



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso número: 11001032600020140017200 (**52.741**)
Convocante: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. –E.T.B.-
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.
Referencia: Recurso de anulación de laudo arbitral

La Sala decide el recurso de anulación interpuesto por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., en adelante E.T.B., en su calidad de parte convocante, en contra del laudo del 14 de octubre de 2014 proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre la mencionada y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., en lo que sigue COLTEL, en calidad de convocada, en el marco del contrato de acceso, uso e interconexión n.º 0036-99 del 23 de junio de 1999. Mediante la decisión cuestionada se tomaron las siguientes decisiones (fls. 372 a 375, c. ppal del recurso de anulación):

PRIMERO: Declarar no probada la objeción por error grave al dictamen pericial rendido por Económica Consultores, cuyo representante legal es el ingeniero Pablo Roda Fornaguera, y ordenar el pago de sus honorarios.

SEGUNDO: Declarar probada parcialmente la EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA DIRIMIR LAS CONTROVERSIAS SOMETIDAS A SU CONSIDERACIÓN” (numeral 3.1., 3.1.1. a 3.1.6 de la respuesta a la demanda principal reformada) interpuesta por COLOMBIA

TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., única y exclusivamente respecto de las pretensiones tercera principal y cuarta principal de la demanda presentada por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. –ETB-, más no respecto de las demás frente a las cuales se declara no probada, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este laudo.

TERCERO: Declarar probada parcialmente la “EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO POR PARTE DE COLOMBIA TELECOMUNICACIONES” en el sentido y con los alcances expuestos en la parte motiva, sin lugar a pronunciamiento sobre todas las restantes interpuestas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. frente a la demanda arbitral principal reformada instaurada en su contra por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. –ETB-.

CUARTO: Declarar que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo derivadas del contrato de acceso, uso e interconexión celebrado con la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. el 23 de junio de 1999, en los términos y por las razones consignadas en la parte motiva (pretensión primera principal, que prospera parcialmente).

QUINTO: Por las razones expuestas en la parte motiva, no se accede a todas las demás pretensiones principales y subsidiarias de la demanda arbitral principal reformada presentada por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. contra COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

SEXTO: Declarar probada la excepción denominada “3.2. Ausencia de la obligación de pago por parte de ETB. ETB ha cumplido sus obligaciones económicas dentro del contrato”, interpuesta por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. –ETB-, frente a la demanda arbitral de reconversión presentada en su contra por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., por las razones expuestas en la parte motiva, sin lugar a pronunciamientos sobre las restantes.

SÉPTIMO: Por las razones expuestas en la parte motiva, el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre las pretensiones primera principal, segunda y tercera subsidiarias, y no se accede a las pretensiones primera y cuarta subsidiarias, ni segunda principal de la demanda de reconversión presentada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., contra la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

OCTAVO: No se impone condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva.

NOVENO: Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo con las constancias de ley (artículo 115, 2 del Código de Procedimiento Civil), con destino a cada una de las partes, y copias simples al señor agente del Ministerio Público, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

DÉCIMO: Ordenar que, en firme esta providencia, se protocolice el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá, para lo cual se previene a las partes sobre su obligación de suministrar los fondos que resulten necesarios en caso de que no sean suficientes aquellos que integran la partida correspondiente. De llegar a existir algún remanente en dicha partida, los fondos serán restituidos a las partes en las proporciones legales.

UNDÉCIMO: Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. EL CONTRATO

El 23 de junio de 1999, la E.T.B y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom (subrogada por COLTEL en todos sus derechos contractuales), celebró el contrato de acceso, uso e interconexión n.º 0036-99, cuyo objeto consistía en *“regular los derechos y obligaciones de las partes originadas en el acceso, uso e interconexión de sus respectivas RTPBCL, RPTPBCL y RPTBCLD y establecer las condiciones de carácter legal, técnico, comercial, operativo y económico relacionadas con dichas interconexiones”* (fl. 34, c. pruebas 1).

2. EL PACTO ARBITRAL

En el contrato de acceso, uso e interconexión n.º 0036-99 del 23 de junio de 1999 se pactó (fls. 43 y 44, c. pruebas 1)¹:

CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA: SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS.-

¹ En este punto es necesario poner de presente que en el laudo del 14 de octubre de 2014, al referir al pacto arbitral, se mencionó un otrosí del 6 de junio de 2012, más adelante citado como del año 2002; sin embargo, una vez revisado el expediente no se encontró el susodicho documento, búsqueda a la cual se vio avocada la Sala, toda vez que la redacción de la cláusula contenida en el laudo y la de la cláusula que se cita difieren en su redacción en el numeral 25.4. En efecto, mientras en el laudo se dice *“el arbitraje será adelantado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal se sujetará al procedimiento legal y las tarifas serán fijadas de acuerdo con el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá”* (fl. 222, c. recurso de anulación). En los demás la redacción es similar a la cláusula en cita. En efecto, en el contrato se consignó *“Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de Santa Fe de Bogotá o del lugar que acuerden las partes, el cual funcionará, sesionará y decidirá conforme al procedimiento establecido por la respectiva Cámara”* (fl. 44, c. pruebas 1). En todo caso, se trata de una cuestión meramente formal, en tanto la cláusula mantiene el mismo sentido.

Las partes acuerdan que en el evento que surjan (sic) diferencias entre ellas, relativas a la interpretación, ejecución, desarrollo, cumplimiento, terminación y liquidación del presente contrato, serán resueltas mediante el uso de los siguientes mecanismos:

25.1 COMITÉS DE INTERCONEXIÓN: En un término de treinta (30) días contados a partir de la fecha en que se plantee expresamente y por escrito el conflicto por una de las partes, el Comité de Interconexión procurará solucionarlo directa y amigablemente. Si a ello hubiere lugar, podrá acordar la intervención de terceros expertos en la materia.

25.2 REPRESENTANTES LEGALES DE LAS PARTES: Si vencido el término a que se refiere el numeral inmediatamente anterior, el Comité de Interconexión no llegare a un acuerdo sobre las diferencias existentes, las partes acudirán a una segunda instancia conformada por los Representantes Legales de las partes. Los Representantes Legales tratarán de resolver los puntos del conflicto, en un término de treinta (30) días contados a partir de la fecha de vencimiento del término otorgado al Comité de Interconexión, estipulado en el numeral inmediatamente anterior, término que podrá prorrogarse de mutuo acuerdo entre los Representantes Legales de las partes, por un lapso igual y por una sola vez.

25.3 MEDIACIÓN DE LA CRT: Si los Representantes Legales de las partes no llegaren a un acuerdo para solucionar las diferencias causantes del conflicto, cualquiera de las partes podrá acudir en un plazo de diez (10) días contados a partir del vencimiento del plazo anterior o de su prórroga, a la CRT como mediadora del mismo. Esta etapa tendrá una duración máxima de treinta (30) días contados a partir de la presentación de la petición a la CRT. Si se llegare a un acuerdo este será obligatorio para las partes.

25.4 TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO: Si los Representantes Legales de las partes no llegaren a un acuerdo sobre los puntos del conflicto o no se hubiera logrado acuerdo con la mediación de la CRT, dentro de los quince (15) días siguientes, someterán las diferencias que originaron el conflicto a un TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, de acuerdo con las siguientes reglas: el arbitraje será adelantado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de Santa Fe de Bogotá o del lugar que acuerden las partes, el cual funcionará, sesionará y decidirá conforme al procedimiento establecido por la respectiva Cámara. El de árbitros será en derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 111 y los subsiguientes de la Ley 446 de 1998 y demás normas que lo modifiquen, adicionen, reglamenten o sustituyan. El costo de funcionamiento del Tribunal y demás gastos que demande esa instancia, será asumido por la parte que resulte vencida o como lo disponga el Tribunal y la decisión será obligatoria para las partes.

PARÁGRAFO: Mientras se resuelve definitivamente el conflicto, totalidad del contrato y la prestación de los servicios, continuarán su ejecución.

3. LA DEMANDA ARBITRAL

El 23 de mayo de 2012 (fl. 1, c. ppal 1), la E.T.B. presentó solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento y demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de solucionar las diferencias surgidas dentro del contrato de acceso, uso e interconexión n.º 0036-99 del 23 de junio de 1999 (fls. 1 a 36, c. ppal 1)². Esa demanda fue reformada e integrada en un solo documento presentado el 15 de noviembre de 2012 (fls. 286 a 325, c. ppal 1)³.

3.1. Las pretensiones

Las pretensiones formuladas fueron las siguientes (fls. 286 a 289, c. ppal 1):

I. PRETENSIONES

Solicito al H. Tribunal que realice las siguientes o similares declaraciones y condenas:

PRIMERA PRINCIPAL. Declarar que, como consecuencia de las acciones y omisiones que se exponen en los hechos de la presente demanda reformada, la sociedad demandada, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. incumplió sus obligaciones contractuales y legales a su cargo, derivadas del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado el 23 de junio de 1999 y de las Resoluciones 1345 y 1388 de 2005, expedidas por la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones.

SEGUNDA PRINCIPAL. Declarar que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. no ha pagado, a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. el valor de los cargos de acceso por el tráfico asimétrico que ha cursado entre sus redes de telefonía pública básica conmutada local (TPBCL) en la ciudad de Bogotá, tráfico medido en minutos, terminado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. en la red ETB desde abril de 2002 y hasta la fecha de presentación de la demanda reformada.

SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL. Declarar que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. no ha pagado a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. el valor de los cargos de acceso por el tráfico asimétrico que ha cursado entre sus redes de telefonía pública básica conmutada local (TPBCL) en la ciudad de Bogotá, tráfico medido en minutos, terminado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. en la red de la ETB, desde la

² Esta demanda fue admitida por el Tribunal de Arbitramento mediante auto n.º 2 del 6 de julio de 2012 (fl. 188, c. ppal 1).

³ Esta reforma de la demanda fue admitida por el Tribunal de Arbitramento mediante auto n.º 6 del 16 de noviembre de 2012 (fl. 328, c. ppal 1).

vigencia de la Resolución 1763 de 2007 en diciembre de 2007 y hasta la fecha de presentación de la demanda reformada.

TERCERA PRINCIPAL. Declarar que desde abril de 2002 el mecanismo de remuneración de cargos de acceso aplicable al contrato de interconexión de Telefonía Pública Básica conmutada Local TPBCL entre las redes de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y La EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. en la ciudad de Bogotá es el sistema de remuneración Sender Keeps All impuesto por la CRT.

CUARTA PRINCIPAL. Como consecuencia de la anterior declaración, declarar que el mecanismo de remuneración de cargos de acceso Sender Keeps All aplicable al contrato de interconexión de las redes de telefonía pública básica conmutada local TPBCL en la ciudad de Bogotá de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. debe aplicarse conforme a los estándares internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT, recogidos en los estudios de la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones.

QUINTA PRINCIPAL. Declarar que las partes del “contrato de acceso, uso e interconexión entre las redes de TPBC de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y las redes de TPBC de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM” hoy COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., están obligadas a liquidar, facturar y pagar cargos de acceso, uso e interconexión entre sus redes locales en Bogotá cuando exista asimetría en el tráfico cursado ente ellas.

