larga distancia cursado durante los meses de enero y febrero de 2002, TELECOM mantendrá las condiciones y valores anteriormente vigentes y pagará como cargo de acceso el valor estipulado por la regulación por minuto o fracción de minuto. Para el tráfico del servicio de telefonía local extendida de TELECOM proponemos a EDATEL – ANTIOQUIA como operador local el mismo esquema.

“De otra parte, agradezco su atención al Plan de Dimensionamiento anexo, el cual trata los ajustes requeridos en la interconexión, de conformidad con las disposiciones de la Resolución en referencia para la gestión correspondiente por parte de EDATEL – ANTIOQUIA como operador local.

“Agradezco su atención

“HERNAN ROMÁN CALDERÓN
“Presidente”

6.5. 2. El 6 de septiembre de 2002 se levantó el acta No. 2 del Comité Mixto de interconexión, en la cual se hizo constar (se cita de forma literal):

“CONCLUSIONES Y ACUERDOS

“(…).

“8. Se aclara que en las conciliaciones se liquidaron *cargos de acceso ´por capacidad a partir de 1º de marzo de 2002* de acuerdo con la comunicación del presidente de Telecom y no como se había acordado en el CMI del 15 de febrero de 2002”⁷³ (la negrilla no es del texto).

6.5.3. Finalmente, el 3 de octubre de 2002 se levantó el acta titulada **“CONCILIACIÓN DE CUENTAS EDATEL – TELECOM” con la firma de los representantes legales de ambas partes⁷⁴**, **“con el propósito de continuar con la etapa de mediación dentro del conflicto de conciliación de cuentas entre EDATEL y TELECOM”**, en la cual, entre otros asuntos, se incluyeron como materia de la conciliación, entre otros, los acuerdos para el contrato de interconexión de larga distancia en Antioquia con corte a abril 30 de 2002, contenidos en las actas 01 a 08⁷⁵, en la siguiente forma (se transcribe de forma literal):

“Ambas partes presentaron y discutieron diferentes alternativas para solucionar las diferencias relacionadas con los temas planteados ante la CRT, llegando al siguiente acuerdo, que será sometido por EDATEL a aprobación de su Junta Directiva:

“(…).

“2.4. Contrato de interconexión de Larga Distancia TELECOM y EDATEL local extendida en Antioquia suscrito en octubre de 2001, con corte entre el 1 de octubre de 2001 a abril 30 de 2002, por las actas número 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07 y 08 del año 2002”.

⁷³ Folio 103, cuaderno 1.

⁷⁴ El acta de 3 de octubre de 2002 fue firmada por Sergio Betancur Franco, Gerente General y Representante Legal de EDATEL y Alfonso Gómez, Presidente de TELECOM. Además contó con la firma del Director Ejecutivo de CRT y de otros funcionarios de ambas partes, folio 75, cuaderno 1.

⁷⁵ También obran en el expediente las actas 03 de octubre 25 de 2002, 04 a 08, esta última firmada el 12 de marzo de 2003, folios 106 a 124, cuaderno 1.

De conformidad con el acta de 3 de octubre, como resultado de la conciliación de los distintos aspectos allí enumerados, se estableció un valor a pagar a favor de Telecom por \$500'000.000 y a favor de Edatel por la suma de \$2.926'711.163, lo cual arrojó, a esa fecha, una suma de \$1.426'711.163 a favor de Edatel por los períodos allí conciliados.

En dicha acta se indicó que el acuerdo quedaba sometido a la aprobación de la junta directiva de Edatel.

Mediante comunicación de 21 de octubre de 2002, el gerente de Edatel informó a Telecom que en *“reunión de la Junta Directiva de la empresa fue aprobado en su integridad el acuerdo contenido en dicha acta”*⁷⁶ y solicitó que se realizara el pago correspondiente, en los 30 días calendario siguientes a la fecha de la comunicación.