QUINTA SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRINCIPAL: En el evento de no prosperar la quinta principal declarar que en la aplicación del método de pago Sender Keeps All, existan desbalances o asimetrías de tráfico entre las partes, se aplique la fórmula propuesta por la CRC sobre el balance trimestral medido, el balance trimestral regulado y el balance trimestral objetivo, de conformidad con el valor eficiente máximo previsto en la regulación de la Comisión de Regulación de Comunicaciones para la terminación de llamadas en redes de TPBCL, ajustado con el Índice de Actualización Tarifaria (IAT).

SEXTA PRINCIPAL. Condenar la sociedad convocada, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., a pagar a la convocante, EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. todos los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, causados con los Incumplimientos señalados en los hechos de la demanda.

SÉPTIMA PRINCIPAL. Condenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. a pagar a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. las sumas no remuneradas, por concepto de cargos de acceso por el uso de su red de telefonía pública básica conmutada local RTPBCL en Bogotá, correspondiente al tráfico asimétrico cursado desde la red de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. hasta la red de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.,

desde abril de 2002 y hasta la fecha en que se profiera el laudo o la más próxima a él. Los cargos de acceso serán liquidados por minutos reales y de acuerdo con el valor eficiente máximo previsto en la regulación de la Comisión de Regulación de Comunicaciones para la terminación de llamadas en redes de TPBCL (Resoluciones 463 de 2001 y 1763 de 2007), ajustado con el Índice de Actualización Tarifaria (IAT).

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL. En el evento de no prosperar la séptima principal, condenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. al pago de los cargos de acceso por el uso de la red de telefonía pública básica local conmutada de ETB en Bogotá, dejados de remunerar, desde abril 2002 hasta la fecha en que se profiera el laudo o la más próxima al él, liquidados a la tarifa contemplada en la Resolución 087 de 1997 para el Grupo 1, actualizada conforme al Índice de Actualización Tarifaria (IAT), según la metodología de conversión de impulso a minuto de 1,31.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL. En el evento de no prosperar la primera subsidiaria de la séptima principal, condenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. al pago de los cargos de acceso el uso de la red de telefonía pública básica local conmutada de ETB en Bogotá, dejados de remunerar, desde enero de 2008 hasta la fecha de en que se profiera el laudo o la más próxima a él, liquidados a la tarifa contemplada en la Resolución 1763 de 2007 para la terminación de llamadas en redes de TPBCL del Grupo 1, actualizada conforme al Índice de Actualización Tarifaria (IAT).

TERCERA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL. En el evento de no prosperar la segunda subsidiaria anterior, condenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. al pago de los cargos de acceso por el uso de la red de telefonía pública básica local conmutada de ETB en Bogotá, dejados de remunerar, desde enero de 2008 hasta la fecha en que se profiera el laudo o la más próxima a él, liquidados a la tarifa contemplada en la Resolución 087 de 1997, actualizada conforme al Índice de Actualización Tarifaria (IAT), según la metodología de conversión de impulso a minuto pactada por las partes en el contrato, para la terminación de llamadas de interconexión de sus redes de TPBCL en Bogotá.

OCTAVA PRINCIPAL. Las sumas resultantes de las condenas se actualizarán desde la fecha de su causación hasta la fecha del laudo y sobre ellas se liquidarán intereses moratorios comerciales durante el mismo período.

NOVENA PRINCIPAL. Condenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. al pago de los gastos y costas del proceso arbitral.

DÉCIMA PRINCIPAL. Condenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. a pagar intereses comerciales moratorios sobre el valor de las condenas, desde la fecha en la que se pronuncie el laudo y hasta aquella en que esas sumas sean efectivamente canceladas.

3.2. La causa de la solicitud

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 293 a 304, c. ppal 1):

3.2.1. El 20 de diciembre de 1996, E.T.B. y TELECOM celebraron el contrato n.º 96014004 para regular los derechos y obligaciones de las partes originadas en el acceso, uso e interconexión de sus redes locales en la ciudad de Bogotá.

3.2.2. El contrato n.º 96014004 fue terminado y suscrito uno nuevo para el mismo objeto. Ese contrato se identificó con el n.º 0036-99 y fue suscrito el 23 de junio de 1999 entre la E.T.B. y TELECOM, que fue subrogado por COLTEL en todos sus derechos contractuales.

Dentro de las interconexiones pactadas en este último acuerdo se incorporó la RTPBCL⁴ de la E.T.B. en Bogotá y los municipios de Cundinamarca donde prestara o se comportara como operador del servicio de TPBCL⁵ y RTPBCL⁶ de TELECOM, subrogado por COLTEL en Bogotá y los municipios de Cundinamarca donde prestara o se comportara como operador del servicio TPBCL (cláusula séptima).

El valor de los cargos de acceso o interconexión, en adelante CdA, se sometió a las normas establecidas por la C.R.T. y los anexos financieros comerciales del contrato (cláusula décima sexta), en los cuales se acordó que los CdA se liquidarían por minuto, de acuerdo a la normatividad vigente a la fecha de suscripción del contrato. Con el fin de determinar el monto de ese pago se acordó un proceso mensual de conciliación y cruce de cuentas (cláusula décima séptima).

3.2.3. La convocada, COLTEL, solicitó a la E.T.B. el cambio de la modalidad de remuneración para la interconexión local-local entre sus RTPBCL en Bogotá por el sistema SKA, solicitud que no fue aceptada dada su complejidad en la administración.

⁴ Que es la contracción de Red de Telefonía Pública Básica Conmutada Local.

⁵ Telefonía Pública Básica Conmutada.

⁶ Que significa Red de Telefonía Pública Básica Conmutada Local Extendida.

3.2.4. El 22 de marzo de 2002, COLTEL solicitó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en adelante C.R.T., la solución del conflicto respecto de las diferencias surgidas con la E.T.B. sobre el cambio de la modalidad de remuneración de los CdA para la interconexión entre sus RTPBCL de Bogotá.

3.2.5. Mediante resolución n.º 1345 de 2005, la C.R.T. modificó el modo de remuneración del contrato para la interconexión local-local en la ciudad de Bogotá y, en su lugar, dispuso que *“todas las interconexiones existentes entre redes de TPBCL, deben ser remuneradas bajo el esquema “Sender Keeps All” sin perjuicio de los acuerdos o esquemas alternativos definidos por los operadores en desarrollo de la voluntad privada. (...) [F]rente a la ausencia de acuerdo entre las partes, la metodología de cargos de acceso que debe remunerar la interconexión entre las redes de TPBCL de ETB y de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES es la establecida en el artículo 4.2.2.20, la cual deberá ser implementada a dicha interconexión (...) desde el 22 de marzo de 2002”* (fl. 296, c. ppal).

3.2.6. Por medio de la resolución n.º 1388 de 2005, la C.R.T. confirmó su decisión contenida en la resolución n.º 1345 de 2005.

3.2.7. Según la convocante, el mecanismo de remuneración de los CdA para la interconexión RTPBCL de E.T.B. y COLTEL en Bogotá pasó de ser un esquema de remuneración con pago efectivo a un esquema de remuneración por compensación, que generó que desde abril de 2002 hasta la presentación de la reforma de la demanda márgenes considerables de asimetría en contra de la E.T.B. por el tráfico cursado entre las RTPBCL de las partes en Bogotá, hasta el punto de generar un no pago de los CdA.

3.2.8. La E.T.B. presentó a COLTEL cuenta de cobro por los anteriores conceptos, la cual fue devuelta, en tanto los pagos por asimetría no quedaron incluidos en el sistema de remuneración definido por la C.R.T.

3.2.9. En el año de 2010, como consecuencia de la persistencia de la asimetría advertida, E.T.B. convocó al Comité Mixto de Interconexión, como mecanismo de solución de conflictos pactado entre las partes, sin resultados positivos.

3.2.10. Igualmente, la E.T.B. inició dos acciones de cumplimiento ante los órganos de la Comunidad Andina en contra de la República de Colombia-C.R.T., las cuales fueron identificadas con el número 03-AI-2007 y 04-AI-2008. Esas acciones tuvieron como finalidad que se interpretara la forma de aplicación de lo dispuesto por la C.R.T. en el contrato n.º 0036-99, aquí en estudio.

En primera instancia, la Secretaría General de la Comunidad Andina dictaminó que frente a las resoluciones de la C.R.T. existió incumplimiento por parte de Colombia. Al momento de la presentación de la reforma de la demanda, aún no se había resuelto la segunda instancia.

3.2.11. Asimismo, la E.T.B. ha intentado acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las resoluciones de la C.R.T., expediente con radicado n.º 25000-23-24-000-2010-00342-01 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, de las cuales se espera decisión de fondo.

4. INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO Y ADMISIÓN DE LA DEMANDA

El 6 de julio de 2012 se celebró la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento y se admitió la demanda (fls. 186 a 188, c. ppal 1). La reforma fue admitida a través del auto n.º 6 del 16 de noviembre siguiente (fl. 328, c. ppal 1).

5. LA OPOSICIÓN DE LA CONVOCADA

5.1. Contestación de la demanda y su reforma

COLTEL (fls. 192 a 229, c. ppal 1; 1 a 63, c. ppal 2) advirtió que la convocante pretendía modificar el sistema de remuneración del contrato en estudio, el cual

fue definido por la C.R.T., actualmente C.R.C. (Comisión de Regulación de Comunicaciones).

Se opuso a cada una de las pretensiones, en tanto cumplió con todas las obligaciones contractuales, además, de lo dispuesto en su momento por la C.R.T., cuyas resoluciones son vinculantes para las partes, tal como lo definió la Corte Constitucional en su sentencia C-186 de 2011. Igualmente, señaló que los pagos por cargo de CdA se han conforme a lo pactado y ordenado por la C.R.T. Además, advirtió la contradicción entre pretensiones, lo que, a su juicio, constituía una indebida acumulación.

Frente a los hechos, además de precisar algunas fechas y acontecimientos, insistió en que el asunto fue resuelto por la C.R.T., en el sentido de adoptar el sistema *Sender Keeps All* (SKA) que permitía a la E.T.B. cobrar dicha remuneración directamente a sus usuarios, razón por la cual no incorpora pago por acceso entre redes de TPBCL a cargo de COLTEL ni tampoco por asimetrías en la interconexión, pues de ser así se estaría promocionando una doble remuneración. De esa forma se modificaron todas las cláusulas del contrato necesarias para la aplicación de ese nuevo sistema.

Propuso como excepciones:

(1) Falta de competencia del Tribunal para dirimir las controversias sometidas a su consideración, en tanto en los términos del artículo 32 de la Resolución n.º 432 de la Comunidad Andina la C.R.T. es la competente para dirimir las controversias de interconexión entre operadores de TPBCL, en este caso la E.T.B. y COLTEL. En consecuencia como a través de las resoluciones n.º 1345 y 1388 de 2005, la C.R.T. decidió sobre el particular es claro que el asunto está superado. Esta excepción también la apoyó en lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que prohíbe a acudir a la jurisdicción de la Comunidad Andina cuando el demandante simultáneamente acude a la jurisdicción nacional por la misma causa.

(2) La falta de competencia del Tribunal por la existencia de dos acciones de cumplimiento ante la Comunidad Andina promovidos por la E.T.B. por el mismo objeto del que aquí se discute. Además, en esas acciones se formularon pretensiones contradictorias a las planteadas en el trámite arbitral

(3) Falta de competencia del Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre la legalidad de las resoluciones 1345 y 1388 de 2005.

(4) Falta de competencia del Tribunal Arbitral porque la solicitud de convocatoria se presentó en fecha posterior a la estipulada en la cláusula compromisoria, modificada el 6 de junio de 2012, es decir, dentro de los 15 días siguientes a la falta de acuerdo entre las partes o fracasada la mediación de la C.R.T.

(5) Cumplimiento del contrato por parte de COLTEL, por las razones ya expuestas.

(6) Violación al principio de acceso igual cargo igual, toda vez que en el contrato de interconexión vigente desde 2002 con UNE-E.P.M. se pactó que los cargos de acceso local en Bogotá no se cobrarían como se pretende en el presente proceso arbitral.

(7) Error en el cálculo de la remuneración por parte de la E.T.B. presentada en la demanda, en tanto adopta una clasificación que no corresponde a la de COLTEL.

De otro lado, también solicitó la interpretación prejudicial obligatoria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

5.2. Demanda de reconvención

El 23 de julio de 2012, COLTEL presentó demanda de reconvención en contra de la E.T.B. Esa demanda fue admitida mediante auto n.º 3 del 26 de julio siguiente (fls. 237 a 239, c. ppal 1). Como pretensiones y fundamento de hecho se presentaron los siguientes:

5.2.1. Pretensiones

Las pretensiones fueron las siguientes (fls. 230 y 231, c. ppal 1):

PRETENSIONES

1.1. Primera Pretensión Principal

Que se declare que el sistema de remuneración para el acceso, uso e interconexión de la red local-local en la ciudad de Bogotá al cual está sujeto el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado el 23 de junio de 1999 entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. -E.S.P. no da lugar al pago de cargos de acceso por el tráfico local cursado entre las redes de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. - E.S.P.

1.2. Pretensiones subsidiarias a la Primera Principal

En caso de que el Tribunal Arbitral desestime la primera pretensión principal, en subsidio solicito respetuosamente acoja las siguientes pretensiones subsidiarias:

Primera Pretensión Subsidiaria. Que se declare que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. ha incumplido la obligación de pagar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. los cargos de acceso que le corresponden por el tráfico local cursado entre las redes de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ SA. -E.S.P. dentro del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado el 23 de junio de 1999 entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E S.P. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. -E.S.P. desde abril de 2002 hasta la fecha.

Segunda pretensión Subsidiaria. Que se declare que no existe, en la ley o en el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado el 23 de junio de 1999 entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. - E.S.P. una tarifa específicamente aplicable a la remuneración de la interconexión local-local.

Tercera Pretensión Subsidiaria- Que se declare que la tarifa aplicable al Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado el 23 de junio de 1999 entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. – E.S.P. para remunerar la interconexión local-local es la que establece la ley para para los casos de telefonía de larga distancia y local extendida, teniendo en cuenta que entre la vigencia de las Resoluciones 463 de 2001 y 1763 de 2007, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. perteneció al denominado Grupo Tres, para efectos del cálculo de cargos de acceso o, en su defecto, la tarifa que el Tribunal estime aplicable.

Cuarta Pretensión Subsidiaria- Que se condene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. - E.S.P. a pagar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. la remuneración que le corresponde a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. bajo el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión celebrado el 23 de junio de 1999, la cual estimo en la cantidad de CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS millones de pesos (\$47.302.177.949), o la que resulte probada en el presente trámite arbitral, con las actualizaciones correspondientes.

Quinta Pretensión Subsidiaria- Que se condene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. - E.S.P. a pagar las costas del presente trámite arbitral.

Segunda Pretensión Principal- Que se condene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. - E.S.P, a pagar las costas del presente trámite arbitral.

5.2.2. Los hechos

Como fundamentos fácticos, además de citar el proceso de liquidación de TELECOM y la creación de COLTEL, recordó la suscripción del contrato de acceso, uso e interconexión n.º C-036-99 del 23 de junio de 1999 y la modificación de la fórmula de remuneración de ese contrato por parte de la C.R.T.; sin embargo, la E.T.B., desconociendo esas decisiones, insistió en la obligación de pagos mutuos de cargos de acceso de tráfico local entre sus redes TPBCL. De ser esto así, entendimiento que advirtió no se compartía, la E.T.B. le debería a COLTEL la suma de \$47.302.177.949, en tanto la calificación de la última varió con la resolución n.º 1763 de 2007 de la C.R.T., modificación que en el ejercicio propuesto por la E.T.B. implicaría un saldo a favor de COLTEL en la suma indicada (fls. 232 y 233, c. ppal 1).

5.3. Contestación de la demanda de reconvención

La E.T.B. (fls. 251 a 256, c. ppal 1) se opuso a las pretensiones y frente a los hechos aclaró que el sistema *Sender Keep All* (SKA) no contemplaba el pago de cargo de acceso por tráfico local-local, siempre que no existiera asimetría en el tráfico y las estructuras de red similares, que fue lo que ocurrió en el presente asunto.

Propuso como excepciones (1) la obligación de pago de COLTEL a ETB, por la existencia del tráfico asimétrico; (2) E.T.B. ha cumplido sus obligaciones; (3) la tarifa de cargo de acceso señalada por COLTEL no es la aplicable al contrato, además ha cursado más tráfico hacia la red de E.T.B. que el cursado de E.T.B. hacia la red COLTEL, razón por la cual es esta última la obligada a pagarlo; (4) el servicio de acceso, uso e interconexión objeto de reclamo es del TPBCL y no los demás, (5) COLTEL actúa en contra de sus propios actos frente a los precios de interconexión de la red local-local con E.T.B. en la ciudad de Bogotá.

6. DEFINICIÓN DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

Dentro de la primera audiencia de trámite, efectuada el 5 de diciembre de 2012, el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer del asunto. Para el efecto, sostuvo (fl. 75, c. ppal 2):

1. El Tribunal está debidamente instalado y el trámite inicial surtido con sujeción a las normas jurídicas (arts. 121 de la Ley 446 de 1998 y 141 del decreto 1818 de 1998), concluyó al fracasar la audiencia de conciliación realizada el 18 de octubre de 2012 (acta n.º 4).

2. Las partes, cuya existencia y representación legal está acreditada en legal forma (folios 39 a 73 del cuaderno principal n.º 1), en ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, tienen legitimación para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de sus conflictos (arts. 116 de la Constitución Política; 8 y 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia; 3 y 111 de la Ley 446 de 1998; 70 y 71 de la Ley 80 de 1993), y acordaron pacto arbitral (art. 116, Ley 446 de 1998) en la modalidad de cláusula compromisoria plasmada en la cláusula vigésima quinta, 25.4 del contrato de acceso, uso e interconexión C-036-99 suscrito el 23 de junio de 1999 (Cuaderno de prueba n.º 1 folios 43 y 44).

3. Examinada la materia sometida al conocimiento y decisión del Tribunal plasmada en la demanda arbitral principal reformada, la demanda de reconvenición, las contestaciones y excepciones interpuestas, así como las réplicas a éstas, es clara su naturaleza patrimonial susceptible de disposición, comprensión en el pacto arbitral y en el contrato de acceso, uso e interconexión C-036-99 celebrado por las partes, al derivar de su celebración y ejecución.

4. En cuanto a las excepciones formuladas concernientes a la falta de competencia, dado a su contenido y alcance, corresponde resolverlas en el laudo arbitral, para lo cual el Tribunal tiene plena competencia.

En cuanto a la alegada falta de competencia del Tribunal para tomar decisiones sobre actos administrativos, asiste razón a Metroplus, por no ser

materia transigible y por tanto arbitrable. No obstante, al no haber señalado Metroplus a qué actos se refiere, ni encontrarse en las pretensiones de la demanda ninguna que solicite declaración al respecto, no se ve causal de incompetencia en el presente caso.

La anterior decisión fue notificada en estrados dentro de la mencionada audiencia. La convocada interpuso recurso de reposición (fl. 76, c. ppal). Aunque se anuncia en el texto del acta que la sustentación del recurso y su traslado a la demandada fue grabado, no se ubicó el C.D. contentivo de esa.

Sobre el particular, el Tribunal de Arbitramento, al confirmar su decisión, sostuvo (fls. 76 y 77, c. ppal 2):

1. Entiende el Tribunal que en el presente proceso no se está contravirtiendo la legalidad de acto administrativo alguno, sino el incumplimiento de un contrato suscrito entre dos personas jurídicas ninguna de las cuales es el Estado colombiano, razón por la cual este Tribunal tiene plena competencia para ocuparse del conflicto.

2. Como está redactada la cláusula compromisoria y la modificación acordada por las partes, es evidente su decisión autónoma y espontánea de acudir al trámite arbitral para la resolución de los conflictos contractuales.

3. La argumentación del recurrente con relación con los demás aspectos debe ser decidida en el laudo arbitral, como quiera que involucra la decisión de fondo que debe adoptar el Tribunal, una vez cuente con todos los elementos de juicio pertinentes.

4. Mayor relieve y complejidad reviste el análisis del alcance de una relación jurídico de derecho contractual entre sujetos jurídicos particulares tiene el ordenamiento andino, lo cual no es claro en este momento proceso y su decisión sólo puede adoptarse en el Laudo Arbitral, para lo cual por decisión de las partes tiene plena jurisdicción y competencia.

7. LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJCA

El Tribunal de Arbitramento solicitó la interpretación prejudicial del TJCA, entre otros, respecto de las normas que regulaban la competencia para conocer del presente asunto contenidas en el literal f) del artículo 17 y de los artículos 32 y 34 de la resolución n.º 432 de la CAN (fls. 3 a 27, c. ppal 4).

El TJCA rindió su interpretación prejudicial el 13 de mayo de 2014 dentro del proceso 181-IP-2013, recibo por el Tribunal de Arbitramento el 11 de junio del mismo año (fl. 273, c. pruebas 12).

Sobre las particularidades de este trámite, la Sala volverá más adelante.

8. EL LAUDO ARBITRAL RECURRIDO⁷

El Tribunal de Arbitramento dictó el laudo que se recurre el 14 de octubre de 2014 (fls. 220 a 375, c. ppal del recurso de anulación).

8.1. El Tribunal inició por determinar los presupuestos procesales, los cuales consideró satisfechos a plenitud. En efecto, encontró demostrada la existencia y representación de las partes, la comparecencia de las mismas a través de sus representantes legales, el apoderamiento judicial, la capacidad procesal y dispositiva, así como la libertad contractual. Igualmente, señaló que el Tribunal se constituyó en debida forma y que asumió preliminar y preventivamente la competencia como juez natural del contrato por expresa disposición de las partes. Finalmente, sostuvo que las pruebas se decretaron y practicaron legalmente.