Por tanto, al quedar conciliadas las actas 1 y 2, entre otras, los representantes legales de ambas partes acogieron su contenido. Ello significa que formalizaron la voluntad de liquidar los cargos de acceso *“por la opción de pago de cargos de acceso por capacidad cuando TELECOM hiciera uso de las redes de EDATEL – en el Departamento de Antioquia”*.

6.5.4. En el expediente obran pruebas suficientes acerca de la aplicación práctica que las partes dieron al referido acuerdo, toda vez que las actas de conciliación del CMI, distinguidas con los números 09 de 30 de octubre de 2002, correspondiente a la conciliación de mayo de 2002 y la número 23 de 6 de mayo de 2003, correspondiente a la conciliación de febrero de 2003, indican que las cuentas se liquidaron, partiendo de *“valor correspondiente a los cargos de acceso por capacidad”* para el mes respectivo, *“para un total de 16 E1s por valor de (...)”*.

Por tanto, aunque en estas actas del comité se dejó constancia de que los valores se consideraban como provisionales, lo cierto es que las mismas no dejan duda alguna sobre la opción o modalidad por capacidad que se acogió para liquidar los cargos de acceso de Telecom.

Debe advertirse que los valores conciliados en las citadas actas se referían, también, al promedio de los minutos entrantes y salientes presentados por Edatel y

⁷⁶ Folio 76, cuaderno 1.

Telecom, al cálculo de los cargos por transporte, al monto a cobrar por servicio de facturación prestado por Edatel a Telecom, a la cartera recaudada y a los descuentos de ambas partes, con base en lo cual se determinaba en cada acta un monto que arrojaba el saldo final, en cada corte, a favor de Edatel.

Así las cosas, concluye la Sala que la provisionalidad indicada en las citadas actas del CMI se refería a los valores, no a la modalidad de liquidación de los cargos por capacidad cuya vigencia se discute para el período señalado en la demanda.

De hecho, la nota que se dejó consignada en las actas mencionadas decía:

***“Los valores** aquí reportados, quedan sujetos a revisión y modificación por alguna de las partes con sus respectivos reportes, conforme al numeral 7 del anexo No. 2 Financiero – Comercial del contrato de interconexión”⁷⁷* (la negrilla no es del texto).

Como consecuencia, el plenario arroja certeza de que las partes conciliaron y operaron sobre la modalidad de cargos por capacidad, así no se hubiere formalizado el acuerdo modificadorio al anexo 2.

6.6. Análisis de la conducta de las partes

6.6.1. La demora en formalizar el acuerdo modificadorio y en integrar el Comité Mixto de Interconexión

Aunque Telecom, en ese momento sustituido por Coltel, se hubiera demorado en responder la comunicación mediante la cual Edatel le remitió el proyecto de modificación del anexo 2 del contrato, ello no constituyó un incumplimiento del contrato que diera lugar a desconocer el acuerdo ya logrado entre las partes sobre el cambio de la opción de liquidación.

Tampoco la desintegración temporal del Comité Mixto de Interconexión puede servir como fundamento a un supuesto derecho de Edatel para modificar la oportunidad en que entró a regir la opción base de liquidación por cargos de capacidad, según lo ya acordado por las partes

.

Se reitera que lo conciliado en octubre 3 de 2002 tenía como base la opción de liquidación de los cargos por capacidad, según las actas allí incluidas.

⁷⁷ Folio 592, cuaderno 2.

Se puede agregar que, aunque Coltel se demoró en formalizar los nombramientos de los delegados del Comité Mixto de Interconexión y las reuniones tuvieron que realizarse durante algunos meses con funcionarios no empoderados, en las actas correspondientes, de 6 de agosto de 2003 a 2 de junio de 2002, ni Edatel ni Coltel variaron la postura de liquidar los cargos de acceso con base en la capacidad.

6.6.2. La falta de salvedades referidas a la época en que entró a regir el cargo por capacidad permite interpretar el sentido del acuerdo sobre la base de la liquidación

Se observa que en las actas de 14 de julio de 2003, referidas a la conciliación de los meses de marzo y abril de 2003, última que suscribe un funcionario por Telecom, y las actas de 6 de agosto de 2003, 17 de septiembre de 2003, 19 de diciembre de 2003, 29 de enero de 2004, 26 de marzo de 2004 y 2 de junio de 2004, en las cuales se conciliaron las cuentas hasta el mes de abril de 2004, las conciliaciones se fundaron en los cargos por capacidad, como uno de los elementos reiterados en todas las reuniones.

Por tanto, se entiende que en esas reuniones Edatel respetó el acuerdo con base en el cual se venían conciliando los valores, toda vez que su salvedad a dichas actas se refirió únicamente a la falta de formalización de los delegados de Coltel para conformar el Comité Mixto de Interconexión, así (se transcribe de forma literal):

“Queda pendiente elaborar actas de conciliación para la firma de los representantes del CMI dada la liquidación de TELECOM y la falta de designación de representantes del CMI por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P”.

De la misma forma, obran en expediente las siguientes actas del Comité Mixto de Interconexión, una vez se reintegró, en las cuales se sostiene la base de liquidación de los cargos por capacidad:

Acta No. 22 de 23 de junio de 2004, correspondiente a la conciliación de enero a abril de 2004 *“vs liquidaciones”*⁷⁸; acta de conciliación No. 23 de 19 de noviembre de 2004, correspondiente a la conciliación de mayo a diciembre de 2003; acta de

⁷⁸ Folio 641, cuaderno 2.

conciliación No. 24 de 10 de diciembre de 2004, correspondiente a la conciliación de mayo a septiembre de 2004⁷⁹.

En este punto es importante observar que las actuaciones de los delegados en el CMI no tenían la potencialidad de cambiar el contrato, pero sí eran indicativo de la intención de las partes y del entendimiento que tuvieron respecto de las bases de la liquidación de las cuentas, al menos hasta que Edatel buscó introducir una cláusula de vigencia a partir del momento en que se formalizara la modificación del anexo 2.

Se agrega que la propuesta de Edatel no podía modificar la modalidad de cargos acordada al inicio de las negociaciones e incluida como parte de las actas que fueron objeto de la conciliación de octubre 3 de 2002.

6.6.3. Se probó en el proceso que habiendo terminado las conciliaciones de las cuentas, el 1º de octubre de 2004 los representantes legales de las partes suscribieron un acuerdo modificadorio del Contrato 6824 de 2001, en la cual adicionaron el numeral 6.4. del Anexo No. 1. Técnico y Operacional y los numerales 3.1. y 3.2. del Anexo Financiero Comercial.

En esa modificación se indicó lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“3.1. Valor: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES pagará a EDATEL S.A. E.S.P. por concepto de la utilización de su red local, local extendida y móvil rural, en sentido entrante y saliente, un valor compuesto por:

“El cargo de acceso local de que tratan las Resoluciones CRT 463 de 2001 y 489 de 2002, actualmente compiladas en la Resolución 575 de 2002 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, en la opción de capacidad.”⁸⁰

Como ya se expuso, Coltel se negó a incluir en ese texto que la modificación solo entraba a regir a partir de la firma del referido acuerdo.

Esa posición de Coltel se aprecia como ajustada a los acuerdos, toda vez que Edatel no podía desconocer la modificación convenida -y documentada entre las partes a través de las distintas actas y comunicaciones- y conciliada dentro de los

⁷⁹ Folios 648 y 649 cuaderno 2.

⁸⁰ Folio 90, cuaderno 1.

aspectos incluidos en el acta de 3 de octubre de 2002, referida al cambio de la modalidad de liquidación de los cargos de acceso.

Como consecuencia, asistió la razón a Coltel en cuanto a que la modalidad de liquidación de los cargos tenía efecto desde la fecha en que las partes lo fijaron, esto es, desde el 1º de marzo de 2002.