8.2. Continuó con la decisión de la excepción por la falta de competencia. Para el efecto, recordó la sustentación, la oposición y el concepto del Ministerio Público. Seguidamente, explicó el régimen comunitario andino y el alcance de las atribuciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en lo sucesivo TJCA. En ese punto, concluyó, con base en el Tratado, el Estatuto del Tribunal y la Nota Informativa sobre el particular, así como la jurisprudencia nacional, que la interpretación prejudicial del TJCA tiene por objeto fundamental precisar el sentido de las normas comunitarias. En ese orden, a ese Tribunal no le corresponde interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, tarea que debe emprender la autoridad judicial

⁷ La E.T.B. solicitó aclaración y adición del laudo, pero el Tribunal mediante auto n.º 34 del 23 de octubre de 2014 las negó, pero accedió a corregir errores mecanográficos (fls. 379 a 398, c. ppal del recurso de anulación).

interna, claro está, con base en la interpretación de las normas supranacionales que corresponda aplicar.

8.2.1. El Tribunal consideró entonces necesario abordar el estudio de las funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Frente al particular, expuso, a su juicio, en línea con la jurisprudencia constitucional, que las facultades de la referida Comisión están circunscritas a las suscitadas con la regulación que ella expide, con el fin de preservar su orden regulatorio.

8.2.2. Al descender al caso en estudio, sostuvo que en la sentencia 181-IP-2013 del TJCA, en la que se resolvió sobre la interpretación prejudicial formulada en el presente proceso arbitral, se dijo y citó (fls. 275 a 277, c. ppal del recurso de anulación):

33. La Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina en su artículo 32, enuncia que en el evento de que un proveedor considere que existen actuaciones atentatorias a las normas o principios de interconexión o libre competencia, deberá recurrir a la Autoridad Nacional Competente para que resuelva de acuerdo a la norma nacional.

34. Existe por tanto, expresa disposición de la norma andina, que remite la competencia para resolución de conflictos de interconexión, a la autoridad nacional y bajo los lineamientos de la ley interna.

35. Por su parte, el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaria General, de igual forma le otorga competencia a la Autoridad de Telecomunicaciones del país donde se realiza la interconexión, para solucionar las controversias que se susciten por este evento. 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 (sic) 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)”.

36. Profundizando el estudio del mencionado artículo 32, se prevé que en caso de controversia durante la ejecución de la interconexión, se seguirán los siguientes pasos:

- Arreglo directo entre las partes. La norma propone en primer término un acercamiento de los involucrados para solucionar el conflicto.*
- Sí no se llegare a una solución negociada, a petición de parte se someterá la controversia a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones pertinente, para que tome una decisión en el plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario.*

37. *En el caso particular, el órgano competente para la solución del conflicto es la “CRC”. Pese a que el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaria General direcciona la competencia a la autoridad nacional en el evento de conflictos de interconexión, el artículo 17 literal f) de la misma Resolución, prevé que en los acuerdos de interconexión suscritos entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y en las ofertas básicas de interconexión, **deberán plasmarse cláusulas sobre los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión.***

38. *El Tribunal entiende que en cuestiones de ejecución de la interconexión, estamos frente a una antinomia en el mismo cuerpo normativo. Esto se resuelve a la luz del principio de especialidad, el artículo 32 de la Resolución 432 se encuentra en el capítulo IV, denominado “Solución de Controversias”, mientras que el artículo 17 literal f) se encuentra en el capítulo I, denominado “Generales”. 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 interconexión”, es de competencia exclusiva de la Autoridad de Telecomunicaciones respectiva (...). Las controversias anteriores a dicha ejecución pueden solucionarse de conformidad con el mecanismo que las partes adopten.*

39. *Ahora bien, lo anterior significa que en el caso concreto la “CRC” tiene competencia exclusiva y excluyente para solucionar los conflictos generados en la interconexión. En conclusión la normativa comunitaria confiere a la autoridad competente una línea coherente de regulación en el sector de las telecomunicaciones, lo que implica armonía en todos los aspectos, inclusive en la solución de conflictos.*

40. *Ahora bien, refiriéndonos en concreto al (sic) a la primera frase del artículo 32 de la Resolución 432, el cual dice “Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino”, se entiende que una vez decidido el asunto en la vía administrativa por la autoridad competente, se puede acudir al mecanismo de solución de controversias andino; específicamente a la acción de incumplimiento si se considera que la autoridad competente vulneró el ordenamiento jurídico andino al resolver el conflicto (artículos 23 a 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 49, 107 a 111 de su Estatuto).*

41. *De todas formas, el Tribunal advierte que también se puede recurrir a los mecanismos nacionales de impugnación de actos administrativos, y en este evento se deberá (sic) utilizar, en la instancia pertinente, la figura de la interpretación prejudicial. Lo anterior, de conformidad con las previsiones del artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal, claramente delimitado en la Interpretación Prejudicial expedida en el marco del proceso 207-1P-2013.*

42. *Como el caso particular ya había sido resuelto por la CRT (hoy CRC) mediante las Resoluciones 1345 de 2005 y 1388 de 2005 la vía idónea para controvertir lo decidido es la acción de incumplimiento comentada o la vía nacional en el marco del artículo 31 atrás referido. En este orden de ideas, el Tribunal de arbitramento consultante no goza de competencia para resolver el asunto particular.*

43. No obstante lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina procederá a resolver la Interpretación Prejudicial solicitada, con el fin de dar cumplimiento al principio de economía procesal y no prolongar la resolución del caso que nos ocupa (se subraya).

Más adelante, citó lo resuelto por el TJCA así (fl. 277, c. ppal del recurso de anulación):

PRIMERO: Como el caso particular ya había sido resuelto por la CRT, mediante las Resoluciones 1345 de 2005 y 1388 de 2005, la vía idónea para controvertir lo decidido es la acción de incumplimiento comentada, o la vía nacional en el marco del artículo 31 como se determinó en el texto de la presente providencia. En este orden de ideas, el Tribunal de arbitramento consultante no tiene competencia para resolver el asunto particular.

SEGUNDO: Una interpretación conjunta los (sic) artículos 30 de la Decisión 462, y 18 y 20 de la Resolución 432, nos conduce a los siguientes elementos esenciales de los cargos de interconexión (...) (se destaca y subraya)

De lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento advirtió que “*si bien las normas del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina disponen que el Tribunal debe limitarse a interpretar las normas andinas, en este caso el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina además de interpretar las normas andinas indicó que este Tribunal Arbitral no era competente para resolver el asunto particular, lo que supone un análisis de los hechos materia del proceso, asunto que entiende el Tribunal Arbitral, según las normas que regulan la actuación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, estaría reservada al juez nacional*” (fl. 277, c. ppal).

En tal sentido, consideró que la decisión citada del TJCA no guardaba armonía con su decisión del 15 de noviembre de 2011, al resolver la enmienda y aclaración de la sentencia del 26 de agosto de 2011, proceso 03-AI-2010, al igual que su decisión del 18 de julio de 2012 en la que aclaró los alcances de lo dispuesto por ese mismo Tribunal el 26 de agosto de 2011, oportunidades en las que aseguró que una vez recibida la interpretación prejudicial, como sucedió en el *sub examine*, el Tribunal de Arbitramento adquiriría competencia.

Por lo tanto, el Tribunal concluyó (fl. 280, c. ppal):

Para el Tribunal la forma de conciliar los diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es entender que los Tribunales de Arbitramento no pueden resolver sobre la controversia que

versa la sobre la regulación de interconexión expedida por las autoridades competentes, pero sí pueden hacerlo sobre otros aspectos contractuales o extracontractuales entre los diferentes operadores.

El Tribunal Arbitral adopta como fundamento de su decisión la interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. De este modo se debe partir de la base de que a la luz del derecho comunitario la competencia para resolver los conflictos surgidos por la interconexión es de la autoridad es de la Autoridad Nacional Competente, teniendo en cuenta a este respecto el marco de competencias determinado por el ordenamiento nacional.

8.2.3. A continuación abordó el contenido de las resoluciones n.º 1345 y 1388 de 2005 de la C.R.T. En tal sentido, recordó que el antecedente de la primera de ellas fue la solución de un conflicto surgido entre la convocante y la convocada, por la decisión de COLTEL, que se subrogó en los derechos de TELECOM, de acogerse a la opción de cargos de acceso por capacidad para la interconexión entre la RTPBCLD de TELECOM y la RTPBCL de E.T.B. y lo relacionado con los cargos de acceso locales para la interconexión entre la RTPBCL de TELECOM (CAPITEL) y la RTPBCL de E.T.B.

Después de analizado el contenido de lo resuelto en las resoluciones de la C.R.T., concluyó que *“del contenido de los actos administrativos mencionados se desprende con claridad, que para la CRC [se refiere a la C.R.T.] no existe acuerdo entre las partes acerca de la metodología de cargos de acceso, por lo que la que debe aplicarse para remunerar la interconexión de TPNLC entre ETB y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES es la prevista en el artículo 4.2.2.20. Así mismo precisó la CRC que el sistema Senders Keeps All remunera el uso de la red, pero no se deben transferir sumas entre los operadores interconectados”* (fls. 284 y 285, c. ppal del recurso de anulación).

8.2.4. A renglón seguido analizó las pretensiones de la demanda principal reformada. Igualmente, revisó los hechos, de los que destacó que la convocante precisó que si bien la C.R.T. dispuso que el mecanismo de remuneración de los CdA para la interconexión de las RTPBCL de E.T.B. y COLTEL en Bogotá sería el *Sender Keep All*, no modificó las demás cláusulas de tipo económico, razón por la cual el valor del cargo de acceso a pagarse entre las partes y su reajuste periódico rige actualmente entre las partes.

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal consideró que las pretensiones formuladas tienen que ver con una controversia contractual de naturaleza estrictamente patrimonial, en tanto fue el resultado de la celebración, desarrollo y ejecución del contrato de acceso, uso e interconexión celebrado el 23 de junio de 1999. Igualmente, afirmó que dado que las cuestiones que aquí se discuten son sobrevinientes a lo decidido por la C.R.T. se tratan de cuestiones que escaparon a su contenido y por consiguiente a su competencia. En ese orden, consideró que lo controvertido es el incumplimiento contractual, incluida, claro está, el derivado de la inobservancia de las decisiones de la C.R.T., controversia que corresponde definirlo al juez del contrato, en este caso el arbitral por disposición de las partes, sin que en momento alguno se cuestione ni tampoco implique la revisión en sede arbitral de lo decidido por la autoridad reguladora.