Por tanto, resulta improcedente la reliquidación – o liquidación de la diferencia- para el período que se reclama en este proceso, comprendido entre el 1º de mayo de 2002 y 30 de septiembre de 2004.

En ese orden de ideas, no puede condenarse a Coltel por haberse negado a efectuar una nueva liquidación regresando a la opción anterior, con base en los minutos de las llamadas interconectadas.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia, en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, puesto que no se probó el incumplimiento del contrato y - se repite- habiéndose probado la conciliación, no resulta procedente revertir las cifras que fueron liquidadas de acuerdo con la opción de cargos de acceso por capacidad.

6.7. Pruebas acerca de la solución del conflicto con otros operadores

A este proceso se allegaron varios de los contratos de interconexión celebrados por otros operadores y, por otra parte, la demandante invocó la aplicación de las Resoluciones 541 de 2002 y 584 de 2002⁸¹, en las cuales la CRT estimó que la opción de liquidación por capacidad solo tenía aplicación desde el momento en que las partes lo acordaran, durante la negociación directa o, en caso de conflicto, desde que la CRT tuviera conocimiento del mismo, dentro del procedimiento para la solución de diferencias previsto en la Resolución 463 de 2001⁸².

Como en este caso se reconoce la fecha que las partes acordaron la liquidación por capacidad, la Sala no entrará en comparaciones con otros actos, toda vez que son ajenos a la presente controversia y, tal como lo advirtió la demandante, su conducta

⁸¹ Expedida para el caso particular de Telefónica de Pereira.

⁸² Según lo sostuvo la demandante, folio 334, cuaderno 1.

frente a la disputa fue diferente a la de otras operadoras, dado que Edatel resolvió no someter la solución del conflicto que ahora se resuelve, a la decisión de la CRT por la vía administrativa, ni se expidió un acto administrativo que lo dirimiera.

6.8. Consideraciones sobre la derogatoria de la Resolución 463 de 2001

Aunque en este proceso no se plantearon divergencias sobre la vigencia de la Resolución 463 de 2001⁸³ – la cual se invocó en la modificación al contrato, junto con las Resoluciones 489 y 505 de 2002,- no sobra precisar que en el *sub lite* la fuerza obligatoria para la aplicación de los cargos por capacidad se deriva del acuerdo al que llegaron las partes y no estriba en la citada Resolución, en la medida en que dicha regulación no imponía una modalidad única para los cargos de interconexión y solo refería al derecho y a la obligación de conceder al menos dos opciones de liquidación de los cargos correspondientes⁸⁴.

⁸³ La Resolución 463 de 27 de diciembre de 2001 fue publicada en el Diario Oficial No. 44.661 de 29 de diciembre de 2001 y en ella se dispuso, en ejercicio de las facultades previstas en la Ley 155 de 2000 y de acuerdo con el Decreto 1130 de 1999, la modificación de la Resolución 087 de 1997, en relación con los cargos de acceso a las redes de telefonía, estableciendo, a partir de enero de 2002, la obligación de ofrecer dos opciones de cargos de acceso: i) por minuto y ii) por capacidad.

⁸⁴ La Sala no ignora que mediante la Resolución 469 de 2002, publicada el 12 de enero de 2002, la CRT modificó la Resolución 087 de 1997 y expidió un régimen unificado de interconexión – RUDI-. Esa resolución derogó en forma expresa el título IV de la Resolución 087 de 1997 y todas las normas contrarias. La Resolución 469 no repitió el artículo correspondiente al derecho de opción que se desprendía de la Resolución 463, de manera que -teniendo en cuenta el orden en que fueron expedidas- la Resolución 463 podría entenderse derogada por la Resolución 469, a los pocos días en la medida en que se recogió el régimen de interconexión unificado.

Posteriormente el artículo 2º, numeral 4.2.2.19, de la Resolución No. 489 de 12 de abril de 2002, publicada en el Diario Oficial No. 44.779 de abril 24 de 2002, consagró nuevamente la obligación de ofrecer a los demandantes de la interconexión las opciones de: i) cargos de acceso máximo por minuto y ii) cargos de acceso máximo por capacidad. En esa Resolución se retomó el anexo de la Resolución 463 de 2001 y los cuadros de valor máximo consagrados en la Resolución 463. Unos meses después, mediante la Resolución 575 de 9 de diciembre de 2002, la CRT compiló nuevamente las Resoluciones 087 de 1997 y 469 reenumeró sus artículos, incorporando el numeral 4.2.2.19 antes citado.

Sin embargo, no desconoce que con posterioridad a los hechos analizados en el *sub lite*, seis años después, la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 21 de agosto de 2008, con ponencia del Consejero Marco Antonio Velilla Moreno, expediente 2003- 00047, acción de nulidad, instaurada por Empresas Públicas de Medellín y otras) anuló los apartes de la Resolución 489 referidos a la posibilidad de ‘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’ por cuanto se estimó que la Resolución 489 no podía contemplar una aplicación retroactiva, a partir del 1º de enero de 2002.

Este recuento de la regulación no afecta la forma en que se resuelve la controversia contractual en el presente proceso, toda vez que el debate no versa sobre los actos administrativos expedidos en desarrollo de la resolución eventualmente derogada ni de la resolución anulada.

Se resalta que en este caso las partes acordaron la modificación en forma directa, a partir del 1º de marzo de 2002, lo cual se permitía por la ley y por la regulación, toda vez que se originó en el acuerdo entre las partes sobre la modalidad de liquidación, aunque hubiese sido motivado por una Resolución de la CRT que

Se debe respetar la liquidación de los cargos bajo la modalidad de capacidad desde el mes de marzo de 2002, teniendo en cuenta que el régimen de derecho privado permite la libertad de formas y entendiendo que en este proceso está probado el consenso documentado a través de las distintas instancias de negociación adelantadas al amparo del contrato, para modificar el régimen de liquidación de los cargos bajo dicha modalidad a partir de la fecha citada.

Como consecuencia, se reafirma la denegación de la pretensión de liquidación de una supuesta diferencia⁸⁵ durante el período señalado en la demanda.

6.9. Análisis de los testimonios

El testigo Arturo Escobar Gómez, de profesión ingeniero electrónico, quien se desempeñaba como gerente de infraestructura de EDATEL, al realizar el recuento de los hechos, manifestó la conformidad inicial con el cambio en la modalidad de los cargos de acceso y la variación de la postura, por razón del concepto jurídico posterior, así (se transcribe de forma literal):

“Una vez analizada la solicitud desde el punto de vista técnico y al concluir que con la disminución de enlaces E1 no se afectaba la calidad del servicio entre las dos empresas, se aprobó aplicar la modalidad de cargos por capacidad, desde una fecha establecida o acordada entre las dos empresas. En fecha posterior, una vez analizada el acta del Comité de Interconexión por parte del área jurídica de EDATEL, manifestó esta que el paso a cargos de acceso por capacidad solo podría aplicarse una vez modificado el contrato de interconexión de 2001”⁸⁶.

La testigo Ana María Ceballos Ríos, de profesión contadora pública, que trabajaba en el área de interconexiones de Edatel y que perteneció al Comité Mixto de Interconexión, se refirió al acta de conciliación de diferencias, si bien la situó en octubre de 2004, empero en este proceso está probado que el acta de conciliación con intervención del CRT se suscribió el 3 de octubre de 2002 (se transcribe de forma literal):

todas las partes y la propia CRT entendían como vigente.

⁸⁵ En este proceso Edatel insertó en la demanda un cuadro con los saldos de minutos de llamadas completadas, sobre los cuales no aportó el respectivo anexo de las actas de conciliación ni solicitó prueba específica en este proceso.

⁸⁶ Cuaderno de pruebas 2 y 3, folio 2 vuelto.