Sin embargo, precisó que las pretensiones tercera y cuarta ya habían sido resueltas por la C.R.T. En efecto, en la primera de las pretensiones en cita se pidió que se declarara que desde abril de 2002 el sistema de remuneración de cargos de acceso aplicable al contrato en estudio era el *Sender Keeps All* (SKA), cuestión que fue definida por la autoridad regulatoria. Finalmente, la otra pretensión se encaminó a la aplicación de los estándares internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT al sistema definido por la C.R.T., tema que por tratarse de una cuestión de interconexión correspondía definir a la pluricitada autoridad.

Por lo expuesto, concluyó que se declarararía la prosperidad parcial de la excepción de falta de competencia respecto de las pretensiones tercera y cuarta, más no respecto de las demás.

8.2.5. Igualmente, analizó las pretensiones de la demanda de reconvención. Respecto de la pretensión primera consideró que al pedirse que se declarara que el sistema *Sender Keeps All* (SKA) no daba lugar al pago de cargos de acceso por el tráfico local se invadía la competencia de la C.R.T., toda vez que mediante las resoluciones n.º 1345 y 1388 de 2005 resolvió sobre el particular y en el sentido de lo pedido en la pretensión en estudio. Por lo tanto, declaró su incompetencia.

Sin embargo, a juicio del Tribunal, frente a la pretensión primera subsidiaria no ocurrió lo mismo, en tanto se pidió el incumplimiento por el no pago de los cargos de acceso por el tráfico local, cuestión derivada de lo decidido por la C.R.T. en sus pluricitadas resoluciones y de la ejecución del contrato, razón por la cual se consideró competente con los mismos fundamentos para la competencia de la demanda principal.

De otro lado, el Tribunal precisó que las pretensiones segunda y tercera subsidiarias, en su orden, se solicitó que se declarara que no existía una tarifa específica de remuneración para el cargo por interconexión y que la tarifa era la determinada en las resoluciones n.º 463 de 2001 y 1763 de 2007 o la determinada por el Tribunal. Al respecto, consideró que se trataba de una cuestión definida por la C.R.T., teniendo en cuenta que era asunto relacionado con la interconexión que fue definido por las resoluciones n.º 1345 y 1388 de 2005

Ahora, como la pretensión cuarta subsidiaria se encaminaba a declarar el incumplimiento de pagar los cargos de acceso en la proporción correspondiente, el Tribunal concluyó que era consecuencial y de la ejecución del contrato y, por lo tanto, de su conocimiento⁸.

8.2.6. Sobre la falta de competencia para juzgar los actos administrativos de la C.R.T. señaló que ninguna pretensión se encamina a cuestionar ese extremo y que en todo caso se decidirá con estricta sujeción a lo decidido en ellos.

8.2.7. Finalmente, consideró que la cláusula 25.4. del contrato en estudio que dispuso que las partes someterían sus conflictos a un tribunal de arbitramento dentro de los 15 días siguiente a la falta de acuerdo entre ellas o fracasada la mediación de la C.R.T. debía interpretarse como el término para llegar a un acuerdo, pero no así para convocar el Tribunal.

⁸ Vale recordar en este punto que las demás pretensiones de la demanda de reconvención, que no fueron objeto de estudio expreso en el laudo, se centraron en pedir la condena en costas.

8.3. Respecto de la indebida acumulación señaló que está no se encuentra probada, en tanto estas son claras, precisas y sujetas al ordenamiento jurídico.

8.4. Ahora, sobre el pleito pendiente por las acciones de cumplimiento presentadas ante el TJCA afirmó que *“basta indicar que la acción comunitaria de cumplimiento ante el TJCA, es radicalmente diversa de la acción contractual de incumplimiento, y en ningún caso, admite confusión ni puede asimilarse con la de este proceso. Además, también difieren las partes, las pretensiones y su sustento e informa la parte convocante desistió de las mismas, habiéndose admitido ya el desistimiento”* (fl. 302, c. ppal del recurso de anulación).

8.5. Definido lo anterior, el Tribunal procedió a resolver las objeciones por error grave al dictamen pericial, las cuales desestimó (fls. 305 a 313, c. ppal del recurso de anulación).

1.8.6. Para resolver de fondo resumió las pretensiones de la demanda reformada, su oposición y las excepciones. Lo mismo hizo frente a la demanda de reconvención (fls. 313 a 318, c. ppal del recurso de anulación).

8.6.1. El Tribunal inició por la descripción de algunos elementos probatorios que a su juicio resultaban determinantes para resolver el fondo técnico de la cuestión, tales como conceptos de expertos, documentos técnicos utilizados como fuente preparatorio de las decisiones de la C.R.T., literatura e información de políticas macroeconómicas nacionales y extranjeras sobre los sistemas de comunicación, las actas del Comité de Interconexión, diagramas y planos de la red TPBCL de la E.T.B.

De la misma forma, el dictamen aportado por la E.T.B. cuya contradicción se surtió dentro del trámite arbitral. Asimismo, refirió a las actas del Subcomité Técnico de Interconexión. También tuvo en cuentas todos los documentos emanados por la C.R.T. y el TJCA en relación con el contrato en estudio.

8.6.2. En torno a la demanda reformada:

8.6.2.1. El Tribunal inició por analizar la pretensión de incumplimiento por la indebida aplicación del *Sistema Sender Keep All* (SKA) y la renuencia de COLTEL de pagar por el uso de la red de E.T.B. Para tal fin, describió el contrato celebrado por las partes (fls. 322 a 325, c. ppal del recurso de anulación), después se ocupó de las características del SKA con fundamento en la sentencia de interpretación prejudicial 181-IP-2013 del TJCA, la regulación nacional e internacional, los dictámenes obrantes, entre otras pruebas.

Sobre la sentencia de interpretación prejudicial 181-IP-2013 del TJCA explicó que en ella se advirtió la falta de competencia para determinar si el sistema adoptado por la C.R.T. se ajustaba al ordenamiento andino, en tanto esa función era del resorte de la referida autoridad administrativa. En adelante se citaron apartes *in extenso* de la decisión del TJCA donde, a juicio del Tribunal, se definieron los elementos esenciales de los cargos de interconexión y del sistema SKA.

En cuanto a la regulación se refirieron varios artículos de la Constitución Política relacionados con la intervención económica del Estado, la regulación, control y vigencia de los servicios públicos, así como la regulación de los mismos por parte del legislador, su garantía de acceso, su eficacia, la democracia participativa, los órganos regulatorios, punto en el cual se refirieron los artículos pertinentes de la Ley 489 de 1998. De igual forma se citó la Ley 142 de 1994 que regula los servicios públicos domiciliarios, así como las comisiones de regulación. También se hizo un análisis de las resoluciones de la C.R.T. relacionadas con el asunto de fondo.

Finalmente se analizaron *in extenso* dos dictámenes periciales (fls. 337 a 349, c. ppal del recurso de anulación).

De todo lo expuesto, el Tribunal concluyó:

(i) En el proceso se demostró la existencia de un relevante tráfico asimétrico en contra de la E.T.B., en tanto no se dieron las condiciones ideales para que opere a cabalidad el sistema de remuneración *Sender Keeps All*.

(ii) El anterior hecho tiene la potencialidad de afectar la equivalencia de las prestaciones del contrato en estudio.

(iii) Sin embargo, en la regulación del *Sender Keeps All*, el artículo 4.2.2.20. de la resolución de la resolución n.º 463 de 2001, recogido por la resolución n.º 575 de 2002 y mantenido por la resolución n.º 1763 de 2007, todas de la C.R.T., dispuso que ese sistema no daba lugar al pago de cargos por acceso del tráfico local cursado entre las redes de operadores de RPBCL ni tampoco estaba sujeto a los balances de tráfico, simetrías o asimetrías ni cualquier otros costos similares de red entre operadores.

(iv) El SKA es un sistema de remuneración de amplia aceptación en el mundo, pero de ello no se sigue que remunere adecuadamente los servicios, pero ese fue el sistema definido por la autoridad regulatoria para el contrato en estudio.

En consecuencia, el Tribunal consideró que el cargo en estudio no estaba llamado a prosperar.

8.6.2.2. En lo concerniente al incumplimiento de las restantes obligaciones, alegado en la demanda principal reformada, consideró que COLTEL incumplió las obligaciones de los numerales 12.27, 12.31 y 12.34 relativos a la entrega de la información, la disposición de los equipos y elementos necesarios y el intercambio de estadísticas del tráfico; sin embargo, no se demostró el perjuicio causado, razón por la cual estas pretensiones también se desestimaron.

8.6.3. Por último con respecto a la demanda de reconvención, el Tribunal sostuvo que las mismas razones expuestas frente a la demanda principal las pretensiones debían negarse.

8.7. De otro lado, resolvió las excepciones propuestas, en línea con lo decidido sobre la competencia y lo resuelto en el fondo, lo cual quedó reflejado en la parte resolutive.

8.8. Finalmente desestimó las objeciones a los juramentos estimatorios de la demanda y la reconvención, en tanto los consideró razonados.

9. LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión tomada en el laudo arbitral, el 28 de octubre de 2014 la parte convocante formuló recurso de anulación y, para el efecto, propuso como causales las contenidas en los numerales 1, 6, 7, 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 que prescriben (fl. 403, c. ppal del recurso de anulación):

1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo. (...)

6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y

9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

Igualmente, fundamentó su recurso en la violación de los artículos 4 y 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que disponen:

Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

Artículo 35.- El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.

La sustentación y análisis de las causales aducidas se hará en la parte considerativa de esta providencia.

Finalmente, solicitó que se tramitara una nueva solicitud de interpretación prejudicial para que el TJCA determine si el desconocimiento de esa interpretación en el presente asunto configura nulidad del laudo arbitral y determine los pormenores de ese entendimiento.

10. LA INTERVENCIÓN DE LA CONVOCADA

Además de oponerse a las causales de anulación de la parte convocante, la E.T.B. reiteró los argumentos de sus intervenciones. Igualmente, sostuvo que la causal del desconocimiento de las normas andinas resulta contrario al recurso de anulación, en tanto supone la revisión del fondo del asunto, tanto que el Tribunal de Arbitramento la incorporó en el laudo recurrido, con lo cual se satisfacen las exigencias andinas, lo que evidencia que la recurrente pretende revisar el fondo de la decisión (fls. 476 a 525, c. ppal del recurso de anulación).

Respecto de la causal del numeral 1 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, relativa a la nulidad del pacto o cláusula compromisoria, sostuvo que la cláusula compromisoria era totalmente válida; sin embargo, la E.T.B. abusó de esa estipulación al someter al conocimiento de la justicia arbitral un asunto resuelto por la C.R.T.

Sobre la causal sexta del citado decreto, que dispone la prohibición de fallar en conciencia, sostuvo que lo que se pretende con el recurso es revisar la fundamentación de fondo del Tribunal, lo cual es improcedente en sede del recurso de anulación.

Sobre la causal octava, relativa a la falta de congruencia del laudo, reiteró que nuevamente con esta inconformidad se revive un debate sobre la competencia para resolver del asunto que debió plantearse en su oportunidad.

Finalmente, en cuanto a la causal novena, por no decidirse en laudo cuestiones sometidas al arbitramento, en tanto no se aplicaron las normas andinas, la

convocada insistió en la improcedencia de revisar de fondo la decisión cuestionada a través del recurso de anulación.

11. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público (fls. 526 a 541 c. ppal del recurso de anulación) explicó que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que a las causales de anulación del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 debe agregarse la contenida en las normas andinas que imponen al juez nacional la obligación de solicitar la interpretación prejudicial del TJCA, cuando para resolver el asunto medie la aplicación de normas emanadas de ese tratado, y acatarla en sus respectivos fallos. En tal sentido, precisó que en el presente caso el Tribunal de Arbitramento solicitó esa interpretación. Por su parte, el TJCA, al resolver esa solicitud, precisó que se debía aplicar su interpretación prejudicial, so pena de la nulidad del laudo; que las normas andinas se aplican a todos los contratos de interconexión de forma prevalente y preferente; que por disposición expresa de la normas andinas, los conflictos en la ejecución de interconexión, incluidos los contractuales, los resuelve la autoridad de telecomunicaciones del país miembro, en este caso, la C.R.T.

De esa forma, el Ministerio Público estimó definido el presente asunto por parte del TJCA en el sentido de que la C.T.R. es la autoridad competente para resolver lo referente a los conflictos de interconexión entre operadores, incluyendo los aspectos contractuales; por lo anterior, a juicio de la Vista Fiscal, el Tribunal de Arbitramento desconoció ese pronunciamiento al considerar que era competente sobre algunos conflictos de la ejecución del contrato relacionados con la interconexión derivados de lo resuelto por la C.R.T., al considerar, equivocadamente, que se tratan de aspectos que escapan a la competencia de esa autoridad y correspondían decir al juez de la causa; sin embargo, el Ministerio Público precisó que el TJCA no distinguió entre aspectos regulatorios y contractuales, como sí lo hizo el Tribunal de Arbitramento, sino que ambos fueron interpretados como de competencia de la C.R.T.

Por lo anterior, el Ministerio Público puso a consideración de esta Subsección acceder a la solicitud de anulación y remitir a la C.R.T. para que resuelva sobre el asunto.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto, la Sala analizará los siguientes aspectos: i) la competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; ii) los alcances del arbitramento y del recurso de anulación contra laudos y iii) el recurso de anulación en el caso concreto (estudio del cargo formulado).

1. COMPETENCIA

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación, en los términos del artículo 1 de la Ley 1.107 de 2.006⁹, en tanto el laudo arbitral impugnado fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato de acceso, uso e interconexión n.º 0036-99 del 23 de junio de 1999, en el que una de sus partes, la E.T.B.¹⁰, es una entidad pública.

⁹ “Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así: “Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% 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 (...)”. (Subraya la Sala). Así, al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, se adoptó un criterio orgánico, o lo que es igual, la competencia se fijó conforme a un elemento subjetivo, de acuerdo con el cual el factor para efectos de atribuir la competencia es la pertenencia de uno de los sujetos procesales a la estructura del Estado, abandonando así el factor funcional o material. Igualmente, el numeral 5 del artículo 128 del C.C.A. asigna esta competencia.

¹⁰ En línea con lo resuelto en el auto del 11 de marzo de 2016, por medio del cual se avocó el conocimiento del presente recurso de anulación, “por ser la entidad convocante –Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. ETB- una empresa de régimen mixto (público-privado) de la cual el Distrito Capital de Bogotá posee el 88.4% de las acciones, en tanto que inversionistas privados tiene el resto del paquete accionario (11.6%) y en consideración al artículo 162 del Decreto 1818 de 1998, es competente el Consejo de Estado para conocer del presente asunto privativamente y en única instancia” (fl. 419, c. ppal del recurso de anulación).

2. DEL ARBITRAMIENTO Y DEL RECURSO DE ANULACIÓN

Vale aclarar de entrada que aunque el recurso extraordinario fue interpuesto después de expedida la Ley 1563 de 2012¹¹, dicha normatividad no resulta aplicable al presente asunto, toda vez que, como lo explicó la Sección Tercera, en pleno, esa disposición rige para las nuevas demandas arbitrales presentadas después del 12 de octubre de 2012, fecha en que entró en vigencia la referida ley¹². Precisa recordar que la demanda que dio origen al laudo en estudio se presentó el 23 de mayo de 2012 (fl. 1, c ppal 1).

Precisado lo anterior, precisa recordar que conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala¹³, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la

¹¹ Vale recordar que en el *sub examine* tanto la expedición del laudo arbitral como la interposición del recurso extraordinario contra el mismo ocurrieron el 14 octubre y el 28 del mismo mes de 2014 (fls. 220 y 403, c. ppal del recurso de anulación).

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 6 de junio de 2013, exp. 45.922, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En esa oportunidad se dijo: *“Las disposiciones citadas, permiten a la Sala afirmar sin hesitación alguna que, en el ordenamiento jurídico colombiano la anulación de laudos arbitrales está instituido como un recurso judicial, de manera que, las características especiales de las cuales está dotado este medio de impugnación no pueden llevar a la conclusión equivocada según la cual se trata de una acción autónoma y por entero independiente del proceso arbitral en donde se profiere el laudo que será materia de la impugnación, pues, en tanto que participa de la naturaleza de recurso judicial, es claro que su interposición y ejercicio sólo puede darse dentro del proceso arbitral en donde se ha producido el laudo que mediante él será cuestionado y sin que el hecho de que otro juez conozca y decida la anulación mute su naturaleza de recurso en acción (...). // Esto significa, entonces que los procesos arbitrales iniciados con antelación a 12 de octubre de 2012 seguirán rigiéndose por las normas procesales que sobre la materia prescribe el Decreto compilatorio 1818 de 1998, lo que incluye, entonces, el régimen de oportunidad, interposición, trámite y causales del recurso de anulación de laudo arbitral, y, en sentido contrario, sólo se aplicará la normativa del Estatuto Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) para las demandas arbitrales interpuestas después del 12 de octubre de 2012”*.

¹³ Vid. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 29.476 y sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 32.398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión.

De otra parte, conviene también puntualizar que con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: en el primer artículo citado aplicable a los contratos estatales y en el artículo 38 del Decreto Ley 2279 de 1989 para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente.

Además, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública, pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; en efecto, así lo señaló para cuando una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal celebrara un contrato amparado por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994¹⁴.

Empero, este tema que motivó a la dualidad de causales de anulación de laudos arbitrales se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, para establecer:

Artículo 22. Del recurso de anulación contra los laudos arbitrales. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

Artículo 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de mayo de 2006, exp. 31.024, C.P. Alier Hernández Enríquez.

El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan.

Así las cosas, a partir de la vigencia del anterior precepto¹⁵, se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, con independencia de que el contrato origen del conflicto dirimido en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En consecuencia, respectivamente, esto es, cuando se encontraba vigente la reforma al sistema de impugnación, las causales de anulación que resultan aplicables son las establecidas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 38 del Decreto Ley 2279 de 1989.

3. DEL RECURSO DE ANULACIÓN EN EL CASO CONCRETO

La Sala se ocupará de analizar en primer lugar la causal de anulación sustentada en la violación de las normas andinas y la interpretación prejudicial del TJCA. Para el efecto, (i) se determinará el alcance de la sustentación de la parte convocante, (ii) después se analizará la procedencia de esa causal como fundamento de la anulación de un laudo arbitral. Determinado lo anterior, (iii) se procederá a verificar si está probada la causal en comento en el caso concreto.

3.1. Cargo primero: *“Violación de los artículos 4 y 35 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.*

3.1.1. Sustentación

¹⁵ Vigente en la mayor parte de su articulado, incluyendo el citado, a los seis (6) meses después de su promulgación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la citada ley, esto es, desde el 17 de enero de 2008.

La E.T.B. (fls. 421 a 447, c. ppal del recurso de anulación) sustentan la configuración de esta causal, así:

De entrada, la recurrente recordó que de conformidad con la normatividad andina, los jueces nacionales tienen dos obligaciones, a saber: una, de solicitar la interpretación prejudicial y, otra, de aplicarla.

En esa línea, recordó que conforme el artículo 35 del Tratado de creación del Tribunal Andino y del artículo 127 de la Decisión 500 (Estatuto del TJCA) los jueces nacionales están obligados a adoptar en sus sentencias la interpretación del TJCA, so pena de violación de la ley comunitaria y procesal.

En el *sub lite*, precisó que el Tribunal de Arbitramento solicitó la interpretación judicial del TJCA sobre la competencia para decidir sobre el presente asunto. Mediante sentencia 181-IP-2013 del 13 de mayo de 2014, recibida por el Tribunal de Arbitramento el 11 de junio de 2014, el TJCA rindió su interpretación prejudicial en el sentido de concluir que los conflictos regulatorios y contractuales de interconexión eran de competencia de la autoridad regulatoria y, por lo tanto, el Tribunal de Arbitramento del presente asunto no era competente para resolver sobre el mismo.

A pesar de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento, en contravía con la interpretación del TJCA, se consideró competente para el conocimiento de las controversias suscitadas por la ejecución del contrato, así fueran temas de interconexión, en tanto la competencia de la C.R.T. se limitaba a temas regulatorios. Igualmente, en el laudo se consideró que la competencia correspondía definirla al juez de la causa y no al TJCA.

3.1.2. La procedencia de la causal alegada

De entrada debe indicarse que si bien, en principio, el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 contiene un listado taxativo de causales de anulación, esta Corporación ha precisado que a ellas debe agregarse la inobservancia del Derecho Comunitario Andino por parte de los jueces nacionales.

En esa dirección, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sendas sentencias proferidas el 9 de agosto de 2012¹⁶, reiteró el carácter vinculante y la supremacía del ordenamiento comunitario respecto del sistema jurídico nacional. En efecto, en los asuntos que resolvieron las sentencias citadas se pretermitió la solicitud de interpretación prejudicial al TJCA respecto de las normas comunitarias aplicables al caso sometido a conocimiento y decisión de unos tribunales arbitrales. En esa oportunidad se precisó¹⁷:

Con apoyo en las referidas bases constitucionales, la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional han reconocido el carácter vinculante y la supremacía del ordenamiento comunitario respecto del sistema jurídico nacional, en lo que atañe a las materias para cuya regulación el Estado colombiano ha transferido competencias normativas a la Comunidad Andina, en el entendido de que la integración comunitaria responde a una concepción moderna de la noción de soberanía que la relativiza y no la reconoce ya como un atributo supremo e ilimitado en cabeza del Estado, sino como un concepto limitado y restringido por la interacción de los demás Estados dentro de la comunidad internacional que implica la resignación de específicas competencias de los Estados en favor de los organismos comunitarios, con el fin de viabilizar los procesos de integración (...).

Finalmente, concluyó¹⁸:

Por consiguiente, al catálogo de causales en las cuales puede sustentarse la formulación del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales debe añadirse aquella consistente en la omisión del deber de solicitar la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso, por parte del Tribunal de Arbitramento que tenga conocimiento del mismo. Dicha causal de anulación es, precisamente, la que servirá de fundamento, según se expondrá a continuación, para que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en desarrollo del derecho comunitario andino y en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en sus plurimencionadas decisiones de agosto 26 y noviembre 15 de 2011, deba declarar la nulidad del también antes mencionado laudo arbitral que, dentro del presente asunto, se profirió en diciembre 15 de 2006.