“Sí, hubo unas diferencias en un período de 98 a 2001, donde en octubre de 2004 ante la CRT (Comisión de Regulación de Telecomunicaciones) se dirimió el conflicto a favor de EDATEL, mediante un acta de conciliación de aproximadamente \$2.400 millones de pesos”⁸⁷.

Ana Maria Ceballos Ríos evidenció que Telecom no aceptaba la liquidación por minutos, en la siguiente forma (se transcribe de forma literal):

“PREGUNTA: Sírvase indicar la razón por la cual se continuó liquidando bajo la forma de cargo de acceso por capacidad, cuando aún no se había firmado el contrato modificatorio. CONTESTA: se liquidó de esa manera porque era en forma provisional, y TELECOM no aceptaba el pago de otra manera”⁸⁸.

Armando Castellanos Pulido, quien también fue miembro del Comité de Interconexión, precisó el alcance y la época de la conciliación entre las partes, con total coincidencia frente a la prueba documental, en la siguiente forma (se transcribe de forma literal):

“Según el acuerdo la forma de remuneración de los cargos de acceso por uso de la red de EDATEL debía hacerse por la cantidad de Els que tuviera la interconexión. Es importante destacar que en audiencia en la CRT para definir diferentes aspectos de las relaciones entre EDATEL y TELECOM, a finales de 2002 entre los aspectos que se refirieron fueron los períodos correspondientes al esquema de cargos de acceso por capacidad que entiendo hace parte de la documentación que tiene el juzgado”⁸⁹.

Por su parte, Luis Camilo Restrepo Castro, de profesión economista, quien para la época de los hechos se desempeñaba como director de Interconexiones de EDATEL y jefe de la señora Ana María Ceballos, miembro del Comité de Interconexión, en la declaración de julio 17 de 2007, explicó con claridad que la postura de Telecom obedecía a que su solicitud del sistema de pago por capacidad había sido *“tramitada en un CMI”* (se transcribe de forma literal):

“PREGUNTA: Sabe usted si entre EDATEL y TELECOM se presentaron diferencias o problemas surgidos por la forma de liquidación por el uso de la red de EDATEL por parte de TELECOM? CONTESTA. “[Las] Diferencias son claras, EDATEL indicaba que dado que no se había actualizado el contrato, el anterior continuaba vigente, mientras TELECOM al haber solicitado la adopción del sistema de pago de cargo de Acceso por capacidad y habiendo sido esta tramitada en un CMI insistía en que la misma tenía plena vigencia”⁹⁰.

⁸⁷ Cuaderno de pruebas 2 y 3, folio 7.

⁸⁸ Folio 5, cuaderno de pruebas 3 y 4.

⁸⁹ Folio 12, cuaderno de pruebas 3 y 4.

⁹⁰ Folio 9, cuaderno de pruebas 3 y 4.

Por tanto, el análisis de los testimonios coincide con el alcance que en esta providencia se reconoce al documento denominado “CONCILIACIÓN DE CUENTAS EDATEL-TELECOM” de octubre 3 de 2002⁹¹ y a las demás pruebas documentales analizadas.

Concluido el análisis de las pruebas, se procederá a verificar la aplicación de la interpretación prejudicial al caso concreto.

6.10. Aplicación de la interpretación prejudicial

Después de todo el análisis probatorio, pasando a aplicar la normatividad de la comunidad andina⁹² se observa que en el presente caso los cargos de acceso pueden aplicarse bajo la modalidad conciliada entre las partes, toda vez que dependieron de los enlaces definidos en forma clara y que, en tal medida, los mismos se ajustaron a los costos de la interconexión efectivamente utilizada, todo lo cual se aprecia como ajustado a los parámetros expresados en la 82- IP-2017 del TJCA.

En ese sentido, la Sala acoge y aplica la interpretación obligatoria 82-IP-2017⁹³ proferida por el Tribunal Andino de Justicia para resolver este litigio, a cuyo tenor (se transcribe de forma literal):

“1. Las condiciones para la interconexión

“(…).

*“1.4.1. Obligatoriedad en la interconexión. Los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones tienen la obligación de interconectarse. Por lo tanto, el esquema de los cargos de interconexión se da en este ámbito de apremio en pro de la competencia y el bienestar social. Si un proveedor se negara a la interconexión, el asunto se ventilará ante la autoridad nacional competente para que tome una decisión al respecto. **De todas formas, la normativa comunitaria andina se sustenta sobre el principio de autonomía de la voluntad privada, en el sentido de que las partes pueden acordar las condiciones de interconexión, siempre y cuando se fijen sobre los parámetros establecidos.** Esto se desprende de un análisis conjunto de los artículos 30 de la Decisión 462, y 16, 17, 19, 23, 27 y 34 de la Resolución 432, donde se da un margen de acción contractual a los proveedores que se interconectarán para fijar las condiciones generales, económicas y técnicas del*

⁹¹ Folio 75, cuaderno 1.

⁹² Artículo 30 de la decisión 462 de la Comunidad Andina de Naciones y artículos 18 y 20 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

⁹³ Folios 939 a 941, cuaderno principal segunda instancia.

enlace, pero todo bajo los parámetros establecidos en la normativa comunitaria y la regulación de la autoridad nacional de telecomunicaciones pertinente.

“1.4.2. Los cargos de interconexión deben estar orientados a costos.

“Como se dijo líneas arribas, **la normativa andina no estaba buscando un método específico para establecer los cargos de interconexión.** Una vez consultados todos los antecedentes de la Decisión 462 y de la Resolución 432, el Tribunal no encontró un marco de discusión que le permitiera inferir que hubo una intención plenamente direccionada a escoger un único método sistema para establecer los cargos de interconexión. Lo que sí es evidente, es que desde los primeros borradores del proyecto la intención del legislador comunitario era que los costos fueran un factor determinante para la fijación de los precios de interconexión. En consecuencia, **cualquier metodología o esquema utilizado debe garantizar que los cargos tengan en cuenta los costos específicos** para la interconexión sobre la base de los servicios prestados: origen, tránsito y terminación de la llamada. Además, cualquier metodología debe dar razón de la relación ingreso-costos, permitiendo que la interconexión sea viable económicamente y, por lo tanto, que sea susceptible de brindar una continuidad en el servicio, una proyección de mantenimiento y mejoramiento de la calidad, prestación ininterrumpida del servicio y viabilizando el acceso a las redes. Es por esto que el artículo 20 de la Resolución 432 prevé que dichos costos preserven la calidad a costos eficientes, ya que la interconexión es una herramienta fundamental para el desarrollo de la industria de las telecomunicaciones, soportada en el equilibrio económico de los proveedores y la viabilidad financiera que redunde en la integración de las distintas redes entrantes o incumbentes, dentro de un clima de competencia.

“1.5. Por lo tanto, el análisis de costos debe reflejar todas las variables que se presenten en un esquema de interconexión. Por esta razón es que el artículo 18 de la Resolución 432 prevé que dentro del análisis se debe tener en cuenta una cuota de costos comunes o compartidos inherente a la interconexión y suficientemente desagregados. Dicha norma define qué se entiende por costos comunes: ‘Se entenderá por costos comunes o compartidos aquellos que corresponden a instalaciones y equipos o prestaciones compartidos por varios servicios’. Además, para lograr unos costos desagregados con el objetivo de **‘que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio’**, el artículo 21 advierte que la interconexión se debe estructurar sobre la base de la desagregación de componentes o instalaciones esenciales de la red y funciones. **Presenta una lista no taxativa, a saber: origen y terminación de comunicaciones a nivel local; conmutación; señalización; transmisión entre centrales; servicios de asistencia a los abonados; acceso a elementos auxiliares y a elementos que sean usados por ambas partes al mismo tiempo, si son factibles y económicamente viables; y la facturación y recaudación, así como la información necesaria para poder facturar y cobrar a los usuarios**”. (la negrilla no es del texto)⁹⁴

7. Conclusiones

Como consecuencia, la Sala concluye que Coltel no incumplió el Contrato No. 6824 de 2001 al negarse a reconocer la liquidación de los cargos de acceso por minuto, entre el 1 de mayo de 2003 y 31 de septiembre de 2004, dado que las partes acordaron una modificación de algunas de las condiciones del anexo 2 del contrato,

⁹⁴ Folios 939 a 941, cuaderno principal segunda instancia.

entre las cuales se adoptaron los cargos por capacidad, con fuerza vinculante entre ellas.