¹⁶ Expedientes 110010326000201200013-00 (43.045), 110010326000201200020-00 (43.281) y 110010326000201200018-00 (43.195).

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de agosto de 2012, exp. 43.195, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. En el mismo sentido, la Subsección

¹⁸ *Ibíd.*

Ahora, podría pensarse que en el *sub lite* la cuestión difiere, en tanto la interpretación prejudicial sí se cumplió, razón por la cual no serían extensibles las anteriores consideraciones; sin embargo, además de tratarse de una distinción aparente, en tanto la cuestión de fondo tiene que ver con el incumplimiento de las exigencias de la normativa andina, en este asunto por desconocer la interpretación del TJCA, la Sección, en un caso similar al aquí en estudio, donde también se discutían los pagos por interconexión entre la E.T.B., en su calidad de convocante, y Telmex Telecomunicaciones S.A. E.S.P., como convocante, precisó¹⁹:

Debe añadirse al elenco de causales precedentemente referido, como lo ha expresado la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁰, la derivada de la inobservancia de la obligación impuesta por el Derecho Comunitario Andino a los jueces nacionales, de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad la Interpretación Prejudicial de normas comunitarias aplicables al caso que resuelven y de acatar el respectivo pronunciamiento de dicho Tribunal supranacional.

Ello con fundamento en lo preceptuado por los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina²¹ y 121 y siguientes del Estatuto de dicho Tribunal²², disposiciones por cuya virtud

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de diciembre de 2015, exp. 53.182, M.P. Hernán Andrade Rincón.

²⁰ Cita original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, providencia del 9 de agosto de 2012, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación: 110010326000201200013 00 (43.045); Accionante: COMCEL S.A.; Accionado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A., E.S.P.

²¹ Cita original: “Artículo 33.- Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso. [/] En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal”.

²² Cita original: “Artículo 121.- Objeto y finalidad [/] Corresponde al Tribunal interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

Artículo 122.- Consulta facultativa [/] Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

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

las autoridades jurisdiccionales de los Países Miembros, entre las cuales deben incluirse los Tribunales de Arbitramento que profieren sus decisiones en Derecho, tienen la obligación, con el propósito de garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino, de solicitar al TJCA la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias aplicables al caso concreto que se hubiere sometido al conocimiento y decisión del respectivo Juez o Tribunal, por manera que el incumplimiento de dicha exigencia del derecho comunitario andino por parte del respectivo Tribunal de Arbitramento –o el desconocimiento de dicho pronunciamiento pese a haber solicitado– constituye un yerro procedimental que afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad durante el trámite del recurso extraordinario de anulación, ora a solicitud del impugnante ora de oficio por parte del Juez del recurso de anulación, cuestión esta última excepcional –que se pueda decretar de oficio– siempre que se trate de esta causal derivada del derecho comunitario andino.

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.

Artículo 124.- Suspensión del proceso judicial interno. [/] En los casos de consulta obligatoria, el proceso interno quedará suspendido hasta tanto se reciba la interpretación prejudicial solicitada.

Artículo 125.- Condiciones y requisitos para la formulación de la consulta. [/] La solicitud de interpretación que los jueces nacionales dirijan al Tribunal deberá contener: [/] a) El nombre e instancia del juez o tribunal nacional consultante; [/] b) La relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere; [/] c) La identificación de la causa que origine la solicitud; [/] d) El informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para la interpretación; y, [/] e) El lugar y dirección en que el juez o tribunal recibirá la respuesta a su consulta.

Artículo 126.- Trámite [/] Recibida la solicitud de consulta, el Secretario la sellará, dejará constancia en ella de la fecha de presentación o recepción, y la remitirá al Presidente para su consideración por el Tribunal. [/] Dentro del término de treinta días siguientes al de la admisión de la solicitud por el Tribunal, éste dictará sentencia. [/] En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referidas al caso concreto. El Tribunal no interpretará el contenido y alcance del derecho nacional ni calificará los hechos materia del proceso, pero podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

Artículo 127.- Obligación especial del juez consultante. [/] El juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.

Artículo 128.- Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial. [/] Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial. [/] Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal. [/] 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”.

Como lo ha expresado la Sección Tercera de esta Corporación:

“Por consiguiente, al catálogo de causales en las cuales puede sustentarse la formulación del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales debe añadirse aquella consistente en la omisión del deber de solicitar [y de acatar] la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso, por parte del Tribunal de Arbitramento que tenga conocimiento del mismo; dicha causal de anulación es, precisamente, la que servirá de fundamento, según se expondrá a continuación, para que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en desarrollo del derecho comunitario andino y en cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en sus plurimencionadas decisiones de agosto 26 y noviembre 15 de 2011, deba declarar la nulidad del también antes mencionado laudo arbitral que, dentro del presente asunto, se profirió en diciembre 15 de 2006” (lo destacado del texto original)

De conformidad con lo expuesto, consideraciones que por su pertinencia para el presente asunto la Sala hace suyas, es claro que resulta procedente invocar, como lo hizo el recurrente, la violación de las normas andinas como cargo de anulación del recurso de anulación en contra del laudo del 14 de octubre de 2014.

3.1.3. El caso concreto

La cuestión en el presente asunto se concreta en determinar si el Tribunal de Arbitramento respetó la interpretación prejudicial del TJCA. En tal sentido, resulta conveniente recordar:

(i) La cuestión de fondo se centró en las diferencias de las partes por la remuneración de los cargos de acceso o interconexión (demanda principal reformada y demanda de reconvención).

(ii) El Tribunal de Arbitramento solicitó la interpretación prejudicial del TJCA, entre otros, respecto de las normas que regulaban la competencia para conocer del presente asunto contenidas en el literal f) del artículo 17 y de los artículos 32 y 34 de la resolución n.º 432 de la CAN (fls. 3 a 27, c. ppal 4).

(iii) El TJCA rindió su interpretación prejudicial el 13 de mayo de 2014 dentro del proceso 181-IP-2013, recibo por el Tribunal de Arbitramento el 11 de junio del

mismo año (fl. 273, c. pruebas 12), el cual ya fue citado dentro de esta providencia en el numeral 1.7.2.2., razón por la cual la Sala se permitirá resumir lo más relevante de esa decisión y remitir en los demás al citado numeral y a los folios en los que obra en el presente proceso (fls. 274 a 304, c. pruebas 12), así:

El TJCA concluyó que el artículo 32 de la Decisión 462 de la CAN²³ dispuso que en el evento que un proveedor considere que existen actuaciones atentatorias a las normas o principios de interconexión o libre competencia debía recurrir a la autoridad nacional competente para que resuelva de acuerdo a la norma nacional. En esos términos, consideró que la voluntad del legislador comunitario era clara, en tanto la resolución de conflictos en materia de interconexión está en 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).

Igualmente, explicó que si bien el literal f) del artículo 17 de la Decisión 432 de la CAN dispuso que en los contratos de interconexión deberían plasmarse cláusulas sobre los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión, lo cual sería contradictorio con el artículo 32 de la misma Decisión, el TJCA interpretó que esa antinomia debía resolverse por el principio de especialidad del último artículo en mención, así:

38. El Tribunal entiende que en cuestiones de ejecución de la interconexión, estamos frente a una antinomia en el mismo cuerpo normativo. Esto se resuelve a la luz del principio de especialidad, el artículo 32 de la Resolución 432 se encuentra en el capítulo IV, denominado “Solución de Controversias”, mientras que el artículo 17 literal f) se encuentra en el capítulo I, denominado “Generales”. 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 interconexión, es de competencia exclusiva de la Autoridad de Telecomunicaciones respectiva (...). Las controversias anteriores a dicha ejecución pueden solucionarse de conformidad con el mecanismo que las partes adopten.

²³ Dicho artículo prescribe: “Si un proveedor que solicita una interconexión considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, recurrirá ante las Autoridades Nacionales respectivas de la materia que se trate, las cuales resolverán de acuerdo con su normativa nacional”.

En consecuencia, el TJCA concluyó que la CRT, hoy CRC, tiene la competencia exclusiva y excluyente para solucionar los conflictos de interconexión, para lo cual enfatizó que *“esto quiere decir que todo lo relacionado con conflictos que surjan en la “ejecución de la interconexión”, es de competencia exclusiva de la Autoridad de Telecomunicaciones”* (fl. 291, c. pruebas 12). Igualmente, precisó que sin perjuicio de ejercitar la acción pertinente de impugnación de actos administrativos nacional, previa interpretación prejudicial andina, la acción pertinente resultaba ser la de cumplimiento ante el TJCA, específicamente de considerarse que la autoridad administrativa al decidir el conflicto había desconocido el ordenamiento andino.

Con base en las anteriores interpretaciones concluyó que *“el Tribunal de Arbitramento consultante no goza de competencia para resolver el asunto particular”* (fl. 292, c. pruebas 12).

(vi) El Tribunal de Arbitramento en su laudo, y sobre la anterior interpretación, consideró que el TJCA sobrepasó su competencia al definir una de las cuestiones de fondo del asunto (fl. 277, c. ppal). Igualmente, criticó la falta de armonía entre las decisiones de ese Tribunal, en tanto en algunas sostenía que una vez obtenida la interpretación prejudicial se abría la posibilidad de recurrir a otros mecanismos de solución de conflictos locales, lo cual suponía la competencia para esos fines. Por lo tanto, el Tribunal concluyó que *“la forma de conciliar los diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es entender que los Tribunales de Arbitramento no pueden resolver sobre la controversia que versa la sobre la regulación de interconexión expedida por las autoridades competentes, pero sí pueden hacerlo sobre otros aspectos contractuales o extracontractuales entre los diferentes operadores”* (fl. 280, c. ppal).

De todo lo expuesto, la Sala concluye que el Tribunal de Arbitramento desconoció la interpretación del TJCA del 13 de mayo de 2014, recibido por el primero de los mencionados el 11 de junio del mismo año (fl. 273, c. pruebas 12), toda vez que se consideró competente para resolver sobre los asuntos contractuales derivados de la ejecución contractual, así fueran del tema de interconexión, que no de los regulatorios, cuando el TJCA, tal como lo advirtió la

Vista Fiscal en el trámite del presente recurso extraordinario, no distinguió esos aspectos sino que interpretó que las normas andinas contenidas en los artículos 17, literal f), y 32 de la Decisión 462 de la CAN disponían que la competencia integral de los temas de interconexión eran de la autoridad regulatoria local. Lo anterior resulta más evidente, cuando en su primera conclusión consignó (fl. 301, c. pruebas 12):

PRIMERO: Como el caso particular ya había sido resuelto por la CRT, mediante las Resoluciones 1345 de 2005 y 1388 de 2005, la vía idónea para controvertir lo decidido es la acción de incumplimiento comentada, o la vía nacional en el marco del artículo 31 como se determinó en el texto de la presente providencia. En este orden de ideas, el Tribunal de arbitramento consultante no tiene competencia para resolver el asunto particular.

Ahora, precisa advertir si bien el TJCA decidió sobre las consecuencias del incumplimiento del requisito de la interpretación prejudicial y sostuvo que después de cumplido dicha exigencia bien podía recurrirse a la justicia arbitral, lo cierto es que en el *sub lite* se cumplió esa exigencia, razón por la cual esos pronunciamientos no pueden trasladarse automáticamente al presente asunto; lo que aquí se discute tiene que ver con el hecho de que el Tribunal de Arbitramento condicionó el alcance interpretativo del Juez Andino, lo cual resulta inadmisibles a la vista del ordenamiento comunitario, toda vez que se impone acoger la interpretación de ese juez. Así lo imponía el artículo 35 del Tratado de Creación de la CAN al prescribir que el juez local “*que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal*”.

Tampoco puede entenderse que el TJCA calificó el fondo del asunto de forma ilegal, en tanto el artículo 34 del Tratado de Creación de la CAN, si bien estableció esa limitación, también dispuso que bien podía hacer cuando fuere indispensable para la interpretación solicitada. En efecto, esa disposición prescribe:

En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

Como se observa, en tanto la interpretación que se le pidió al TJCA refería a la competencia para resolver el presente asunto, dicha autoridad judicial consideró necesario pronunciarse sobre las consecuencias de su interpretación, en tanto con esta inevitablemente se daba al traste con la competencia del asunto en estudio.

Igualmente, la Sección, en sentencia ya citada, en un asunto donde también se discutía sobre el alcance de una interpretación prejudicial del TJCA en un contrato de interconexión en el que la cuestión, al igual que el presente asunto, recayó sobre la remuneración de los cargos de interconexión, controversia en la que el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para pronunciarse sobre algunas pretensiones, con similar argumentación a la aquí expuesta, concluyó²⁴:

e.- En conclusión, el Tribunal de Arbitramento, tal como era su obligación en los términos del artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina²⁵, acogió en su integridad la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en relación con las normas que consideró aplicables al asunto sometido a su consideración y no puede pretender Comcel S.A. que, a través del recurso extraordinario de anulación se desconozca la fuerza vinculante que tiene dicho mecanismo de cooperación internacional, para que, en su lugar, se acojan sus planteamientos, que, por razonados que sean, son contrarios a lo dispuesto por este último Tribunal (el TJCA).

No es el recurso extraordinario de anulación el escenario para cuestionar las decisiones de los organismos jurisdiccionales de orden internacional y no puede pretender el recurrente que las autoridades nacionales, especialmente el Consejo de Estado, como máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de la República de Colombia, desconozcan tales decisiones.

Una actuación en tal sentido vulneraría los principios que rigen los tratados internacionales de derecho público, como el de pacta sunt servanda, el de la buena fe y el de ex consensu advenit vinculum (del consentimiento deviene la obligación) del cual surge la obligación de hacer consagrada,

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de diciembre de 2015, exp. 53.182, M.P. Hernán Andrade Rincón, la que a su vez cita de la misma Subsección A, la sentencia del 23 de septiembre de 2015, exp. 53.054, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Decisión reiterada por la Subsección C, en la sentencia del 3 de agosto de 2016, exp. 54.315, M.P. Jaime Orlando Santofimio. En este último asunto, se cuestionó la decisión de un Tribunal de Arbitramento de declararse impedido con base en una interpretación prejudicial como la que aquí se estudia. Más recientemente, en un asunto similar al aquí expuesto, la Subsección C reiteró esa postura en sentencia del 24 de noviembre de 2016, exp. 52.992B, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁵ Cita original: Nota original de la sentencia citada: “ARTÍCULO 35. El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”.

por una parte, en el inciso primero del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, consistente en que “Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina” y, por otra parte, el artículo 128 de la Decisión 500 de 2001, según el cual “Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial”.

Por lo anterior, el recurso extraordinario de anulación no está llamado a prosperar; pero, para evitar que el conflicto suscitado entre las partes quede sin resolver, se ordenará remitir la totalidad del expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para que, con sujeción a las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico, resuelva de fondo las solicitudes formuladas por Comcel S.A.”²⁶ (subrayas y negrillas añadidas).

Lo hasta ahora expuesto conduce ineluctablemente a declarar la nulidad tanto del laudo arbitral impugnado como del auto proferido por el Tribunal Arbitral que dictó el precitado laudo, mediante el cual fueron resueltas las peticiones de aclaración, complementación y corrección de aquél comoquiera que al haber emitido dichas providencias, el Tribunal de Arbitramento desconoció la primacía del Derecho Comunitario Andino en materias como las debatidas en el asunto sub examine y desatendió a los aquí explicados parámetros que en relación con la resolución de litigios en materia de interconexión han fijado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y esta misma Subsección, por virtud de los cuales sólo la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones, para el caso colombiano la Comisión de Regulación de Comunicaciones, que no un Tribunal de Arbitramento, cuenta con la competencia para dirimir tal suerte de controversias.

Para garantizar que el litigio sub lite sea resuelto de fondo, tal y como lo dispuso en la ocasión precedente a la cual se viene de hacer alusión, la Sala ordenará que el presente expediente sea remitido a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para lo de su cargo.

La prosperidad de esta causal de anulación hace innecesario que la Sala se ocupe de estudiar las demás planteadas en el escrito de impugnación presentado por la sociedad convocante. Asimismo, la claridad que a juicio de la Sala acompaña a las Interpretaciones Prejudiciales del TJCA en relación con el problema jurídico abordado en este pronunciamiento, según precedentemente se indicó en este proveído, hace completamente innecesario formular una nueva solicitud de Interpretación Prejudicial a dicho Órgano Supranacional, como en su momento lo deprecara la parte convocante.

De otro lado, vale advertir que el apoderado de la convocada allegó dos decisiones del TJCA, sentencias 366-IP2016 del 12 de junio de 2017 y 560-IP-2016 del 21 de septiembre de ese mismo año, en las cuales esa Corporación moduló la jurisprudencia sostenida en la interpretación prejudicial del 13 de mayo

²⁶ Cita original: Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, Sentencia del 23 de septiembre de 2015; Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera; Radicación: 110010326000201500018 00; Expediente: 53.054.

de 2014 dentro del proceso 181-IP-2013, aquí aplicable, en el entendido que las materias no disponibles eran de competencia de la autoridad de telecomunicaciones, mientras que las que fueran transigibles podían someterse a los mecanismos de solución de conflictos pactados y aprobados por la autoridad regulatoria (fls. 694 a 732, c. ppal del recurso de anulación).

Sobre el particular debe señalarse que la interpretación prejudicial aplicable al asunto en comento es la contenida en la providencia del 13 de mayo de 2014 dentro del proceso 181-IP-2013, que fue la que definió el alcance de la competencia para el presente asunto y que fue la desconocida por el Tribunal de Arbitramento, razón por la cual no varía la decisión de fondo aquí adoptada. Lo mismo habrá que decir respecto de la modificación de los artículos 18, 20, 25 y 35 de la Resolución 432 de la CAN, a través de la resolución n.º 1922 del 18 de abril de 2017 de la CAN (fls. 678 y 679, c. ppal del recurso de anulación), que reprodujo la modulación jurisprudencial advertida en el párrafo anterior.

De conformidad con lo expuesto se declarará la nulidad del laudo del 14 de octubre de 2014 y del auto n.º 34 del 23 de octubre del mismo año, a través del cual se resolvieron las peticiones de aclaración y adición del laudo, en el sentido de negarlas, pero se corrigieron errores mecanográficos.

Ahora, en línea con los pronunciamientos de la Sección, la Sala ordenará que el presente asunto se remita a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, CRC, para lo de su cargo. Lo anterior en cumplimiento de la interpretación prejudicial del TJCA, sin que le sea dado a la Sala en esta sede determinar esa competencia sino acatar lo determinado por la autoridad judicial comunitaria. En tal sentido, la Sección, en un asunto donde un tribunal de arbitramento se declaró incompetente para conocer de un asunto similar, precisamente por una interpretación prejudicial como la aquí analizada, precisó²⁷:

En lo relativo a los argumentos expuestos por la recurrente, tendientes a aseverar que no podía el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

²⁷ Consejo de Estado, Subsección C, en la sentencia del 3 de agosto de 2016, exp. 54.315, M.P. Jaime Orlando Santofimio

conferirle facultades jurisdiccionales a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, cuando ésta misma se declaró incompetente para ello a través de los Oficios del 13 de noviembre y del 24 de diciembre de 2014, considera la Sala que dichos argumentos tampoco son de recibo para configurar la causal que ahora se alega, pues no es en sede de éste recurso de anulación donde se puede entrar a determinar la Competencia de dicha Entidad o de entrar a cuestionar o discutir las razones expuestas por el Tribunal de Arbitramento entorno a la Competencia funcional para decidir el presente asunto.

De otro lado, se dispondrá que por conducto de la Secretaría de la Sección Tercera se remita copia de esta decisión con destino al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para su conocimiento. De la misma forma, se dispondrá que por conducto de la Secretaría de la Sección Tercera se remita copia de esta decisión con destino al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para su conocimiento.

No se solicitará una nueva interpretación prejudicial para el presente caso, como se solicitó en la sustentación del recurso extraordinario de anulación, en línea con los pronunciamientos de esta Sección sobre el particular²⁸, toda vez que de ellos se desprende que corresponde a esta Corporación definir el fondo de la referida petición, como efectivamente lo ha hecho.

Finalmente, la prosperidad del cargo en estudio releva a la Sala de ocuparse de los demás propuestos, en línea con las decisiones sobre casos análogos al aquí analizado.

4. Costas

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas y merced a que los cargos formulados prosperaron, el recurso de anulación formulado, habrá de declararse fundado y, en consecuencia se impone negar la condena en costas, en los términos del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998.

²⁸ Ver pie de página n.º 24.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá E.T.B. S.A. E.S.P. contra el laudo del 14 de octubre de 2014 dentro del proceso arbitral que se adelantó entre la mencionada y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. En consecuencia, **DECLARAR LA NULIDAD** del mencionado laudo arbitral y del auto mediante el cual se resolvieron las solicitudes de aclaración, complementación y corrección del mismo, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Por Secretaría de la Sección, **REMÍTASE** la totalidad del expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones –C.R.C.–, para lo de su competencia.

TERCERO: COMUNÍQUESE esta decisión al Tribunal de Arbitramento, a través de su secretaría.

CUARTO: ENVÍESE copia de esta sentencia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –inciso final del artículo 128 de la Decisión 500 de 2001–.

QUINTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Recurso de anulación de laudo arbitral – Expediente 52.741
Convocante: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.
Convocado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.
Accede al recurso de anulación

Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado
(Impedimento aceptado²⁹)

²⁹ Mediante auto del 28 de noviembre de 2017 (fl. 737, c. ppal del recurso de anulación).