Esa modificación del contrato tuvo lugar por el acuerdo suscrito por los representantes legales de las partes, con independencia de que los documentos en que se plasmó el consenso correspondieron a las actas de conciliación directa y no a un otrosí u otro texto titulado como reforma o modificación del anexo referido.

A su vez, Edatel no podía exigir que la firma del modificadorio fuera la única fuente formal de las obligaciones contractuales, debido a que con ello desconocía la fuerza obligatoria del acta de conciliación que su representante legal suscribió, en la cual se relacionaron las actas 01 y 02 del CMI referidas a la aceptación que Edatel dio a la modalidad de liquidación de los cargos por capacidad, conciliación que se adoptó el 3 de octubre de 2002, por la vía de un acuerdo directo que las partes determinaron como aplicable a partir del 1º de marzo de 2002.

Frente a las formalidades contractuales, se agrega que, en últimas, esa variación de la modalidad de los cargos de acceso también cumplió con la forma escrita y la firma de los representantes legales, como se exigió en el contrato para las modificaciones del mismo.

Por otra parte, se advierte que el acuerdo cumplió con los parámetros del derecho comunitario, toda vez que las bases para liquidar los valores a pagar se correspondieron con la identificación de los costos que fueron detallados y conciliados de conformidad con los enlaces acordados para hacer posible la interconexión y la comunicación telefónica de los usuarios.

En el mismo sentido, se concluye que no existe fundamento para condenar a Coltel a pagar la diferencia entre los valores que se habrían liquidado por minuto y los que se establecieron con base en los cargos por capacidad en el período que se trajo al debate judicial.

Finalmente, se hace constar que el apoyo legal de las anteriores consideraciones se encuentra en el régimen del contrato definido en la Ley 142 de 1994, en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual el contrato es una ley para las partes,

en la libertad de formas prevista en el artículo 824 del Código de Comercio⁹⁵ y en la fuerza vinculante de los acuerdos provenientes de los representantes legales de las partes, igualmente apoyada, en este caso, en el derecho privado aplicable al contrato de interconexión de las empresas de servicios públicos⁹⁶.

Las conclusiones anteriores se fundan, también, en las reglas de interpretación del contrato y de sus modificaciones, contenidas en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil⁹⁷, toda vez que se han apreciado las pruebas para evaluar la intención de las partes, con base en los actos de sus representantes y en la aplicación práctica que sus delegados dieron a los acuerdos conciliatorios.

8. Costas

En materia de costas, para el presente proceso aplica el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 el cual indica que sólo hay lugar a su imposición de acuerdo con la conducta de las partes y, en este caso, se advierte que ninguna de ellas obró temerariamente, por lo cual no habrá lugar a condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

⁹⁵ “Artículo 824. Formalidades para Obligarse. Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad”.

⁹⁶ “Artículo 196 C.Co. Funciones y Limitaciones de los Administradores. La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

“A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

“Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros.

“Artículo 833 C.Co.. <Efectos Jurídicos de la Representación>. Los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste.

“La regla anterior no se aplicará a los negocios propuestos o celebrados por intermediario que carezca de facultad para representar.

⁹⁷ “Artículo 1618 C.C. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

“Artículo 1622 CC. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

“Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

“O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, el 8 de julio de 2013.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- Por secretaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se deberá remitir copia de la presente providencia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.

CUARTO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARIN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA