

LUZ MÓNICA HERRERA ZAPATA

**LA FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN
MATERIA DE INTERCONEXIÓN DE LA COMISIÓN DE
REGULACIÓN DE COMUNICACIONES.
PERSPECTIVA SOCIO JURÍDICA**

(Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas)

Bogotá, D.C., Colombia

2017

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN SOCIOLOGÍA JURÍDICA E INSTITUCIONES POLÍTICAS

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Marta Hinestroza Rey

Director del Doctorado: Dr. Edgar Cortés Moncayo

Director de Tesis: Dr. Alberto Montaña Plata

Examinadores:

Dr. Julian Pimiento Echeverri

Dr. Edgar González López

Dr. Bernardo Carvajal Sanchez

Dr. Camilo Rodríguez Yong

Dr. Tomas de la Quadra-Salcedo

A mi Padre Mario Hernando,

AGRADECIMIENTOS

Por siempre gratitud al Doctor Fernando Hinestrosa.

Al Dr. Edgar González López, Jefe, Consejero y guía.

Al Dr. Alberto Montaña mi director de tesis, por su confianza y compromiso.

A mi familia por su paciencia: mi esposo Héctor Octavio, mis hijas, María Mónica y María José, y mi nieto Juan José.

Un especial agradecimiento a mi madre Luz Marina, mujer piadosa e inspiradora.

A todos mis familiares y amigos que me animaron siempre.

A las compañeras del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones.

A mi Universidad por acogerme.

TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS	1
INTRODUCCIÓN	3
PRIMERA PARTE. DE LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN A LA FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INTERCONEXIÓN ENTRE PROVEEDORES DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES	36
 CAPÍTULO PRIMERO. LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA	37
1. Conceptos generales sobre la noción de Regulación.....	38
1.1 Algunas consideraciones sobre la regulación en la doctrina nacional y comparada	39
1.2 La regulación según la jurisprudencia colombiana.....	44
2. El órgano de regulación de las telecomunicaciones en Colombia: sus antecedentes históricos y su consagración legal en Colombia.....	57
2.1 Las telecomunicaciones como un servicio público en Colombia. Antecedentes normativos.....	64
2.2 La creación del órgano de regulación de las telecomunicaciones en Colombia	77
3. La estructura y los fines del Ente Regulador	90
3.1 Composición de la Comisión de Regulación de Comunicaciones	90
3.2 La protección de los usuarios y la garantía de la libre y leal competencia.....	93
3.3 Referencias en el Derecho Comparado sobre estructura y funciones de las autoridades de regulación de las telecomunicaciones	98

3.3.1	España: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) y Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Peculiaridades organizacionales y funcionales.....	99
3.3.1.1	Ley General de Telecomunicaciones de España de 2003...	101
3.3.1.2	La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ..	106
3.3.1.3	Conflictos entre operadores de Telecomunicaciones. España ..	129
3.3.2	Unión Europea: Directiva 21 del 2002 y Directiva 140 de 2009..	136
3.3.3	La Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos de América.....	140
3.4	Las funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones	149
3.4.1	La concentración de las funciones de regulación en cabeza de Comisión de Regulación de Comunicaciones.....	151
3.4.2	Las funciones de regulación de la Comisión	154

CAPÍTULO SEGUNDO. LA FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES. ANÁLISIS DE DERECHO POSITIVO E INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL..... 168

1.	El concepto de interconexión de redes.....	169
1.1	Principios Orientadores de la Ley. Los principios de la interconexión. Las reglas nacionales y comunitarias.	182
1.2	Principios y obligaciones del acceso y de la interconexión del régimen regulatorio	186
1.3	Los acuerdos de interconexión y los límites de la regulación	190
1.4	La competencia de la CRC frente a la Oferta Básica de Interconexión.....	195
1.5	La interconexión. Doctrina sobre la relación privada en la que puede intervenir el Estado.....	203
1.5.1	La multiplicidad de redes y una sola red	205

1.5.2	Promoción de la competencia en un entorno de redes de nueva generación	206
1.5.3	La competencia o correlación entre operadores	208
2.	Funciones de la Comisión relativas a las controversias entre los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones	211
2.1	La normativa nacional: Ley de Servicios Públicos Domiciliarios y Ley de TIC.....	212
2.2	Reglas procedimentales de solución de controversias en materia de interconexión y normas comunes sobre interconexión (Resolución 432 CAN)	217
2.3	Doctrina sobre la facultad de resolución de controversias de telecomunicaciones entre operadores.....	224
2.3.1.	La actividad administrativa conlleva la resolución de una controversia.....	225
2.3.2.	La solución de controversias. Manifestación necesaria de la función regulatoria	226
2.3.3	Facultad de solución de conflictos. Una función regulatoria	227
2.3.4	El acuerdo entre las partes. La mínima intervención del regulador ..	229
2.3.5	Resolución del conflicto. Un procedimiento triangular	230
2.3.6	Los límites del regulador para actuar resolviendo controversias	231
2.3.7	El regulador dirime o arbitra. Intervención subsidiaria.....	232
2.3.8	La ampliación material del objeto de la jurisdicción contencioso administrativa	235
3.	El estado de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la función de solución de controversias del Regulador de telecomunicaciones	237
3.1	Primera época de la jurisprudencia, conforme a la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.....	238
3.2	Segunda época de la jurisprudencia conforme a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones	248

CAPÍTULO TERCERO. EL DESARROLLO DE LA FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE OPERADORES POR PARTE DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES	260
1. Un primer paso dentro de la solución de controversias. La participación del regulador.....	261
1.1 El Regulador y las decisiones en el marco de sus competencias	262
1.2 Las relaciones de interconexión. Sujetos y servicios.....	265
1.3 Tópicos comunes de las disputas entre los PRST	269
1.3.1 Cargos de Acceso	276
1.3.2 Instalaciones Esenciales.....	282
1.3.3 Imposición de Servidumbre.....	287
1.4 Incumplimiento del deber de Interconexión. Infracción de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones.....	293
2. Recurso de Reposición contra la decisión del Regulador. Un segundo paso.....	297
3. Los actos administrativos de la Comisión frente a la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo. Un tercer paso	298
CONSIDERACION FINAL DE LA PRIMERA PARTE	306
SEGUNDA PARTE. DECISIONES EN EL MARCO DE LAS CONTROVERSIAS ENTRE LOS OPERADORES DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES	312
CAPITULO PRIMERO. ESTUDIO DE CASO. APROXIMACIÓN AL CONFLICTO ENTRE UN OPERADOR DE TELEFONÍA MÓVIL CELULAR Y UN OPERADOR DE LARGA DISTANCIA SOBRE CARGOS DE ACCESO. CONTRATO DE INTERCONEXIÓN DE 1998	315
1. Contrato de Acceso, Uso e Interconexión de noviembre de 1998 celebrado entre COMCEL y ETB.....	317
2. Decisión del Órgano Regulador.....	323

2.1	Sobre la Resolución CRT 980 de 2 de abril de 2004.....	323
2.2	Sobre la Resolución CRT 1038 de 9 de julio de 2004	326
3.	Solución del conflicto en sede de Tribunal de Arbitramento	327
4.	Sobre el recurso extraordinario de anulación	328
4.1	Consideraciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera del Consejo de Estado	332
4.2	Salvamento de Voto. Improcedente debate en Proceso Arbitral	333
4.3	Salvamento de Voto. Asuntos no sujetos a la decisión de los Árbitros.....	334

**CAPÍTULO SEGUNDO. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVA, JURISDICCIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA Y
TUTELAS EN SEDE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL 337**

1.	Fallo sobre la vigencia de la Resolución CRT 463 de 2001	338
2.	Decisión del Tribunal Andino de Justicia respecto de la Acción de Incumplimiento.....	342
3.	Fallos del Consejo de Estado luego de la decisión del Tribunal Andino de Justicia.....	352
4.	Tutela interpuesta por COMCEL. Debido Proceso y Acceso a la Administración de Justicia	365
5.	Tutela interpuesta por ETB. Debido Proceso e Igualdad.....	366
6.	Recurso Extraordinario de Revisión	368
7.	Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional. Tutela en contra del fallo proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado	369

**CAPÍTULO TERCERO. LOS NUEVOS TRIBUNALES DE
ARBITRAMENTO Y LAS INTERPRETACIONES PREJUDICIALES..... 373**

1.	Nuevos Laudos Arbitrales	373
----	--------------------------------	-----

1.1	Fallo del Tribunal de Arbitramento respecto de la controversia entre COMCEL y ETB del 10 de octubre de 2014. El Tribunal Arbitral se declara incompetente para decidir	374
1.1.1	Sobre el contrato	374
1.1.2	Cambios regulatorios. Resolución 253 de 28 de abril de 2000...	375
1.2	Fallo del Tribunal de Arbitramento del 14 de octubre de 2014, respecto de la controversia entre ETB y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES (COLTEL). El Tribunal Arbitral se declaró no competente para decidir parcialmente	381
1.3	Fallo del Tribunal de Arbitramento del 21 de octubre de 2014 respecto de la controversia entre COMCEL y ETB. El Tribunal Arbitral se declaró competente para decidir	384
1.3.1	Sobre la competencia del Tribunal de Arbitramento.....	385
1.3.2	Aplicación de la norma comunitaria	385
1.3.3	Aplicación de las normas para la fijación del precio de los cargos de acceso	392
1.3.4	Sobre la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 14-IP-2014	393
1.3.5	Salvamento de voto. Obligatoriedad de la Decisión del Tribunal Andino. Error orgánico, sustancial y fáctico.....	397
1.4	Fallo del Tribunal de Arbitramento del 3 de diciembre de 2014, respecto de la controversia entre ETB y EPM UNE TELECOMUNICACIONES. No competencia sobre obligaciones regulatorias	403
1.5	Fallo del Tribunal de Arbitramento del 29 de mayo de 2015, respecto de la controversia entre COMCEL y ETB. El Tribunal Arbitral se declaró competente para decidir. Condena en costas por no prosperar las pretensiones.....	408
1.5.1	Sobre la competencia	408
1.5.2	Sobre la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 146-IP-2014:.....	409

1.5.3	El caso en concreto	410
1.6	Fallo del Tribunal de Arbitramento del 1 de septiembre de 2015, respecto de la controversia entre COMCEL y ETB. El Tribunal Arbitral se declaró competente para decidir. Condena por aplicación de la Resolución 1763 de 2007.....	411
1.6.1	Sobre la competencia del Tribunal Arbitral.....	412
1.6.2	Sobre la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 322-IP-2014.....	413
1.6.3	El caso en concreto	416
1.6.4	Salvamento de voto. Norma Andina y Nacional. Coherencia y Unidad. Parajudicialidad.....	418
1.7	Fallo del Tribunal de Arbitramento del 28 de diciembre de 2015, respecto de la controversia entre COMCEL y ETB. No competencia para resolver de fondo	423
1.7.1	Sobre la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 385-IP-2015.....	425
1.7.2	Salvamento de voto. Conflicto patrimonial. Competencia Tribunal Arbitral	427
2.	Sobre las Interpretaciones Prejudiciales proferidas por el TJCA relacionadas con los conflictos dentro de los acuerdos de interconexión. 2012-2015.....	430
2.1	Cuadro-Resumen. Interpretaciones.....	434
2.1.1	Proceso 57-IP-2012.....	434
2.1.2	Proceso 255-IP-2013.....	435
2.1.3	Proceso 14-IP-2014.....	436
2.1.4	Proceso 161-IP-2013.....	437
2.1.5	Proceso 181-IP-2013.....	438
2.1.6	Proceso 261-IP-2013.....	439
2.1.7	Proceso 16-IP-2014.....	440
2.1.8	Proceso 79-IP-2014.....	441
2.1.9	Proceso 322-IP-2014.....	442

2.1.10 Proceso 146-IP-2014.....	443
2.1.11 Proceso 385-IP-2015.....	445
7.4 Consultas Prejudiciales. Temáticas de las preguntas formuladas al TJCA	446
3. Nuevos recursos de anulación. Laudos arbitrales del 2014 y 2015. La competencia de la CRC frente a la resolución de controversias.....	479
3.1 Recurso de anulación contra el laudo del 10 de octubre de 2014 respecto de la controversia entre COMCEL y ETB	480
3.2 Recurso de anulación contra el laudo del 2 de diciembre de 2014 respecto de la controversia entre ETB y TELMEX.	491
3.3 Recurso de anulación contra el laudo del 2 de marzo de 2015 respecto de la controversia entre COMCEL y UNE-EPM Telecomunicaciones	495
3.4 Recurso de anulación contra el laudo del 21 de octubre de 2014 respecto de la controversia entre COMCEL y ETB	499
3.5 Recurso de anulación contra el laudo del 29 de mayo de 2015 respecto de la controversia entre COMCEL (CELCARIBE) y ETB ..	502
CONSIDERACION FINAL DE LA SEGUNDA PARTE.....	504
TERCERA PARTE. LA VISIÓN DE LOS SUJETOS INVOLUCRADOS CON LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSAS RELATIVAS A INTERCONEXIÓN EN EL SECTOR TIC.....	523
CAPITULO PRIMERO. CONSULTA DE FUENTES EXTERNAS. ENCUESTA CRC DE PERCEPCION DEL NIVEL DE SATISFACCIÓN DE LOS USUARIOS Y PRENSA.....	533
1. Encuesta de la CRC sobre la percepción del servicio	533
2. Consulta de archivo. Prensa.....	539
CAPITULO SEGUNDO. LA PERSPECTIVA DE LOS PROVEEDORES DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y DE LA ACADEMIA	546

1. Frente de la Industria (PRST).....	546
2. Frente de la Academia.....	551
CAPITULO TERCERO. LAS PERSPECTIVAS DEL REGULADOR, DEL LEGISLADOR, DEL JUEZ Y DEL ÁRBITRO.....	566
1. Frente del Ente Regulador.....	566
2. Frente Juez de lo Contencioso Administrativo.....	568
3. Frente del Legislador.....	583
4. Frente del Árbitro.....	587
CONSIDERACION FINAL DE LA TERCERA PARTE	597
CUARTA PARTE. ELEMENTOS PARA LA EFICACIA DE LA FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES	616
CAPÍTULO PRIMERO. ELEMENTOS FINALÍSTICOS	630
1. Obligatoriedad de la regulación.....	630
2. Carácter público.....	632
3. Mercado en competencia.....	634
4. Publicidad.....	635
5. Autorregulación.....	636
6. Participación ciudadana.....	640
7. Procura asistencial.....	643
CAPÍTULO SEGUNDO. ELEMENTOS ORGANIZACIONALES	644
1. Neutralidad política.....	644
2. Autonomía e independencia.....	649
3. Periodo extendido.....	651
4. Tribunal de solución de controversias.....	653
5. Regulador multitareas convergente.....	658
6. El Regulador y la Autoridad de Competencia.....	662
7. El Regulador y el Legislativo.....	664

CAPÍTULO TERCERO. ELEMENTOS FUNCIONALES	666
1. Función jurisdiccional	666
2. Facultad dirimente. Intereses privados e interés general	670
3. La naturaleza del conflicto	672
4. Intervención precisa y ajustada	673
5. Intervención vinculante	675
6. Cambio normativo.....	676
7. Procedimiento de solución de controversias	677
8. Oferta Básica de Interconexión	683
CONSIDERACION FINAL DE LA CUARTA PARTE	684
CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACION	689
1. Conclusión Principal	690
2. Conclusiones	690
GLOSARIO.....	733
BIBLIOGRAFIA	738
ANEXOS.....	797

ABREVIATURAS

EARI: Entes Administrativos Reguladores Independientes
AGIS: Acuerdos Generales de Interconexión
ANE: Agencia Nacional del Espectro
ANR: Autoridad Nacional de Regulación
ANTV: Autoridad Nacional de Televisión
CAN: Comunidad Andina de Naciones
CCA: Código Contencioso Administrativo
CMI: Comité Mixto de Interconexión
CMT: Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones
CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
COMCEL: Comunicaciones Celular S.A.
C.P: Constitución Política
CRC: Comisión de Regulación de Comunicaciones
CRT: Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones
ERE: Espectro radioeléctrico
ESP: Empresa de Servicios Públicos
ETB: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá E.S.P.
FCC: Federal Communications Commission
FONTIC: Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
ICONTEC: Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación
IP: Interpretación Prejudicial
LDI: Larga Distancia Internacional
MINTIC: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
OBI: Oferta Básica de Interconexión
OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OMC: Organización Mundial del Comercio
OMV: Operador Móvil Virtual

ORECE: Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas

OSIPTEL: Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

PCS: Servicios de comunicación personal. (Por sus siglas en inglés)

SGCA: Secretaría General de la Comunidad Andina

SMMLV: Salario Mínimo Legal Mensual Vigente

TIC: Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

TJCA: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

TMC: Telefonía Móvil Celular

TPBC: Telefonía Pública Básica Conmutada

TPBCL: Telefonía Pública Básica Conmutada Local

TPBCLDI: Telefonía Pública Básica Conmutada De Larga Distancia Internacional

TPBCLDN: Telefonía pública básica conmutada de larga distancia nacional

TPBCLE: Telefonía Pública Básica Conmutada Local Extendida

UE: Unión Europea

UIT: Unión Internacional de las Telecomunicaciones

INTRODUCCIÓN

No son pocas las controversias que se presentan entre los agentes regulados que actúan en el mercado de las telecomunicaciones, sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico existen profundas ambigüedades en relación con el ente titular de su resolución. Esto se presenta, quizá, por los efectos del principio de separación de poderes y las diferencias entre competencias administrativas y judiciales.

Producto del modelo económico introducido por la Constitución de 1991, caracterizado por la liberalización del mercado, y de la evolución del sector de las telecomunicaciones, se produjo una actualización del esquema institucional en estos servicios públicos. En este contexto fue creada la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, ahora denominada Comisión de Regulación de las Comunicaciones¹.

¹ Autoridad que tiene como antecedente, las agencias originadas en el derecho Anglosajón. En este sentido Consuelo Sarria considera: “El concepto de agencia estatal ha sido objeto de cuidadoso análisis por otros conferencistas, y por ello, para responder el interrogante de si las agencias son **unidades administrativas especiales**, es suficiente mencionar que dicha denominación tiene entre sus antecedentes los denominados “quangos” (quasi-autonomous non governmental organizations), traídos del derecho anglosajón y a los cuales se les asignan diferentes denominaciones, tales como commission, office, conseil, corporation, board, authority, assotiation, centre, entre otros. Y también son su antecedente las agencias o comisiones independientes que existen en Estados Unidos, que siendo creadas por el Congreso responden a un mismo modelo de organización, con funciones ejecutivas y cuyos directivos no pueden ser desvinculados por el Presidente de la República. Sin embargo, en el derecho colombiano no responden a unas características genéricas que las identifiquen y diferencien, ni tienen establecidas unas normas generales en relación con su naturaleza, su estructura, el régimen jurídico aplicable y su funcionamiento. La realidad es que si bien, buscando el “buen gobierno”, a través de “buenas prácticas”, como lo han planteado los autores de la reforma, se revisaron instituciones similares en otros países, la figura ha aparecido en la estructura del nivel nacional de la administración como una figura extraña, en un Estado en el que se sigue el modelo romano germánico y no el anglosajón. Y es extraño por cuanto en el primer caso la administración corresponde a un Estado cuya organización y estructura está contenida en el ordenamiento jurídico, es decir en normas positivas, encabezadas por la misma Constitución Política, de la cual surgen las bases de la organización administrativa del Estado, mientras que en el sistema anglosajón la administración es abierta y no existe norma expresa sobre la estructura administrativa; por ello, los servicios y funciones se ubican en las agencias o en otras entidades, sin ninguna limitación estructural, y en ocasiones con el ánimo de sustraer estas a la injerencia del poder ejecutivo.” (Negrilla fuera del texto original). SARRIA, Consuelo. ¿Las agencias son unidades

La provisión de las redes y servicios de telecomunicaciones en Colombia, a la luz de la actual normativa de las telecomunicaciones, la Ley 1341 de 2009, se considera como un servicio público bajo la titularidad del Estado^{2 3}. Además, el actual modelo de gestión en la prestación del servicio, antes en monopolio y luego en libre competencia, generó un cambio del rol del Estado frente a esta

administrativas especiales? En: Revista Digital de Derecho Administrativo, No 13, Primer semestre, 2015. Págs. 237-252.

² A pesar de que la Ley 1341 de 2009 consagró expresamente que el Estado es titular de este servicio público, hay una gran discusión doctrinal sobre el tema por la interpretación del artículo 365 de la Constitución Política. Montaña afirma que aunque hay un deber del Estado de intervención asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, no necesariamente es el titular de los servicios públicos y que, por el contrario, es titular quien lo presta. El artículo 4 de la Ley 1341 de 2009 consagra una lista de fines relacionados con cobertura, derechos de los usuarios, infraestructura, interconexión, uso del espectro entre otros, que debe el Estado lograr, sin que tenga como requisito su titularidad. Más allá de la titularidad esta categoría responde a una actividad que se presta a terceros y que está íntimamente relacionada con los fines constitucionales dentro de un Estado Social de Derecho. En particular, Montaña afirma: “De esta manera lo prescrito en la disposición legal que se comenta, en nuestra opinión, aunque extraño, no resulta contrario a la Constitución, y se explicaría en el sentido de que los servicios públicos de telecomunicaciones con la comprensión de la Ley 1341 de 2009, son de titularidad estatal, el cual los presta de manera indirecta, a través de una habilitación general de la que se desprende la posibilidad de su prestación por sujetos públicos, privados o mixtos; es la ley entonces el título habilitante, que se presupone debe existir en un modelo de servicios públicos de telecomunicaciones de titularidad estatal.” MONTAÑA PLATA, Alberto. Tecnologías de la información y las comunicaciones y servicios públicos. Fundamentación de la intervención del Estado en el sector. En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC (Ley 1341 de 2009). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010. Pág. 192.

³ Sobre este punto Gonzalez afirma en relación con la titularidad estatal de los servicios públicos: “El esquema clásico señalaba que los servicios públicos podían ser prestados por el Estado en gestión directa, a través de sus entidades estatales, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado, o sociedades de economía mixta, o en gestión indirecta a través de la concesión otorgada a particulares. El régimen de competencia en servicios públicos domiciliarios, con una habilitación general de ley para su gestión, rompe el molde tradicional del título habilitante en gestión indirecta, generalmente mediante concesión, lo cual coloca a los particulares y al sector público mediante sus empresas oficiales o mixtas en un plano teórico de igualdad para competir en la prestación.” “A partir de la nueva Constitución el concepto de servicio público no está atado a la titularidad del Estado en su prestación, dando cabida a la actividad de los particulares”. “Esta nueva visión parece poner en cuestión la misma concesión para su prestación, pues si la Constitución está dando carta de ingreso a los particulares, no se entendería el título que le permitiría al Estado, bajo una cierta discrecionalidad, definir quiénes son prestadores por concesión”. GONZALEZ LÓPEZ, Edgar. La Potestad Reglamentaria de las Comisiones de regulación como Autoridades Administrativas Independientes. Bogotá. 2013. Trabajo de Grado (Doctor en Derecho). Universidad Externado de Colombia. Doctorado en Derecho. Disponible en la Biblioteca de la Universidad Externado de Colombia.

actividad, constituyéndolo en garante de su prestación⁴; lo que se traduce en un redimensionamiento de la forma en que ejerce su papel interventor en dicho mercado.

Como consecuencia lógica, el régimen normativo reflejó esta transición (la Ley 72 de 1989, el Decreto–Ley 1900 de 1990, Ley 37 de 1993, Ley 142 de 1994, la Ley 555 de 2000, Decreto 2870 de 2007, hasta llegar a Ley 1341 de 2009), siempre en procura de concretar adecuadamente la política pública que orientaba el sector. En efecto, el sector ha evolucionado para generar un mercado con participación de un mayor número de actores, en el que la concesión cambió por la habilitación general, se eliminó el concepto de domiciliariedad para las telecomunicaciones, así como la clasificación legal de los servicios⁵, y se orientó hacia la convergencia de actores, redes y servicios.

Uno de los principales problemas en la materia es, precisamente, el lugar que la Comisión de Regulación de Comunicaciones ocupa dentro de la Administración Pública puesto que la función de regulación económica que tiene a su cargo requiere de las suficientes garantías de autonomía que le permitan cumplir a cabalidad las exigencias propias de la misma: tecnicidad, neutralidad e independencia.

Es por ello, que se cuestiona la dependencia que tiene el órgano regulador de un órgano político como el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y se ha consolidado como objeto de debate actual la

⁴ La función de garantía en cabeza del Estado se encuentra consagrada en el artículo 365 de la Constitución Política, en cuanto determina que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional.

⁵ Tema que para la fecha en que culmina esta investigación se encuentra en discusión, su existencia (final de mayo de 2017). Hay quienes consideran que la clasificación de servicios fue derogada. Otra tesis que afirma que aquellos que solicitaron una licencia como operadores de servicios de red de valor agregado sigue vigente y por lo tanto tiene el deber de contribuir al Fondo. Por ejemplo una red bancaria.

definición de la estructura adecuada para ejercer la actividad administrativa de regulación económica en el sector de las TIC.

Esta faceta orgánica de la regulación del sector, muchas veces relegada a un segundo plano, tiene una influencia cardinal en el adecuado ejercicio de las funciones atribuidas a las Comisión; pues la inadecuada organización constituye trabas para el ejercicio de competencias técnicas, como la solución de conflictos.

Sumado a lo anterior, se encuentra la manifiesta contradicción sobre las características de la Comisión, en cuanto a su independencia administrativa, técnica y patrimonial, y su adscripción al Ministerio de las TIC contemplada en la Ley 1341 de 2009, que prevé una intensa cercanía a esta entidad, lo cual se hace evidente en la composición de Comisión donde era obligatoria la presencia del Ministro, aspecto que modificó la reciente Ley del Plan⁶ y en la ausencia de patrimonio propio, que obliga a la entidad a someter su presupuesto a la aprobación del Ministerio.

Estas inquietudes han sido puestas en evidencia a nuestro Estado, reflejando la importancia del tema. En efecto, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)⁷ presentó al Gobierno, en el 2014, unas recomendaciones las cuales especialmente abordan los siguientes aspectos:

⁶ Ley 1753 de 2015. Artículo 207. Sobre el ajuste del marco regulatorio de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Este cambio permite que el Ministro delegue en su Viceministro General, se eliminó la obligación de presidir la junta, y además esta puede sesionar con la mayoría simple. No obstante, como la potestad sancionadora está a cargo del Ministerio TIC, puede la CRC tomar una decisión apartándose de la voluntad política del Ministerio, pero en términos prácticos no existirá una entidad que se encargue de sancionar el incumplimiento de la decisión del Regulador.

⁷ Se trata de un estudio del 2014 sobre las Políticas y Regulación de las Telecomunicaciones en Colombia 2014. Se destaca la posición de dominio de un operador de telefonía móvil y de los operadores incumbentes de redes fijas a nivel regional, y la necesidad de que el Órgano Regulador desempeñe un rol decisivo para lo cual debe convertirse en una organismo con plena independencia del Gobierno y con suficiente poder para la aplicación de la normativa, incluidas facultades sancionatorias de que carece en la actualidad.

el fortalecimiento de las facultades y la independencia del Regulador, la promoción de la competencia en los mercados de telecomunicaciones, la extensión de la infraestructura y los servicios de telecomunicaciones, la eliminación de las barreras al despliegue de infraestructura y la promoción del interés del consumidor.

Como si los problemas orgánicos no fueran suficientes, el ordenamiento jurídico prevé un complejo sistema de funciones y competencias. El Regulador ejerce sus funciones bajo la premisa de la prevalencia del interés general en la actividad de prestación de un servicio público de las telecomunicaciones, en un escenario de competencia, orientado por los fines esenciales del Estado como servir a la comunidad, y debe promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan⁸.

La Comisión dedica todos sus esfuerzos a proteger los derechos de los usuarios, velar por la calidad, eficiencia y adecuada provisión de los servicios, promover y garantizar la libre y leal competencia entre los operadores de redes y servicios. Además, tiene el deber de evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia, garantizar el despliegue y el uso eficiente de la infraestructura y dar prevalencia a la igualdad de oportunidades en el acceso a los recursos escasos, con el fin de buscar la expansión, y cobertura para zonas de difícil acceso, en especial a poblaciones vulnerables, garantizando la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, así como el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones, necesarios para promover la

⁸ Artículo 2 de la Constitución Política.

provisión y comercialización de servicios, contenidos y aplicaciones que usan las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones⁹.

La Comisión, además, está facultada para asegurar la libre competencia entre los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones para el desarrollo de su actividad económica, e igualmente, para garantizar la generación de confianza en el administrado, la efectiva prestación del servicio de telecomunicaciones a los ciudadanos, la prestación del servicio universal y la interconexión como obligación para garantizar la competencia, no como fin en sí misma, sino como medio para proteger los derechos de los usuarios.

⁹ El Legislador denominó a la Comisión de Regulación de Comunicaciones como una *Unidad Administrativa Especial*, característica que ha sido dada a varias entidades en la organización administrativa, como lo menciona González López, bajo un *rotulo indefinido*, con el fin de ejercer funciones de regulación, control y vigilancia, sin ser las más adecuadas. En este sentido se da el caso del sector TIC. Al respecto este autor, consideró: “La función de regulación en los servicios domiciliarios, en las telecomunicaciones, en las tic, y en actividades económicas, todas marcadas por el interés general y su diversa organización institucional para su ejercicio..., han llegado a nuestro Derecho sin mucha discusión y participación, especialmente en la década de los noventa, vinculada en varios casos al proceso de liberalización en el modelo de gestión para la prestación de servicios públicos esenciales para la comunidad, o a la estructura conocida de las Superintendencias, traída desde nuestra reforma constitucional de 1968. Tal vez por esta razón se encuentra una falta de precisión en la ubicación y características de estas instituciones. En efecto, el Legislador ha utilizado variadas denominaciones en la organización administrativa, que no corresponden a las autoridades encargadas de esta función, como sucede con las Agencias Nacionales Estatales creadas en la reforma de 2011; que nunca han sido precisadas, bajo el rótulo indefinido de Unidades Administrativas Especiales, o bajo organizaciones que no son las más adecuadas para regular o para ejercer funciones de control y vigilancia, en sectores de especial importancia para la comunidad, como es el caso de las Superintendencias. Además del problema de su denominación en la estructura administrativa, hay también una marcada confusión sobre las características de las mismas, en cuanto a su carácter descentralizado, su autonomía, su adscripción, o su vinculación con el respectivo ministerio o departamento administrativo, o a veces guardando silencio sobre estos temas(...).”

El citado profesor afirma en una nota de pie de página de esta presentación: “Las 9 Agencias Nacionales Estatales creadas o modificadas en el 2011, con funciones disímiles, y realmente diferentes y a veces opuestas sobre el concepto y naturaleza de las Agencias originadas en el derecho anglosajón, generalmente encargadas de funciones de regulación técnica y con mayor independencia del órgano ejecutivo. Las Unidades Administrativa Especiales, como denominación genérica utilizada para crear entidades estatales como mesitas de noche para guardar todo aquello que no sabemos cómo ubicar. Las Superintendencias, cuyo representante legal es de libre nombramiento y remoción del presidente de la República y sin los visos de autonomía y estabilidad para cumplir una función de regulación y de control y vigilancia eminentemente técnica.” GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. Presentación. En: Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. No. 12, 2014. Disponible en: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm>>

Vale la pena resaltar que existe un elemento común a la mayoría de funciones atribuidas a la Comisión, este es, el carácter discrecional de las mismas, lo cual apareja inconvenientes de cara al control judicial, tales como la posible deferencia judicial o peligro de que el Regulador sustituya al juez, o el riesgo de que el juez sustituya al Regulador, por la naturaleza técnica de estas decisiones¹⁰. De allí que se considere, por una parte, la discrecionalidad, y por otra, los controles y garantías como contrapeso, como deben ser característicos de esta forma de intervención que debe proteger los principios de interés general y deben soportar un efectivo control jurisdiccional¹¹

Dentro de este entramado funcional, resalta la facultad de resolver las controversias que se presenten entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, prevista en la Ley 1341 de 2009. Esta función está protegida con la garantía de que ningún acuerdo entre proveedores podría menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria y de solución de controversias de este organismo, ni tampoco, el principio de la libre competencia. Además es una función esencial de regulación que viene de la legislación anterior, y que hoy está prevista con algunos cambios, entre los que se señalan la manera en que la CRC asume competencia, el procedimiento previsto para su intervención y los plazos para la toma de las decisiones. Sin embargo, la eficacia de esta competencia se ha visto comprometida dado que no es claro si, en el marco del principio de separación de poderes, una autoridad administrativa puede resolver todos los conflictos

¹⁰PERDOMO VILLAMIL, Camilo. Control judicial de la regulación económica en clave de los actos administrativos proferidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC). En: Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, No. 12 de 2014. Fuente:<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=article&op=view&path%5B%5D=3995> (Citado en 22 de enero de 2015)

¹¹ MONTERO PASCUAL, Juan José. La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico. En: Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, No. 12 de 2014.

que se presenta entre los operadores sin detentar expresamente funciones jurisdiccionales¹².

Es por lo anterior que podemos afirmar que la Comisión actualmente como institución, se encuentra frente a barreras para ejercer adecuadamente sus funciones, como la falta de independencia y la ausencia de un poder sancionatorio suficiente, además, tiene a su cargo la facultad de solución de controversias entre operadores, que enfrenta hoy discusión y cuestionamiento, por un vacío posiblemente originado en la naturaleza de sus decisiones de carácter administrativo, y las temáticas sobre las cuales tiene conocimiento que son de carácter regulatorio y contractual; sumado a la normativa que le rige de obligatoria consulta por los operadores jurídicos más allá de la Comisión como Árbitros, y Jueces. La aplicación armónica de las normas nacionales y andinas sobre la materia, de la mano de la consulta al Tribunal Andino de Justicia¹³ ha generado confusión en cuanto a la competencia del Regulador para resolver controversias, como se verá más adelante.

Ahora bien, en cuanto al contexto económico en el cual se desarrolla la actividad del servicio público, encontramos que por su naturaleza, el servicio público de telecomunicaciones tiende al monopolio, por lo tanto, el acceso y permanencia de nuevos agentes prestadores se da de tal manera que la interconexión como una obligación entre los operadores de telecomunicaciones, es la condición necesaria e indispensable para promover la competencia, para que exista un mercado y para que los usuarios en general

¹² En este aspecto Ospina considera que la solución de controversias como parte de la función de regulación, no requiere ser de naturaleza jurisdiccional. OSPINA GARZÓN, Andrés. *L'activité contentieuse de l'administration en droit français et colombien*. París, 2012, 918 h. Tesis doctoral (Doctor en Derecho). Université Panthéon-Assas, Universidad Externado de Colombia. Pág. 846. Disponible en línea: <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/b9a92fef-d53b-432c-baa7-791bc01f27b9>

¹³ Autoridad comunitaria jurisdiccional cuyos fallos y decisiones son de obligatorio cumplimiento.

puedan comunicarse entre sí. Así, la interconexión es y seguirá siendo la garantía para la competencia, como condición para hacer un uso eficiente de las redes, la adecuada expansión de los servicios y la universalidad en el acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)¹⁴, de la mano con la democratización del uso del espectro radioeléctrico, cuyo acceso y buen uso, hará también la diferencia frente a nuevas tecnologías, aplicaciones, servicios, e infraestructura en el sector.

Sin embargo, en el cumplimiento de dicha obligación, en la cual el papel del Regulador es fundamental, por una parte, al expedir la regulación general y particular al respecto y, por otra, al imponer la servidumbre de acceso, uso e interconexión y definir condiciones de acceso y uso, e instalaciones esenciales, se han generado múltiples conflictos entre los operadores de telecomunicaciones.

Tales conflictos tienen su origen en causas de distinta naturaleza¹⁵, unas dadas en la regulación y otras en el contrato, que lleva implícito un deber de compartición para lograr un efectivo interfuncionamiento de las redes y la

¹⁴ La universalidad o servicio universal o acceso universal en un comienzo de las telecomunicaciones hoy acceso a las TIC, responde a una premisa fundamental en un sector en competencia, para disminuir brechas, sociales, técnicas y económicas. Al respecto Barbosa resalta: “7. En cuanto al servicio y el acceso universal la administración no huye sino que, por el contrario, controla y ejecuta la puesta en marcha de estos proyectos. En Colombia esta situación adquiere ribetes más importantes por cuanto el servicio de telecomunicaciones es de carácter público; función social inherente al Estado. 8. Este tipo de mecanismos se han convertido en una forma de repensar el Estado en términos de la atención y prestación de servicios a los sectores más vulnerables de la sociedad, brindando soluciones desde el nivel privado en asuntos que por su especialización y experticia, tomarían buena parte de los escasos y competidos recursos públicos. Esta es una buena forma de disponer de soluciones de vanguardia con los últimos niveles de tecnología a disposición de sectores sociales que, de otra manera, no podrían tener acceso a estos beneficios.” BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto. Servicio y acceso universal en el Derecho de las Telecomunicaciones. En: Revista de Derecho. Comunicaciones y Nuevas Tecnologías. Universidad de los Andes, Agosto de 2006. Págs.173.

¹⁵ En el marco de la interconexión, los conflictos entre operadores de servicios de telecomunicaciones pueden presentarse por cargos de acceso, por uso de instalaciones esenciales, antes de la celebración del contrato, dentro de la ejecución del contrato, así como controversias entre usuarios y operadores relacionadas con la efectiva prestación del servicio, la facturación, la calidad de los equipos terminales, entre otros.

interoperabilidad de servicios de telecomunicaciones, aspectos que en su mayoría más allá de ser resueltos entre las partes, llegan a ser de conocimiento de la Comisión, y en algunos casos, son decididos en sede jurisdiccional.

Por lo tanto, es importante señalar que en relación con los pleitos que se han suscitado entre los operadores, han sido proferidas decisiones por parte del Regulador, de Tribunales Arbitrales, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y del Tribunal Andino de Justicia, lo cual, en resumen, ilustra un escenario confuso y de incertidumbre sobre la competencia para resolver los conflictos entre estos actores denominados hoy Proveedores de Redes y Servicios. Los PRST pueden corresponder a operadores incumbentes, operadores con posición de dominio, a operadores entrantes, y en general a todos aquellos que participan en este mercado en el cual se presta un servicio a un tercero para satisfacerle una necesidad específica de telecomunicaciones.

El escenario planteado tiene su origen en la falta de precisión respecto de los elementos que caracterizan esta función, en la ausencia de claridad sobre la autoridad competente para solucionar los conflictos, en la dificultad de encuadrarla dentro la estructura constitucional de división de poderes; aunado a los interrogantes acerca de los efectos en el tiempo de estas decisiones y las dudas sobre si la función está o no enmarcada en la promoción de la competencia¹⁶

Así las cosas, resulta relevante determinar si las decisiones proferidas por la Comisión, en ejercicio de la función de dirimir controversias, son de carácter

¹⁶ GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. Presentación. Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Numero 12 de 2014, ya citada. Enlace: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm>

administrativo o jurisdiccional, y si deberían ser más allá de una actuación administrativa, un fallo jurisdiccional. Será precisamente el objeto principal de esta investigación brindar algunos elementos que permitan contribuir a solucionar esta problemática y avanzar en pro de un sector dinamizador como lo es el de las telecomunicaciones, enmarcado dentro de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).

En suma, la presente investigación centra su interés en indagar sobre las peculiaridades de la facultad de solución de controversias otorgada a la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) respecto de los conflictos entre Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST), su naturaleza y alcance, desde una perspectiva socio jurídica¹⁷.

Una vez puesto de presente el contexto en el que se desarrollará la presente investigación, se procede a hacer una presentación detallada del problema jurídico, la hipótesis que soporta la investigación y los objetivos de la misma.

▪ **Problema Jurídico**

Para exponer la problemática que motiva esta investigación, es necesario resaltar que el tema central de la misma se refiere a la incertidumbre que se presenta en el sector de las telecomunicaciones en relación con el alcance y la titularidad de la función de solución de conflictos entre operadores de

¹⁷ Por lo tanto, el Estado hoy más regulador y controlador que prestador, necesita ajustes en su régimen para que, como lo manifiesta Restrepo Medina: “(...) sea capaz de resolver las tensiones que se presentan entre los intereses del mercado, propios de la prestación de servicios a cargo de particulares y no del Estado y los intereses de los ciudadanos, que responden a su papel activo como protagonista de su desarrollo en el Estado social de Derecho”, aspecto que aplica a la Comisión. RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. El tránsito del intervencionismo a la regulación en el Estado colombiano. En: ALJURE SALAME, et al. Sociedad, Estado y Derecho, Homenaje a Álvaro Tafur Galvis. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2014. Págs.181 -207.

telecomunicaciones respecto de la interconexión de redes. Además, el principio de la prevalencia de las disposiciones comunitarias andinas respecto de las normas nacionales, la relación de las decisiones del Regulador con los fallos judiciales y el hecho de que el ordenamiento andino se decante por atribuir la competencia al Regulador¹⁸, pone de presente que el asunto tratado es de gran actualidad.

Tan relevante y vigente es la problemática, que el Gobierno Nacional, por medio del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, presentó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado algunos cuestionamientos atinentes al tema de esta investigación; los cuales son transcritos textualmente con el objeto de evidenciar que en el quehacer administrativo se presentan las ambigüedades atrás reseñadas, la pertinencia de esta investigación y su utilidad a nivel práctico, y no solo teórico. Así las cosas, las preguntas fueron las siguientes:¹⁹

¹⁸ Según el Estatuto del Tribunal Andino de Justicia, es tarea de este 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. El estatuto contempla que cuando de oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, y en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio la interpretación prejudicial (IP). En octubre de 2014, el TJCA emitió conceptos en dos procesos arbitrales los cuales, uno fue acogido, y el otro no, por los respectivos Tribunales Arbitrales, cuyo antecedente son las anulaciones de laudos arbitrales en el tema de cargos de acceso de interconexión por no haberse surtido el requisito en su momento. En el mes de octubre de 2014 se profirieron dos laudos arbitrales entre COMCEL y ETB, donde un Tribunal adopta la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el cual el organismo andino se pronuncia manifestando que la competencia para resolver las controversias está en cabeza de la Autoridad de Telecomunicaciones competente que es la Comisión de Regulación de Comunicaciones. En consecuencia se declara no competente para resolver la controversia judicial. En el otro Tribunal Arbitral no se acogió la IP y se declaró competente para resolver la controversia entre los dos operadores. No obstante, uno de los árbitros salvo su voto. A la fecha, se encuentran pendientes varios procesos arbitrales sobre estos temas que en principio podrían ser de competencia de la Comisión de Regulación de Comunicaciones como autoridad de telecomunicaciones del país.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, del 24 de octubre 2016. C.P. Germán Alberto Bula Escobar. Radicación interna: 2293. Número Único: 11001-03-06-000-2016-00074-00, cuya reserva legal fue levantada mediante Oficio No 992004 del 20 de diciembre de 2016. El Concepto responde a una solicitud del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

1. *“¿La función de solución de controversias en materia de interconexión asignada a la Comisión de Regulación de Comunicaciones tiene naturaleza administrativa o judicial?”*
2. *“¿Qué tipo de competencia tiene la Comisión al resolver las controversias que son puestas en su conocimiento – y de las cuales conocían con anterioridad los tribunales de arbitramento – en virtud de lo dispuesto en la sentencia de 23 de septiembre de 2015 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado?”*
3. *“¿Puede la CRC, en el marco de sus competencias, adoptar decisiones de fondo sobre aspectos relativos a la ejecución de los contratos de interconexión entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, al solucionar controversias que surjan ‘durante la ejecución de la interconexión’ como el incumplimiento o la ruptura del equilibrio económico del contrato?”*
4. *“¿El procedimiento que debe seguir la CRC para la solución de la controversia de interconexión corresponde al definido en el Título V de la Ley 1341 de 2009 y la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-? En caso negativo ¿cuál es el procedimiento que debe seguir y bajo qué motivación debe hacerlo?”*
5. *“¿Qué recursos proceden contra la decisión de la CRC que solucione la controversia contractual de interconexión puesta en su conocimiento? ¿Cuál es la autoridad competente para su trámite?”*

Estas inquietudes sirven de soporte para adelantar el primer acercamiento al tema; que se enriquecerá con el análisis de los antecedentes normativos, jurisprudenciales y doctrinales, así como con los recientes pronunciamientos andinos y nacionales. Estas fuentes unidas conforman el estado del arte en la materia y justifican esta labor de investigación y análisis; que también se propone ser útil para la generación de nuevas inquietudes en la materia.

Con base en lo anterior, ahora sí, es posible exponer las preguntas guía que soportarán el problema principal. Estos cuestionamientos en su conjunto están

encaminados a determinar los límites de la función de dirimir controversias por parte de la autoridad nacional de regulación de las comunicaciones.

Estos son, primero, determinar si las facultades de la CRC de solucionar controversias entre operadores son de carácter subsidiario o residual; segundo, verificar si estas facultades se extienden al conocimiento de conflictos de naturaleza contractual en los contratos de interconexión de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones; tercero, analizar y definir si la función de resolución de conflictos es una típica función regulatoria; cuarto, establecer las principales razones por las cuales las decisiones proferidas por el Regulador son demandadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para buscar la declaratoria de su nulidad; quinto, indagar sobre la solución del conflicto en el caso en concreto, cuando se somete al control de legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el acto que dirimió la controversia; sexto, verificar si entre las cláusulas que pactan los PRST en sus acuerdos, la intervención del Regulador es un paso previo y obligado para acudir en última instancia a la resolución del conflicto por parte de un juez; séptimo, determinar cuál debe ser el actuar del Regulador cuando se encuentra con la obligación de resolver una controversia que no tiene prevista la solución en la ley ni en el reglamento; octavo, verificar si la potestad, que aunque formalmente es de carácter administrativo, materialmente se puede considerar judicial y legislativa; y por último, como décimo interrogante, observar cómo la Autoridad resuelve un caso que en principio es una resolución de carácter particular, pero que finalmente, se vuelve un marco regulatorio aplicable para el resto de operadores.

La importancia de la problemática que se desarrolla en esta investigación está dada por varios casos de conflictos entre operadores que aún esperan ser resueltos por la Comisión, o por quien corresponda. De esta manera, la problemática se circunscribe a las consecuencias que se derivan, por un lado,

de la facultad otorgada al Regulador de las Telecomunicaciones para dirimir controversias, por parte del ordenamiento interno, y por el otro, de entender a la Autoridad de Telecomunicaciones como la única legitimada para resolver las controversias que se presenten en ejecución de la interconexión, por parte de la normatividad andina y de los pronunciamientos del Tribunal Andino; sobre la base que en ni en el ordenamiento interno ni en el andino se analiza si esa Autoridad detenta competencias administrativas o jurisdiccionales.

Son varios los casos que actualmente se encuentran a la espera de una solución por parte del Regulador que los recibió a propósito de la remisión que le hizo el Consejo de Estado en su momento y que han generado inseguridad jurídica.

En este orden de ideas, la problemática principal se puede condensar de la siguiente manera: ¿Se debe otorgar a la Comisión de Regulación de las Comunicaciones funciones jurisdiccionales con la finalidad de resolver controversias entre sus regulados, teniendo en cuenta el esquema de tridivisión de poderes que impera en nuestro país, y la negativa a aceptar que una autoridad administrativa pueda actuar como un juez, sin habersele otorgado expresamente estas facultades?

Una vez determinado el panorama general, delimitado los interrogantes planteados, cuyas respuestas se pretenden alcanzar en esta investigación, se formula enseguida la hipótesis que ha guiado este estudio.

- **Hipótesis**

La Comisión de Regulación de las Comunicaciones con miras a ser un gran Regulador de un sector transversal a los demás sectores de la economía del

país, esto es, el de las tecnologías de la información y las comunicaciones, debe ser investida de la función jurisdiccional para dirimir controversias entre los actores del mismo²⁰, bajo las premisas fundamentales de la especialidad, autonomía e independencia, toda vez que como ente técnico se constituye en la autoridad administrativa con función jurisdiccional capaz de corregir fallas en el mercado y dirimir las diferencias entre sus regulados, en pos de un sector hacia una efectiva competencia, en cuyo centro se encuentren los derechos de los usuarios.

No obstante, como se ha expuesto, su estructura y la naturaleza de sus decisiones se han convertido en una limitante para un eficiente y eficaz desarrollo del sector, que requiere de intervención oportuna de profesionales expertos, cuyas decisiones sean suficientemente motivadas y reflejen la armonía entre los diferentes intereses que confluyen en el sector, bajo la premisa de la prevalencia del interés superior sobre las pretensiones particulares de los múltiples actores.

La facultad de solución de controversias del órgano Regulador de las comunicaciones como autoridad de naturaleza administrativa con funciones jurisdiccionales es una potestad cuya naturaleza de carácter especial, fortalece la función de intervención en la regulación de servicios públicos que debe estar en pro de la libre competencia y en especial del bienestar de los usuarios.

Para poder hacer efectiva la actividad reguladora y la función de resolución de conflictos, es menester que esta autoridad goce de una disposición de sus

²⁰ Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y los nuevos actores, como los proveedores de contenidos y aplicaciones en el entorno de la Economía Digital en el cual ya estamos avanzando.

poderes que promuevan la libre competencia, que proteja y favorezca a los usuarios y permita la existencia de un verdadero mercado en el sector.

En este sentido, el Regulador, que se ha venido desempeñando como un cuasi legislador y un cuasi juez, debe tener las facultades para expedir toda la regulación de carácter general y particular, aprovechando su cualificación técnica y conocimiento del sector, su autonomía, y de alguna manera, su independencia, conjugando la prevalente protección del interés general económico, al tiempo que dice el derecho entre las partes²¹.

A continuación, se plantean hipótesis secundarias que emanan de la anterior, sobre las que se asienta este trabajo de investigación:

²¹ CARRASQUILLA VILLEGAS, Lorenzo. La Ley de TIC y la regulación de las Telecomunicaciones: La Comisión de Regulación de Comunicaciones. En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - TIC (Ley 1341 de 2009), Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010. Págs. 505-539. Villegas sobre la función de solución de controversias como actividad administrativa y su cercanía a la función jurisdiccional: “El objetivo que persigue la CRC al momento de dirimir un conflicto entre operadores es el de promover la competencia y la defensa de los usuarios, es decir el interés general económico. En cambio, la finalidad de la función judicial es la de impartir justicia en un caso concreto conforme a las normas jurídicas (1). En este sentido, el regulador hace prevalecer el interés general al particular en una disputa entre privados, mientras que en la función judicial el debate se encuentra en torno a los intereses privados (2). La primera es una función regulatoria, la segunda una función jurisdiccional.”

Cita (1): Villegas Carrasquilla en su obra cita a Ugo Rocco: en su tratado de derecho procesal civil define la función jurisdiccional como “la actividad con que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, interviniendo a petición de los particulares, sujetos de intereses jurídicamente protegidos, se sustituye a los mismos en la actuación de la norma que tales intereses ampara, declarando, en vez de dichos sujetos, qué tutela concede una norma a un interés determinado, imponiendo al obligado, en lugar del titular del derecho, la observancia de la norma y realizando mediante el uso de su fuerza coercitiva, en vez de titular del derecho, directamente a aquellos intereses cuya protección está legalmente declarada”. Tratado de derecho procesal civil, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1969.

Cita (2): En el mismo artículo Villegas Carrasquilla, cita un fallo de la Corte Constitucional: En este sentido, ha dicho la Corte Constitucional, en la sentencia C-029 de 1995, que “[c]uando los intereses individuales o colectivos tutelados por el derecho objetivo no se satisfacen espontáneamente por aquellos obligados por la norma, el Estado provee a su realización por medio de la actividad jurisdiccional. El objeto de ésta es “la declaración de certeza o la realización colectiva y concreta de los intereses tutelados en abstracto por las normas de derecho objetivo, cuando, por falta de certeza o por inobservancia de las dichas normas, no quedan ellos directamente satisfechos por aquellos a quienes se dirigen las normas jurídicas”. (Ugo Rocco, Tratado de Derecho Procesal Civil, tomo I, pág. 48, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1969).

Las telecomunicaciones migran hacia modelos de redes de nueva generación, que permiten atender una mayor demanda de servicio, cada vez de más volumen y de mejor calidad. Los altos costos de estas redes, las posibles barreras de entrada que se generen y los riesgos de estas inversiones traerán como consecuencia que se estudie la posibilidad de que se separe la red del servicio. De forma neutral, la red existente será puesta a disposición para los proveedores de servicios. La gestión de una sola red, traerá una mayor certeza a aquel que tiene la responsabilidad de gestionarla sobre las inversiones realizadas. En este sentido, el objetivo es que de manera efectiva la red de telecomunicaciones existente esté al servicio de todos los operadores, como lo ha señalado parte de la doctrina²².

Esta separación funcional entre red y servicios traerá como consecuencia que se disminuyan los litigios, las controversias entre operadores, las solicitudes de imposición de servidumbre, los conflictos por los cargos de acceso, y las instalaciones esenciales, y que el Regulador se concentre en promover la competencia en servicios de mejor calidad y precios para el usuario.

La oferta de interconexión regulada permitirá proporcionar un marco de referencia para la negociación, que allanará el camino entre los operadores y permitirá al Regulador exigir unos contenidos mínimos para los futuros

²² DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomas. Revisión del marco regulador de las telecomunicaciones. Nuevas redes y nuevos servicios. En: Derecho de la Regulación Económica IV. Telecomunicaciones, de Colección dirigida por Santiago Muñoz Machado, Págs. 661-723. Madrid, IUSTEL, 2009. Señala al respecto: “En efecto, el modelo de separación funcional parece implicar que se tira la toalla en punto a lograr la competencia en redes, pues da la impresión de que como no se tiene suficiente confianza en que dicha competencia sea posible, vale más suponer que no hay más que una sola red, para, a partir de ahí, poner en marcha los mecanismos que permitan que en ese escenario de monopolio natural el gestor de la red –no el titular de la misma- se comporte con perfecta independencia respecto del titular real de la misma. En definitiva, la separación funcional, que no necesariamente tendría que comportar la prohibición de terceros de tender nuevas redes, parece partir del presupuesto de que no es posible lograr la competencia en redes y, por tanto, lo que se busca es que la red existente sea puesta a disposición de todos los prestadores de servicios de forma neutral, en el sentido de que no se benefician los servicios del titular de la red respecto a los operadores alternativos que prestan, también, servicios sobre esa red o que quieren disponer de la misma con base en ofertas mayoristas.”

acuerdos de interconexión o para la fijación de condiciones de acceso, uso e interconexión²³.

- **Objetivos**

Teniendo en cuenta el panorama general planteado, se proponen los siguientes objetivos:

- Enmarcar a la autoridad de regulación de telecomunicaciones en la estructura y organización del Estado.
- Investigar el concepto de regulación, sus características y la naturaleza de la autoridad de regulación de las telecomunicaciones, como una autoridad administrativa “independiente”, y a partir de estas ideas, analizar cómo ejerce la Comisión su función, con qué características, en qué condiciones la debería ejercer y de qué herramientas debería estar dotada.
- Analizar la facultad de resolución de controversias de la CRC, determinar cuáles son las características que la rodean, y las particularidades que la diferencia de otros pronunciamientos de la administración, donde la uniformidad del precedente frente a la solución de los conflictos entre los proveedores de redes y servicios, puede llegar a ser un aspecto determinante, y afectar las reglas del mercado.

²³ Oferta Básica de Interconexión –OBI: Es el proyecto de negocio que un operador pone en conocimiento general y que contiene los elementos esenciales para la interconexión. (Res. 087 de 1997)
Fuente: <http://www.siest.gov.co/siest/htm/glosario.htm> (citado en 30 de enero de 2015)

- Estudiar los temas más comunes de los conflictos que en el desarrollo de la actividad la Comisión ha conocido, así como los criterios que ha tenido en cuenta para dirimir los conflictos.
- Indagar acerca de la percepción de confianza que tienen los administrados en las decisiones de la Comisión, y en el entorno, así como las fortalezas y debilidades del sistema, bajo un enfoque socio jurídico.
- Analizar las decisiones más representativas proferidas por la Comisión y por los órganos judiciales, cuyo volumen y contenido han generado mayor incertidumbre alrededor de la función, haciendo particular énfasis en las decisiones proferidas en el marco del conflicto entre dos operadores de telecomunicaciones por la remuneración de los cargos de acceso²⁴.
- Analizar las Interpretaciones Prejudiciales proferidas por la autoridad jurisdiccional de la Comunidad Andina de Naciones en el marco de estos conflictos, y de los principales interrogantes realizados al TJCA por parte de los Tribunales Arbitrales y de los Operadores.
- Determinar y aportar elementos para el ejercicio eficaz de la función de dirimir controversias por el Regulador.
- Establecer cuáles son las nuevas facultades otorgadas a la Comisión a partir de la Ley 1341 de 2009 y cambios normativos posteriores.

²⁴ Se propone hacer referencia a las decisiones de Tribunales Arbitrales, del Tribunal Andino y del Consejo Estado relacionadas con la competencia de la CRC para dirimir las controversias, en especial a partir de la decisión del TJCA en contra de la República de Colombia a raíz de la demanda de la ETB. Caso COMCEL-ETB.

- Razonar sobre la relación entre el Regulador y la Autoridad de Competencia.
- Considerar el rol de la Comisión como un regulador convergente en un entorno Digital.

Proponer un cambio en la organización jurídica de la Comisión, dirigido a salvaguardar de manera eficaz y eficiente un *interés general especializado*²⁵.

▪ **Diseño de la Investigación, metodología y fuentes utilizadas**

Por medio del estudio de distintas fuentes como las normas de creación de la autoridad reguladora, y aquellas que rigen su organización y sus funciones, los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre su exequibilidad, los fallos más representativos de la Corte Constitucional en sede de tutela y del Consejo de Estado en sede del recurso de anulación de los laudos arbitrales, la normatividad y doctrina nacional e internacional y las decisiones proferidas por el Regulador, se pretende dar respuesta al problema jurídico planteado.

Ahora bien, dada la amplitud de datos y casos de solución de controversias abordadas por el Regulador, se hace oportuno un análisis de muestras de solución de controversias, con la finalidad de ofrecer al lector un marco descriptivo para observar esta fracción dentro del desenvolvimiento del sector de las telecomunicaciones colombiano.

²⁵ Gonzalez López afirma que el regulador debe proteger un “interés general especializado”, aspecto que debe resaltarse en cualquier autoridad de la misma naturaleza. GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. Presentación. En: Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. No. 12 (2014). <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm>>

Aunado a lo anterior, se ahondará en la perspectiva socio jurídica de la función, por medio de un acercamiento a los actores del sector, que permita la recolección de datos e impresiones, para su posterior análisis cualitativo y cuantitativo con miras a determinar si los administrados tienen una percepción sobre la eficacia y eficiencia de esta facultad del Órgano Regulador.

Para el análisis cuantitativo y cualitativo se emplearon instrumentos de investigación, entre ellos la encuesta, la entrevista y otras fuentes, que se detallan a continuación:

- Entrevistas semiestructuradas con responsables de los distintos roles de los actores del mercado colombiano de las telecomunicaciones. La utilización de esta técnica cualitativa tiene como finalidad obtener datos de personas que por su trayectoria y experiencia cuentan con información importante para la investigación.
- Información disponible en la página del MINTIC.
- En el caso de España, se ha revisado la información de la página del Regulador, antes CMT ahora CNMC, y las resoluciones de solución de controversias proferidas por esta entidad.
- Para la información referida al ámbito de la Unión Europea, se han revisado las Directivas del 2002 y del 2009 en lo relacionado con el tema objeto de esta investigación.
- Consulta de archivo sobre las decisiones que ha proferido la CRC. Para el efecto, se tuvieron en cuenta los descriptores obtenidos de la labor de análisis de las resoluciones que resuelven conflictos dentro de la línea de investigación en Servicios Públicos y Telecomunicaciones. Periodo 2000 al 2016²⁶.

²⁶ Grupo de investigación del cual hace parte quien realiza este trabajo de investigación.

- A lo largo del estudio, se han obtenido numerosos documentos y referencias bibliográficas relacionadas con el objeto de esta investigación como artículos de libros, artículos de revistas, leyes nacionales, resoluciones de la CRC, normatividad comunitaria andina, normas de España, sentencias de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y del Tribunal Andino de Justicia, que se encuentran citados y además relacionados en el acápite correspondiente de la Bibliografía.

Es importante mencionar que metodológicamente esta investigación se ha llevado a cabo observando el sector de las telecomunicaciones, de forma que la labor de búsqueda, análisis y estudio se hizo desde fuera de la industria. Por lo tanto, quien investiga no ha tenido vinculación más allá que la cercanía con el tema objeto de estudio desde la Academia. La experiencia de aproximación a la materia de estudio es No Participante.

Continuando, el estudio y reflexión sobre el tema, deben ser analizados los fallos del juez de lo Contencioso Administrativo al ejercer el control de legalidad de actos expedidos por el Órgano Regulador, en los que en su mayoría, se solicita por el demandante la nulidad y restablecimiento del derecho, y también, la declaratoria de la posible responsabilidad patrimonial de la autoridad que los expidió, por considerar que no tenía competencia. Además, se tienen en cuenta aquellos fallos en los cuales no ha intervenido la otra parte del conflicto, y que después de un largo proceso, culmina dejando la controversia inicial viva sin una solución de fondo sobre el asunto que dio inicio a las diferencias²⁷.

²⁷ Como ejemplo se pueden consultar los siguientes fallos: Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 21 de mayo de 2009, de la Sección Primera Subsección B. Exp. 1152-01. M.P. Fredy Ibarra Martínez. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 14 de Julio de 2011, de la Sección Primera- Subsección A. Exp. 0328-01 M.P. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 29 de Enero de 2009, de la Sección Primera-Subsección B. Exp. 1005-01. M. P. Fredy Ibarra Martínez. Ver Anexo No 3.

También se suman a los anteriores, los fallos de tutela de la Corte Constitucional por la posible violación de derechos, debido a la aplicación de normas regulatorias a contratos en curso, cuyo objeto era la interconexión de redes, celebrados por los operadores de servicios de telecomunicaciones²⁸.

- **Delimitación espacial y temporal de la investigación**

La presente investigación centra su interés, desde la perspectiva espacial, en el sistema jurídico colombiano y, desde la perspectiva temporal, en la actividad del órgano regulador de las telecomunicaciones durante el periodo comprendido entre el año 2000 y el 2016; etapa en la cual ya se encuentra liberalizado el sector, y cuyo último tercio se rige por un nuevo régimen normativo, que habilita de manera general la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones.

En este sentido, toma como fuentes principales, por una parte, los principales laudos arbitrales emitidos en materia de interconexión, plasmados en una fuente denominada *Análisis de laudos arbitrales en Derecho de las Telecomunicaciones*, construida a partir de la búsqueda, recopilación y análisis de estas decisiones arbitrales encuadradas entre los años 2003 y 2011, cuyo producto fue publicado en el año 2012²⁹. Y, por otra parte, se soporta en las recientes decisiones del TJCA, del Consejo de Estado y de Tribunales Arbitrales del 2012 al 2016.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-058 del 2 de febrero de 2009. M.P. Jaime Araujo Rentería. Sentencia T-088 del 5 de febrero de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-178 del 3 de marzo del 2004. MP: Jaime Córdoba Triviño (Ver Anexo No 4).

²⁹ GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar (Director) HERRERA ZAPATA, Luz Mónica Herrera (Coordinadora). *Análisis de Laudos Arbitrales en Derecho de las Telecomunicaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

No obstante lo anterior, se resalta que la investigación, a pesar de estar delimitada temporal y espacialmente en el ordenamiento colombiano, se servirá del análisis de fuentes doctrinarias, legislativas y jurisprudenciales de distintas latitudes; esto con el fin de procurar una visión integral del tema y un soporte teórico más sólido. Así, es necesario señalar que el énfasis de esta investigación está dado por los hechos ocurridos en Colombia, normas nacionales y disposiciones comunitarias, por lo tanto, no puede considerarse como un estudio de derecho comparado. Las referencias a España, la Unión Europea y Estados Unidos son tangenciales e ilustrativas³⁰.

Como antecedente, esta Tesis Doctoral se comenzó a gestar a partir de la expedición de la Ley 1341 de 2009, en paralelo a la labor de recopilación de las resoluciones proferidas por el órgano regulador de las comunicaciones sobre resolución de conflictos, en especial sobre la competencia como tal de esta entidad, los cargos de acceso y las instalaciones esenciales, debido a que estos temas se consideraron más recurrentes y de mayor interés.

▪ Estructura de la Investigación

Con el objetivo de dar respuesta a la problemática planteada y de exponer los argumentos tendientes a demostrar, o no, la hipótesis planteada, esta investigación se compone de la Introducción, Cuatro Partes principales, precedidas de los acrónimos, y las Conclusiones; cada Parte está compuesta

³⁰ La investigación incluye como ya se había mencionado referencias del Derecho español, a la antigua Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones y al nuevo órgano regulador, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la cual agrupó varios sectores, entre ellos, el de las telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas. Igualmente, se hace una referencia descriptiva tangencial al desarrollo que del tema han adelantado otros países, como Estados Unidos, y como notas al pie, sobre Perú, México, Ecuador y Chile.

por unas consideraciones iniciales, tres Capítulos, y por una consideración final. Igualmente, la investigación cuenta con un Glosario, un acápite referente a la Bibliografía y Anexos. Estos últimos corresponden a fichas de análisis de algunos laudos arbitrales, apartes y consideraciones de sentencias del Tribunal Administrativo, de la Corte Constitucional, y una reflexión para resolver un enigma como ejercicio metodológico dentro de la investigación.

Conforme a lo anteriormente señalado, la Primera Parte de la investigación analiza y desarrolla la función de solución de controversias por parte del Regulador; la Segunda Parte, se refiere a las limitaciones que están presentes en las decisiones proferidas por el Regulador, los jueces y árbitros al dirimir las controversias entre los operadores de telecomunicaciones; la Tercera Parte, se concentra en la visión de diferentes frentes compuestos por sujetos participantes directa e indirectamente en el desarrollo de esta función; y por último, la Cuarta Parte, propone los elementos que se consideran relevantes para cumplir con la función de dirimir controversias de forma eficaz, reconociendo la importancia de la actividad prestada como servicio público, y los derechos de los operadores y usuarios dentro de los fines del Estado.

- **Explicación del Plan**

Con el objeto de dar cumplida respuesta al problema jurídico y de desarrollar los objetivos propuestos la presente Tesis, como ya se mencionó, está estructurada en Cuatro Partes: la Primera Parte se denomina **“De la función de regulación a la función de solución de controversias relativas a interconexión entre Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones”**, y en ella se abordará conceptos sobre la regulación como parte de la intervención del Estado, se desarrollará la estructura y antecedentes de la regulación del sector de las telecomunicaciones que sirve

de base para la contextualización de este trabajo. Así mismo, se analizará la estructura del Órgano Regulador, las peculiaridades organizacionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), en cuanto a los aspectos normativos, del personal y financiero; además de sus particularidades funcionales de carácter normativo, reglamentario, y sancionatorio.

Dentro de este marco funcional y orgánico se encuentra la función de solución de controversias de la Comisión, cuyos destinatarios son en términos generales, los operadores de telecomunicaciones. Para su estudio se efectúa un análisis de las normas que la consagran y los pronunciamientos de la Corte Constitucional; así, se incluyen los principales aspectos normativos desde el Decreto 2122 de 1992 y la Ley 142 de 1994, hasta el 30 de julio del año 2009, fecha en la cual inicia la vigencia del nuevo Estatuto de las Telecomunicaciones en Colombia, la Ley 1341 de 2009, denominada en ocasiones Ley de TIC.

Para finalizar la Primera Parte, se analizará el desarrollo de la función de dirimir conflictos de interconexión entre los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones por parte de la CRC. Para ello, se llevará a cabo consulta de archivo, con base en los pronunciamientos de la entidad en los que solucionó conflictos entre los operadores de telecomunicaciones, en la última década, y se abordan las problemáticas más comunes de las controversias relacionadas con la interconexión de redes, a saber, la temporalidad del conflicto, las partes que intervienen en la relación y la Oferta Básica de Interconexión.

La Segunda Parte, denominada “**Decisiones en el Marco de las Controversias entre los Operadores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones**” se concentrará en la determinación y análisis de las limitaciones al cumplimiento de los objetivos deseados al dirimirse los

conflictos entre los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones, por parte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, desde la óptica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, los Tribunales de Arbitramento, el Tribunal Andino de Justicia y la Corte Constitucional, en cuanto a la Acción de Tutela.

En este punto, se hará una aproximación a un estudio de caso de solución de controversias entre los PRST, relacionado con cargos de acceso y los múltiples pronunciamientos proferidos por el Regulador, un tribunal de arbitramento, el Consejo de Estado, y la Corte Constitucional, que a la fecha de terminación de esta investigación posiblemente no ha culminado, pero que por ser de conocimiento público y gran connotación, se considera interesante e indispensable su análisis.

Igualmente, se abordarán los aspectos que, en sede de demanda de las decisiones del Regulador ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se consideran los más relevantes. Así mismo, se hará un análisis de los aspectos más discutidos cuando los conflictos entre operadores se ponen en conocimiento de un Tribunal de Arbitramento y hay un pronunciamiento previo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Sumado a lo anterior, se estudiarán los fallos del Tribunal Andino de Justicia, en cuanto a la aplicación de las normas andinas sobre interconexión y las normas procesales relacionadas con la Interpretación Prejudicial, así como las decisiones del Consejo de Estado a propósito de los Recursos de Anulación. Para finalizar esta parte, se desarrolla una aproximación a los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la revisión de las tutelas interpuestas por operadores con origen en un conflicto de interconexión.

La Tercera Parte, denominada **“La visión de los sujetos involucrados con la solución de controversias relativas a interconexión en el sector de**

TIC”, responde al cuestionamiento relacionado con las funciones y decisiones de un órgano de naturaleza administrativa y las implicaciones de índole judicial, al impartir justicia dirimiendo las controversias. De esta manera, se presentan las opiniones y percepciones de distintos frentes, cuyos actores o representantes, proporcionaran su punto de vista sobre esta problemática.

En esta tarea se pretende identificar, estructurar, sistematizar y presentar los aspectos que, para los diferentes frentes que interactúan en la dinámica del sector, pueden ser los de mayor importancia y así determinar que vacíos podrían presentarse, en procura de plantear una solución.

El análisis será de carácter cualitativo y cuantitativo y busca proporcionar la visión de los operadores de telecomunicaciones, del Ente Regulador, de los académicos y de los jueces sobre esta función de naturaleza administrativa, actualmente en cabeza de la CRC. Como presupuesto, se llevarán a cabo análisis de encuesta, consulta de archivos de prensa, y entrevistas con el objetivo de conocer de primera mano la experiencia, y el mayor o menor grado de confianza de los agentes involucrados, con el fin de ofrecer las distintas ópticas alrededor de esta facultad en el sector de las telecomunicaciones en Colombia, que servirán de insumo para la siguiente Parte de la investigación.

La Cuarta Parte, denominada “**Elementos para la eficacia de la función de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones**”, contiene un análisis de los elementos que se consideran necesarios para brindar mayor seguridad jurídica y certeza en el ejercicio de esta facultad.

En consecuencia, se iniciará haciendo referencia al antecedente contenido en la Ley 142 de 1994, la cual definió el concepto de regulación de los servicios

públicos domiciliarios³¹, e incorporó funciones para las comisiones de regulación delegadas del Presidente de la República, con el fin de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos³². Luego se abordará el estudio de la Ley 1341 de 2009, correspondiente al sistema normativo actual de las telecomunicaciones, la cual unificó el régimen de telecomunicaciones y eliminó para estas la categoría de domiciliariadad, con el objetivo de contribuir a que las telecomunicaciones, como parte del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, promovieran la inclusión social y mejoraran los niveles de competitividad³³.

Las líneas normativas, regulatorias y jurisprudenciales del sector de las telecomunicaciones configuran el marco jurídico de la función de solución de controversias de interconexión entre los proveedores de servicios de redes y servicios de telecomunicaciones, dentro del cual, en esta investigación, se describen y analizan desde una perspectiva crítica, los principales aspectos que la rodean, y adicionalmente, se incluyen propuestas sobre esta facultad otorgada al Órgano Regulador del sector en Colombia.

³¹ Ley 142 de 1994. Artículo 14, numeral 18. Este numeral fue declarado exequible por la CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Se trata de exequibilidad condicionada. La Corte consideró: "... el texto del artículo 14-18 de la Ley 142 de 1994 a primera vista da la impresión de rebasar aquella norma constitucional, al establecer que la facultad reguladora implica la capacidad de dictar, no sólo normas de carácter general, sino también de naturaleza particular. Sin embargo, la Corte considera que, interpretada y aplicada conforme a los preceptos constitucionales y buscado su efecto útil, dicha previsión no contraría el Ordenamiento Superior, en tanto la atribución que consagra corresponde en realidad al simple ejercicio de una función de intervención en concreto sobre la base de lo que la ley disponga para asegurar que quienes prestan los servicios públicos domiciliarios se sujeten a sus mandatos". Sentencias relacionadas de la CORTE CONSTITUCIONAL: C-066 de 1997, C-350 de 1997, C-444 de 1998, C-1162 de 2000, C-150 de 2003, C-353 de 2006, C-955 de 2007, C- 823 de 2011.

³² Artículos 68. *Ibidem*

³³ GUERRA DE LA ESPRIELLA, María del Rosario. La Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Ley 1341 de 2009). *En*: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC (Ley 1341 de 2009). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010. Págs. 64 - 97.

Una vez desarrollada la investigación, y establecidos los resultados, se presentarán las conclusiones de la Tesis Doctoral, determinando si se valida o refuta la hipótesis planteada. Además de lo anterior, se procederá a arriesgar diferentes propuestas relacionadas con el objeto de la investigación.

- **Logros que se pueden obtener**

En virtud de la naturaleza del doctorado, las metas que se pretenden alcanzar, además de ser de índole teórico, serán mayormente de tipo práctico. En este sentido, los logros esperados son:

- 1) La propuesta de elementos fundamentales fruto de la construcción de un marco teórico, la presentación de unos hechos, el análisis de unas decisiones administrativas y fallos jurisdiccionales, de la doctrina nacional y extranjera, alrededor de la facultad de solución de controversias del regulador, para brindar herramientas que permitan sumar ingredientes para tomar una postura frente a la problemática planteada en la investigación.
- 2) Una compilación de normas, resoluciones, sentencias, interpretaciones y doctrina, para abrir una nueva fase de estudio alrededor de la materia, que por su naturaleza es cambiante, al tener como presupuesto las relaciones entre el Estado, los operadores, y los usuarios.
- 3) Un marco teórico alrededor de la función de dirimir controversias, con un gran componente bibliográfico que servirá de insumo a otros investigadores que decidan abordar la materia en el sector de las Telecomunicaciones y en general de las TIC.

- 4) Datos sobre las principales peticiones de los operadores al Regulador, para su intervención en la solución de conflictos, entre los años 2000 y 2016.
- 5) Muestra de actos administrativos del Regulador que se encontraban en proceso de demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo³⁴.
- 6) Fallos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que hacen referencia a la función, e igualmente se hace mención a los conflictos que presentaron violación de las normas de interconexión. Adicionalmente, se ofrecerá una muestra de los temas recurridos ante el Consejo de Estado y el análisis de los respectivos fallos.
- 7) Un acercamiento desde un estudio cuantitativo y un análisis de carácter cualitativo de aquellos factores que están en esta dinámica del funcionamiento del sector y que están más allá de la norma, del contenido de la resolución, de una sanción y que están en el sentir de los administrados, y en la manera de solucionar sus problemas.
- 8) La extracción y organización de datos, a propósito de la búsqueda y aplicación de herramientas sociológicas, como la encuesta, consulta de archivo de prensa y de las entrevistas.

³⁴ La muestra corresponde al año 2014.

- 9) Una aproximación a la tarea del Regulador como intermediario entre la ley y su aplicación, vista especialmente desde la óptica de los agentes del mercado y del usuario.

- 10) La presentación de temas que invitan a la reflexión, con la finalidad de animar a otros a estudiar la materia, a generar opiniones que seguramente podrán ser disímiles alrededor de lo que sería una nueva organización de la Comisión, con facultades acordes a la realidad, con unas funciones que pueda ejercer de frente a unos conflictos que efectivamente pueda resolver, que le permita como Regulador tomar medidas *pertinentes, proporcionales, justificadas, en modo transparente, eficiente y previsible*³⁵.

³⁵Extraído de concepto elaborado para un operador (Colombia), a propósito del proyecto regulatorio de la CRC que estaba para comentarios en diciembre de 2014, sobre regulación asimétrica de tarifas de terminación móvil, por el Profesor Andrea Renda del Instituto de la Universidad Europea. RENDA, Andrea. “Observaciones sobre la propuesta de extensión de la regulación asimétrica de los cargos de acceso a la red móvil en Colombia”. Concepto. Bruselas. 4 de diciembre de 2014.

**PRIMERA PARTE. DE LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN A LA FUNCIÓN
DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A
INTERCONEXIÓN ENTRE PROVEEDORES DE REDES Y SERVICIOS
DE TELECOMUNICACIONES**

El propósito de la Primera Parte de la investigación es brindar un marco legal a la función de regulación en el ámbito de las telecomunicaciones en Colombia, encaminado al cambio de modelo de gestión, la evolución normativa, regulatoria y jurisprudencial, y partir de allí, la organización institucional para hacer especial énfasis en la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en particular, la función de resolver controversias. Esta investigación tangencialmente hace referencia a peculiaridades de otros países en cuanto a la organización institucional del sector de las telecomunicaciones, tomando en cuenta aspectos relevantes o ilustrativos del regulador en particular sobre la solución de controversias.

CAPÍTULO PRIMERO. LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA

Este Capítulo tiene por objeto caracterizar la función de regulación relativa al servicio público de telecomunicaciones, como una forma de intervención del Estado en la economía, cuyo fin es alcanzar de manera efectiva los intereses generales o públicos en este sector, a través de un modelo de gestión por competencia.

De esta manera se abordarán tres aspectos principales, relacionados con el concepto de regulación, la autoridad de regulación en Colombia y su estructura y fines. Así mismo se harán referencias en derecho comparado a España, Estados Unidos y la Unión Europea.

1. Conceptos generales sobre la noción de Regulación

La acepción de *regular* es definida como “*determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo, o el ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines*”.³⁶

La palabra regulación alude a poderes y relaciones entre la administración y los ciudadanos, que incluyen formas de intervención en la actividad social y económica, y que integran aquellas que provienen de la legislación y la reglamentación³⁷. Así mismo, la regulación puede venir de organizaciones privadas que se imponen voluntariamente normas, las cuales pueden llegar a constituirse como un nuevo instrumento indirecto del Estado para el cumplimiento de fines públicos.

Aunque la regulación económica como categoría conceptual integrante de las actividades administrativas es reciente e incluso existen doctrinantes que la consideran como una manifestación de la actividad de policía administrativa³⁸, las técnicas e instrumentos de intervención del Estado en la economía no lo son.

Al respecto Muñoz Machado, afirma que “*antes que de regulación se hablaba, en los sistemas continentales europeos, de intervención pública en la*

³⁶ Según Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Fuente: <http://lema.rae.es/drae/?val=regular> (citado en 4 de febrero de 2015)

³⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Fundamentos e Instrumentos Jurídicos de la Regulación Económica. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago y ESTEVE PARDO, José (Directores). En: Derecho de la Regulación Económica. Tomo I Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Madrid: IUSTEL, 2009. Págs. 15 - 243.

³⁸ ESTEVE PARDO, José. Poder de policía administrativa económica: el encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del derecho público. En: Revista General de Derecho Público IUSTEL, 2009. Pág. 20. Otras publicaciones de autor: ESTEVE PARDO, José. El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público. En: Derecho de la Regulación Económica. Tomo I Fundamentos e Instituciones de la Regulación, de Muñoz Machado, Santiago y Esteve Pardo, José (Directores). Madrid: IUSTEL, 2009. Págs. 387 - 405.

economía, y el compendio y ordenación sistemática de las formas que revestía tal acción comprendía una disciplina jurídica entera, el Derecho Público o Administrativo de la Economía”, adicionalmente manifiesta el citado autor, que la intervención de los poderes públicos en la economía es tan antigua como el Estado y que no es extraño encontrar la imposición de deberes y obligaciones en un mercado, así como restricciones de entrada, y fijación de precios, entre otros³⁹.

1.1 Algunas consideraciones sobre la regulación en la doctrina nacional y comparada

La definición de regulación ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia con rasgos identificadores, entre ellos, el hecho de que se trata de un mecanismo para garantizar la libre competencia en el mercado, y además, que es un instrumento para asegurar la satisfacción de los intereses generales de los asociados.

En este sentido, Montero Pascual define la regulación como “(...) *el control continuo y concertado que realizan las autoridades públicas en el mercado, mediante la imposición de obligaciones jurídicas a los privados con la finalidad de garantizar la adecuación del funcionamiento del mercado a los objetivos de interés general*”⁴⁰.

El anterior concepto se trae a colación con el fin de brindar mayor ilustración sobre una de las características de la regulación, ya que en cuanto propende

³⁹ ESTEVE PARDO. *Ibíd.*, Pág. 17

⁴⁰ MONTERO PASCUAL, Juan José. Regulación económica y derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general. En: Fundamentos de Regulación y Competencia (El dialogo entre el derecho y economía para el análisis de las políticas públicas) Alberto Ruiz Ojeda (Director). IUSTEL, 2013. Págs. 81 - 111. El citado autor propone esta definición.

por garantizar la competencia, es instrumental para lograr los objetivos de interés general, pues en un mercado liberalizado, como lo es el de las telecomunicaciones, el principal interés no es garantizar la competencia en sí misma, sino a través de ella lograr la satisfacción de intereses superiores⁴¹.

Ahora bien, otros doctrinantes plantean estos rasgos como complementarios, pues consideran que la liberalización y la reducción del papel del Estado, quien deja de ser Estado productor y director de la vida económica y, como afirma Ariño, se transforma en *planificador en sentido tradicional*, se compensa con el nuevo sentido de la regulación para la competencia y para garantizar la prestación de servicios esenciales⁴².

No obstante las anteriores consideraciones, de lo que no hay duda es que para el regulador, en el marco de sus competencias, las potestades que le han sido atribuidas para cumplir los fines referidos constituyen los medios que le permiten actuar en el mercado, y además, concretar sus manifestaciones de voluntad –actos administrativos- que deben estar orientadas a garantizar la calidad y eficiencia de los servicios bajo su regulación⁴³.

Por otra parte, es menester resaltar que la relación entre la regulación y el derecho de la competencia, bajo la perspectiva de su complementariedad⁴⁴, ponen de presente que el último actúa como red de seguridad para la primera.

⁴¹ DARNACULLETA I GARDELLA, M. Merce. La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana. En: Derecho de la Regulación Económica -Tomo I Fundamentos e Instituciones de la Regulación, de Muñoz Machado, Santiago y Esteve Pardo, José (Directores). Madrid: IUSTEL, 2009. Págs. 349 - 386.

⁴² ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El Estado Regulador conforme al Mercado. En Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Madrid: Fundación de Estudios de Regulación 1999. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Págs. 330-331.

⁴³ NALLAR, Daniel Mauro. Regulación y Control de los Servicios Públicos. Marcial Pons. Argentina. 2010. Págs. 23-27.

⁴⁴ La cual se refiere a la forma de interactuar entre ellas y el control recíproco que ejercen. Además, la regulación completa o complementa las normas de defensa de la competencia.

La regulación en un mercado liberalizado es una forma de intervención pública de carácter subsidiario, y se afirma que en el sector de las telecomunicaciones podría desaparecer, cuando en los mercados exista competencia efectiva⁴⁵. Sin embargo, en las industrias en red, en las cuales hay tendencia al oligopolio, como es el caso de las telecomunicaciones, no es muy factible que la regulación sea transitoria y por lo tanto tendría que convivir con la defensa de la competencia, juntas con un fin común, la protección de los intereses generales⁴⁶. Además, la regulación permite adoptar medidas para garantizar la satisfacción de intereses generales, dentro de las cuales se ha identificado, por ejemplo, la garantía y promoción del servicio universal⁴⁷.

Dentro de la protección de los fines de interés general, Darnacullea I Gardella afirma que la existencia de la regulación, está orientada a garantizar el correcto funcionamiento del mercado y la competencia, con el fin de alcanzar la protección de otros fines de interés general, lo que da lugar a la distinción entre la denominada *Economic Regulation* –“regulación económica”- y *Social Regulation* –“regulación social”⁴⁸.

En este sentido, según la doctrina alemana, la regulación es considerada, por influencia de la Sociología, como una forma de control social, e incluye un

⁴⁵ MONTERO PASCUAL. Op. cit., Pág. 102.

⁴⁶ *Ibidem*, Pág. 103.

⁴⁷ Para mayor ilustración, definiciones sobre servicio universal: Documento de la OCDE de 2014: Servicio Universal se considera como un conjunto mínimo de servicios a disposición de cualquier usuario en cualquier ubicación geográfica, y a un precio razonable.

Otra definición similar, de la Ley 9 de 2014 de Telecomunicaciones de España: Se entiende por Servicio Universal el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible. Definición de la Resolución CRT 087 de 1997: Se entiende por Servicio Universal aquel que pretende llevar el acceso generalizado a los hogares de los servicios básicos de telecomunicaciones, iniciando con el servicio de telefonía y posteriormente integrando otros servicios a medida que los avances tecnológicos y la disponibilidad de recursos lo permitan.

⁴⁸ DARNACULLETA I GARDELLA, M. Merce. Ob. Cit., Pág. 356. Esta clasificación de la regulación, se encuentra en el informe de OCDE sobre la reforma regulatoria del 15 de junio de 1997.

elemento finalista de procura asistencial. Al respecto manifiesta D. Gardella⁴⁹, que esta doctrina con la finalidad de recomponer la garantía de los intereses generales en el ejercicio de la nueva función reguladora del Estado, ha introducido la noción de Estado prestador de garantías o Estado garante⁵⁰, dentro del cual se ha convertido en pieza clave la autorregulación regulada.

La autorregulación regulada, se constituye en un término que comprende, por una parte, la regulación como el poder de la autoridad administrativa de carácter imperativo, apoyada en la imposición de reglas de conducta y de sanciones a través de actos administrativos, y por otra, específicamente la autorregulación regulada, de especial aplicación en sectores determinados como por ejemplo la salud, el medio ambiente, en el cual se fortalece la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones administrativas⁵¹.

La autorregulación regulada como lo explica la autora, es una técnica indirecta de la regulación, que sustituye instrumentos imperativos de actuación del Estado. Por medio de la autorregulación, las organizaciones privadas se dotan por su voluntad de normas para obtener un fin.

Al respecto, se compara el ámbito de la autorregulación, con la división de los poderes del Estado, pues dentro de los poderes privados surgen funciones paralelas, como lo son la autorregulación normativa, declarativa y resolutoria⁵².

⁴⁹ *Ibidem*. Pág. 357

⁵⁰ Para mayor ilustración ver ESTEVE PARDO, José. La regulación de la economía desde el Estado garante. Disponible: http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulaci%F3n_Esteve.pdf (citado en 6 de febrero de 2015)

⁵¹ DARNACULLETA I GARDELLA, M. Merce. La autorregulación y sus fórmulas como instrumento de regulación de la economía. *En*: Derecho de la Regulación Económica. Tomo I Fundamentos e Instituciones de la Regulación, de Muñoz Machado, Santiago y Esteve Pardo, José (Directores). Madrid: IUSTEL, 2009. Págs. 631 - 667.

⁵² DARNACULLETA, Gardella. *Op.cit.*, Págs. 662-663. Esta clasificación la toma la autora de la obra de José Esteve Pardo “Autorregulación. Génesis y efectos” Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002. Para mayor ilustración: la autorregulación normativa, corresponde a normas elaboradas y aprobadas por sus propios destinatarios. La autorregulación declarativa, es la tendente a certificar el cumplimiento de las

Por otra parte, sobre la relación de la regulación con el derecho de la competencia, aunque la regulación es de aplicación *ex ante* y el derecho de la competencia se aplica *ex post*, los dos tienen la misión de corregir externalidades, antes del hecho o después del hecho, respectivamente.

Es necesario, cuando se analiza el concepto de regulación, hacer referencia al derecho de la competencia como complemento, pues este tendrá un rol importante en el mercado, al tratar de impedir privilegios o tratos diferenciados para algunos operadores de telecomunicaciones por parte de los poderes públicos o de un regulador que no ejerza de manera eficaz sus competencias frente a operadores con posición con mayor peso en el mercado o en un segmento.

Por lo anterior, será necesario una regulación congruente con el derecho de la competencia, sin desregular y sin trasladar el poder público al mercado⁵³. La función de la autoridad de regulación, que ejerce una actividad administrativa, debe ser buscar una distribución equitativa de recursos.

En este orden de ideas, la regulación económica debe tener como objetivo tratar de prever y evitar comportamientos contrarios a la libre competencia desde una perspectiva *ex ante*. La regulación, en un mercado debe hacer siempre su aparición ante la inexistencia, los fallos o los fracasos del mercado⁵⁴.

normas en cuestión. Y la autorregulación resolutoria, concierne a la resolución de conflictos o a la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimiento de las normas de autorregulación.

⁵³ CUBERO MARCOS, José Ignacio. Regulación, Iniciativa Pública Económica Libre Competencia: Hacia Un Modelo Sin Inmunidades. En: Revista de la Administración Pública, 2011, No 184. Págs. 122 - 123

⁵⁴ *Ibidem.*, Pág.123

Se afirma que la regulación sectorial debe actuar *ex ante*, con el fin de prevenir los posibles problemas de competencia que se puedan producir en el mercado⁵⁵. Exigir la regulación del mercado, desde el conocimiento del mismo, es el enfoque de las nuevas directivas de la Unión Europea. Ahora bien, el derecho de la competencia busca reprimir la ejecución de acciones anticompetitivas, con la penalización respectiva. En suma, se genera una tensión para el regulador, pues deberá aplicar una metodología *ex post*, a una situación *ex-ante* para proceder a imponer una medida.

El regulador deberá recorrer varios pasos para efectuar la tarea,⁵⁶ entre los cuales tenemos: la identificación de (posibles) mercados de referencia, la definición del mercado relevante (dimensión de producto), el análisis de la posible ausencia de competencia efectiva, la definición del mercado relevante (dimensión geográfica), el análisis de competencia efectiva, la identificación de operadores con peso significativo en el mercado (PSM) y la imposición de obligaciones asimétricas a los operadores con PSM.

1.2 La regulación según la jurisprudencia colombiana

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la función de regulación con el propósito de analizar sus fines, sus facultades y determinar su alcance.

⁵⁵ HERRERA GONZÁLEZ, Fernando. La Aplicación de Principios de Derecho de Competencia a la Regulación Sectorial de Telecomunicaciones. En: Telecomunicaciones y Audiovisual: Regulación, Competencia y Tecnología, Revista Económica. Ministerio de Industria Turismo y Comercio de España. Septiembre-Octubre 2006. No 832 ICE. Págs. 49 - 57. Fuente: http://www.revistasice.info/cachepdf/ICE_832_45-57__80A525579E456DA0B49C7C6208F5978A.pdf . (consultada 22 de febrero de 2015)

⁵⁶ *Ibidem.*, Pág. 49

Con el fin de contextualizar esta parte, es necesario tener en cuenta que las decisiones de la Corte que atañen al sector de las telecomunicaciones, y en particular a la regulación, serán analizadas bajo la vigencia de la ley de servicios públicos, Ley 142 de 1994 y las decisiones de la Corte en cuanto a la Ley de 1341 de 2009, normativa que trajo la reforma del sector de las telecomunicaciones adaptándolo al fenómeno de la convergencia, cambiando el régimen de habilitación, la planeación y gestión del espectro, y la regulación en materias determinadas como la interconexión, la numeración, el uso del espectro, y el servicio universal, entre otras⁵⁷.

La Corte Constitucional consideró la función de regulación como una forma de intervención en la economía, y consecuentemente, la enmarcó en una función administrativa, sometida al principio de jerarquía normativa. En particular se ha referido a las funciones de las comisiones de regulación de manera general, y también en particular, a las del órgano regulador de las telecomunicaciones.

Por lo que se refiere a la Ley 142 de 1994, la Corte consideró la regulación de los servicios públicos domiciliarios a la luz de las normas superiores y de la ley, como *“una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias”*⁵⁸.

En este sentido, a continuación se hace referencia a las sentencias relevantes sobre la regulación, la naturaleza de las decisiones del órgano regulador, su origen, la facultad normativa y su alcance, entre otros. Se trata entonces de

⁵⁷ En cuanto a la ley de servicios públicos, periodo 1997-2003, y sobre la ley de TIC del 2010 al 2013.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

los siguientes cuatro fallos: C-066 de 1997, C-444 de 1998, C-1162 de 2000 y C-150 de 2003.

La Sentencia C-066 de 1997⁵⁹ declaró exequibles las funciones asignadas a las comisiones de regulación por los artículos 31 y 35 de la Ley 142 de 1994⁶⁰.

Por la importancia del régimen de los actos y contratos de las empresas que prestan servicios públicos, estas normas plasmaron la obligación de que las entidades estatales actuaran en correspondencia con el estatuto de la contratación pública, y por otra parte el deber de velar por la posibilidad de concurrencia de proveedores de bienes y servicios de empresas prestadoras de servicios públicos que tenga posición dominante en un mercado⁶¹.

La Corte afirmó que las comisiones de regulación tienen facultad para expedir normas de carácter general dentro del marco legal, igualmente señaló, que la Ley 142 de 1994 otorgó facultad a las comisiones de regulación para proteger

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-066 del 11 de febrero de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz

⁶⁰ Para mayor ilustración:

Artículo 31. Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

"Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Artículo 35. Deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas. Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.

⁶¹ Una realidad entre los operadores entrantes y los operadores incumbentes o establecidos, en un mercado que para la época estaba dando sus primeros pasos en un modelo de gestión en competencia.

los intereses públicos en los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Las anteriores no corresponden a las funciones del Presidente de la República relacionadas con el señalamiento de políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos, del artículo 370 C.P.

En suma, las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, y por otra parte, tendrán la facultad de exigir que se celebre licitación pública para asegurar la posibilidad de concurrencia de oferentes. En ese orden de ideas, la Corte reconoció que las competencias atribuidas a las comisiones de regulación son atribuidas directamente por ley, y además, que la potestad de reglamentación de estas autoridades queda limitada a la determinación de condiciones de carácter técnico operativo.

Por último la Corte enfatizó en que la Constitución Política no prohíbe que las comisiones de regulación dicten normas de carácter general y que esta facultad como ya se dijo, deriva de la ley⁶².

A su turno, en la Sentencia C-444 de 1998, se declararon exequibles las funciones asignadas a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por los literales c) y d) del numeral 74.3 y por el artículo 74 de la Ley 142 de 1994⁶³.

⁶² Los artículos 365 y 367 de la Constitución Política consagran a los servicios públicos en general, y a los domiciliarios en particular.

⁶³ Para mayor información: *Artículo 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación. Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes : 74.3 De la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones: c) Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado; así mismo, fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta Ley. (...) d) Reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión.*

En este caso, la Corte consideró que el Legislador puede atribuir competencias directamente a las comisiones de regulación, como ya lo había afirmado anteriormente en el fallo citado de 1997. Así mismo, expresó que las funciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), de establecer requisitos generales para el uso de redes de telefonía básica de larga distancia (TPBCLD) y de reglamentar la concesión de licencias para estos servicios, estaban acordes a la Constitución Política⁶⁴. Lo anterior, sin perjuicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República⁶⁵.

Para la Corte es claro, primero, que el Legislador sí puede asignar funciones a las comisiones de regulación, las cuales califica como funciones especiales de carácter técnico y operativo, y también, que las mismas se justifican por razones de eficiencia y efectividad de los servicios públicos. Además, las comisiones son organismos especiales que tienen un conocimiento especializado de su respectivo sector, en este caso, de las telecomunicaciones.

Sin embargo, esta Corporación hace énfasis en que las comisiones no pueden invadir la órbita de competencia del Legislador, en dos temas especialmente, por una parte, en la definición del régimen legal de los servicios públicos domiciliarios, y por otra, en la fijación de políticas generales de administración y control de eficacia de los servicios públicos domiciliarios, lo cual corresponde al Presidente de la República.

⁶⁴ Además, la Corte afirma que solo el Legislador determina quién puede prestar el servicio público, y que el regulador tiene una competencia que reviste un carácter administrativo, como función especial para señalar las condiciones que deben primar para la concesión de las licencias de los operadores.

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 444 del 26 de agosto de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara. Esta sentencia, reitera el planteamiento de la sentencia C- 066 de 1997, en cuanto a las facultades otorgadas directamente por la ley a las comisiones de regulación y que no requieren delegación presidencial.

Específicamente la Corte, respecto a la función de la CRT para "*fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta ley*", consideró que corresponde al desarrollo de una materia técnica, operativa, para precisar el valor del acceso y de la interconexión legalmente autorizados a esas redes, aspecto que la Corte destaca como uno de los casos susceptibles de delegación en los términos de la ley, y que debe estar sujeto a la reglamentación que sobre la materia realice el Presidente de la República⁶⁶.

En resumen, en los fallos anteriores, la Corte declara, en relación con la CRT, que las competencias a ella atribuidas, respecto a la expedición de normas generales, que afectan el contenido de los contratos de las empresas de servicios públicos⁶⁷, y la posibilidad de fijar requisitos generales a los operadores de servicios públicos, respetan el marco constitucional referido a estas autoridades administrativas.

Por otra parte, la sentencia C-1162 de 2000⁶⁸ también se refirió a las funciones de regulación como desarrollo de la función de señalamiento de políticas generales, delegada del Presidente de la República y consagrada en el artículo 370 de la C.P.

La Corte manifestó que el artículo 69 de la Ley 142 de 1994, sobre la organización y naturaleza de las comisiones de regulación, es acorde a la Constitución Política, con la condición de ser interpretado en conjunto con el artículo 14, numeral 18 de la misma ley, que definió el concepto de *Regulación de los servicios públicos domiciliarios*, como "*la facultad de dictar normas de*

⁶⁶ El Presidente de la República tiene la potestad reglamentaria, por una parte, en ejercicio de su potestad constitucional del artículo 370, o del artículo 189 numeral 11.

⁶⁷ E.S.P

⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta Ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos". Lo anterior, en el entendido de que la competencia reguladora asignada a las comisiones de regulación, debe circunscribirse a esos asuntos relacionados con la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, según el artículo 370 de la C.P.

Para la Corte, las comisiones de regulación no pueden asumir una función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales, como tampoco pueden dejar de lado su sometimiento a la ley y a las disposiciones gubernamentales, es decir, a los reglamentos y a las directrices que fije el Gobierno. Siendo así, la función de regulación de los servicios públicos domiciliarios, no implica la asunción de competencias legislativas o reglamentarias, pero sí involucra establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que ya no están los monopolios estatales, y cuyos principales fines son asegurar la prestación eficiente de los servicios y la libre competencia.

La Corte declaró la exequibilidad condicionada de la norma⁶⁹, para lo cual enfatizó en que la función de regulación no es función legislativa, y en que dicha norma no atribuye la facultad de crear normas de forma paralela a la ley, ni está dada a cubrir vacíos, ni sustituye a la ley ni a la potestad reglamentaria, la cual es exclusiva del Presidente de la República.

En el año 2003, la Corte Constitucional hizo varias consideraciones en la Sentencia C-150⁷⁰, a propósito de las normas demandadas de la Ley 142 de

⁶⁹ Artículo 14 numeral 18 de la Ley 142 de 1994.

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003. M.P. Manuel José Cepeda

1994⁷¹. Esta Corporación abordó la función de regulación, como función estatal en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, dentro de los cuales se destacan varios elementos, por una parte, la Corte definió el concepto de regulación, enmarcándolo en un concepto específico que corresponde a una actividad continua de seguimiento de la evolución del sector y de la concurrencia de por lo menos dos ramas del poder público. Así mismo, destacó las características tanto de la independencia legal como de los organismos autónomos, apartándose de los criterios del fallo C-1162 de 2000, pues afirmó que el Órgano Regulador debe tener un mayor grado de independencia que el de otras entidades y que no debe ser sujeto de controles jerárquicos ni de tutela, lógicamente sin desconocer los controles de tipo judicial, ejecutivo, y político ante el Congreso⁷².

Por otra parte, en cuanto a la definición de regulación, subrayó varios aspectos, entre estos, que corresponde a una actividad continua, de observación y seguimiento de la evolución de un sector, en la cual se adoptan decisiones para orientar la dinámica del mismo, claro está, según los fines previstos.

Respecto a las finalidades de la regulación, la Corte estableció que pueden agruparse en dos clases, fines sociales y fines económicos. Los primeros corresponden a aquellos que el mercado por sí mismo no alcanza a satisfacer; y los económicos, que buscan que ese mercado funcione en beneficio de todos. En ese orden de ideas, afirmó la Corte que la regulación como

⁷¹ La Corte aborda en el citado fallo los siguientes temas: por una parte, la función estatal de regulación del mercado en un Estado social y democrático de derecho en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, luego, se refiere a las normas sobre tarifas y finaliza analizando las normas que exigen a las empresas prestadoras la suspensión de servicios públicos domiciliarios por falta de pago por el suscriptor o usuario.

⁷² La Corte toma estas ideas del derecho comparado y da un giro a su postura pues en particular considera que mantener la tesis de una función de regulación delegada del presidente podría revocar las decisiones de estos organismos.

mecanismo de intervención en un Estado social y democrático de derecho, debe garantizar la efectividad de los principios sociales⁷³ y el funcionamiento del mercado, a tal punto de corregir las fallas del mercado.

En este fallo, la Corte, a propósito de la regulación del mercado y su corrección, manifestó que el Estado debe proporcionar respuestas rápidas a las necesidades de los sectores, y de esta manera, la facultad de dictar normas sin carácter legislativo por parte del regulador, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su eficiencia; ciertamente, dentro del marco de la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales⁷⁴, mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia.

De acuerdo con los pronunciamientos de la Corte, se puede determinar que la función de regulación incorpora la facultad normativa subordinada a normas de superior jerarquía, como lo son, la Constitución, la ley y el reglamento. Así mismo, las competencias del regulador, como lo sería la CRC en el sector de las telecomunicaciones, tienen limitaciones a un campo específico, a un ámbito técnico y especializado.

⁷³ La Corte entre sus consideraciones, trae a colación ejemplos concretos de las manifestaciones del principio fundamental del Estado social de derecho: “los mandatos generales dirigidos a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados (art. 13 inc. segundo de la C.P.); proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (art. 13 inc. tercero de la C.P.); proteger a la mujer embarazada, a la mujer cabeza de familia, a la niñez, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad, a los discapacitados, a los pensionados y a los enfermos (arts. 43 a 49 de la C.P.); apoyar a los desempleados (art. 54 de la C.P.) y promover el pleno empleo así como el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de menores ingresos (art. 334, inc. segundo de la C.P.); y, en general, dar prioridad sobre cualquier otra asignación al gasto social para la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales (art. 366 de la C.P.).

⁷⁴ La Corte afirma que nada impediría que la función de regulación, o su complemento, pudiera ser también asumida por el Presidente de la República, según lo defina el Legislador, o en el espacio delimitado en el que pueda ejercer su potestad reglamentaria.

Por lo que se refiere a las decisiones de la Corte luego de la expedición de la Ley 1341 de 2009, es importante tener presente que para la época en la cual se expidió la ley de TIC, existía la Comisión Nacional de Televisión, como organismo rector del servicio público de televisión, de creación constitucional⁷⁵.

Por ese motivo, en su momento, algunos de los artículos que otorgaban funciones a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones fueron demandados por considerar que estas facultades invadían la órbita de esa autoridad.

En concreto, la Corte ha proferido cuatro fallos sobre la constitucionalidad de la Ley 1341 de 2009, que corresponden a las sentencias C-403 de 2010⁷⁶, C-570 de 2010⁷⁷, C-186 de 2011⁷⁸, y C-555 de 2013⁷⁹. A continuación se resumen las normas demandadas y las decisiones de la Corte:

En la Sentencia C-403 de 2009, las normas demandadas correspondían a la forma de adjudicación del espectro radioeléctrico⁸⁰, a las calidades para ser

⁷⁵ El Acto legislativo No 2 de 2011 desconstitucionalizó a la CNTV, y a partir de allí se expidió la Ley 1507 de 2012, que creó la nueva autoridad nacional de televisión de carácter legal.

⁷⁶ M.P. María Victoria Calle.

⁷⁷ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷⁸ M.P. Humberto Sierra Porto.

⁷⁹ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸⁰ Sobre el ERE, la Corte declaró inexecutable todas las expresiones que permitían la asignación directa de este recurso, salvo la hipótesis que contemplaba la continuidad del servicio, declarándola executable, bajo la condición de la entidad a cargo de realizar un proceso de selección objetiva a la brevedad posible. La Corte consideró que establecer la posibilidad de la asignación directa de este recurso escaso afectaba el derecho a la igualdad, e incrementaba el riesgo de concentración de los medios de comunicación y la posibilidad de la ocurrencia de prácticas monopolistas. Fueron declaradas inexecutables las hipótesis relacionadas con el nivel de ocupación de la banda, la suficiencia del recurso, la ampliación de la cobertura, y cuando prime el interés general. Artículos demandados: 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009.

comisionados de la CRC y director de la ANE⁸¹, a la facultad otorgada a la Comisión para regular el acceso y uso de las redes de televisión, salvo las radiodifundidas⁸², la naturaleza de la contraprestación de los PRST⁸³, y el régimen de transición por el cambio normativo⁸⁴.

La Sentencia C-570 de 2010, se refiere a dos temas puntuales ante la cosa juzgada constitucional sobre el espectro radioeléctrico (ERE) y el servicio de televisión, por una parte, respecto del artículo demandado que establecía las reglas para la asignación directa del ERE, la Corte declaró inexequibles todas las hipótesis, menos la de la continuidad del servicio; y por otra parte, respecto de la función otorgada a la CRC para regular las redes relacionadas con el servicio de televisión, salvo las de televisión radiodifundida, determinó que la CRC no puede invadir el ámbito de competencia de la CNTV. Este último es un tema hoy ya superado, porque la Ley 1507 de 2012 le otorgó dichas funciones a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, como ya se había comentado.

Sin embargo es necesario recalcar que esta Ley, por medio de la cual se establece la distribución de competencias entre las entidades del Estado en

⁸¹ La Corte afirmó que no era discriminatorio exigir estos requisitos académicos, por considerarlos razonables y justificados por el carácter técnico del cargo y la finalidad de garantizar intereses superiores. Artículos demandados: 20 y 28 de la Ley 1341 de 2009. La Corte los declaró exequibles.

⁸² La Corte declaró inexequible la expresión radiodifundida y condicionada la exequibilidad del artículo 22 numeral 4 en el entendido que en los casos en que una misma red sirva para la prestación de varios servicios de telecomunicaciones, la competencia de cada una de las entidades reguladoras se referirá solo al servicio y a la tecnología que legalmente se le haya asignado. La Corte hace esta afirmación por considerar que el órgano que rige el servicio de televisión es la CNTV y no podría la Comisión de Regulación de Comunicaciones invadir el ámbito de sus competencias. Hoy la CRC tiene competencia para regular las redes de telecomunicaciones y de televisión, según lo dispuesto en la Ley 1507 de 2012.

⁸³ La Corte se declaró inhibida. Sin embargo afirmó que la contraprestación no es un impuesto, tasa, ni contribución, que es un precio público. Artículo demandado: 36 de la Ley 1341 de 2009. La Corte lo declaró exequible.

⁸⁴ La Corte consideró que la norma respeta el acceso de los operadores establecidos, que no introduce tratamientos distintos para situaciones iguales que no se vulnera el derecho a la igualdad y el derecho a la libre competencia. Artículo demandado: 68 de la Ley 1341 de 2009. La Corte declaró exequible la norma.

materia de televisión, entregó a la CRC varias funciones en materia de regulación de este servicio. De manera que la CRC quedó facultada para establecer la clasificación y determinar los criterios de esta⁸⁵, con el fin de que tenga en cuenta los avances tecnológicos y el desarrollo de los servicios.

En consecuencia, la CRC, respecto a la clasificación del servicio en función de los usuarios de la televisión abierta, puede regular que determinados programas se destinen únicamente a determinados usuarios⁸⁶. Así mismo, le corresponde clasificar las distintas modalidades del servicio público de televisión, y regular las condiciones de operación y explotación del mismo, salvo lo relacionado con la reglamentación contractual de cubrimientos, encadenamientos y expansión progresiva del área asignada, y de los aspectos relacionados con la regulación de franjas y contenido de la programación, publicidad y comercialización, que corresponderán a la ANTV⁸⁷.

La CRC tendrá la función de establecer prohibiciones para aquellas conductas en que incurran las personas que atenten contra la competencia, el régimen de inhabilidades y los derechos de los televidentes, y deja el tema en manos de la ANTV cuando las conductas atenten contra el pluralismo informativo⁸⁸.

Para terminar, también fue atacada la facultad de la Comisión para resolver los recursos de apelación contra actos de cualquier autoridad que se refieran

⁸⁵ Los criterios que tiene la Ley 182 de 1995 corresponden a la tecnología principal de transmisión utilizada, los usuarios del servicio, la orientación general de la programación emitida y los niveles de cubrimiento del servicio.

⁸⁶ Artículo 20 literal a) de la Ley 182 de 1995.

⁸⁷ Artículo 5 literal c) de la Ley 182 de 1995.

⁸⁸ El contenido de la Ley 1507 de 2012 ha generado dudas, pues en este caso en particular no se ve a un Órgano Regulador como la Comisión estableciendo prohibiciones sobre conductas en que incurran los PRST que atenten contra la competencia por medio de actos administrativos. En general, en el reparto de funciones entre las diferentes entidades como la Comisión, la SIC, la ANE se percibe ambigüedad, como ejemplo se trae a colación el mandato para todas las entidades involucradas en el marco de sus competencias otorgarles funciones en materia de política pública.

a la construcción, instalación u operación de redes de telecomunicaciones. Al respecto, la Corte afirmó que esta facultad estaba restringida a la CRC para aquellos actos que expida cualquier autoridad del sector de las telecomunicaciones, sin extenderlos a los actos proferidos por la CNTV por tratarse de un organismo autónomo e independiente, sin sujeción al control de tutela administrativa, situación que como ya se había comentado, hoy está superada, al convertirse la Comisión en el regulador del servicio de televisión en lo que atañe a la infraestructura para su prestación.

Sobre la Sentencia C-186 de 2011, nos referiremos más adelante, teniendo en cuenta que la norma demandada corresponde a la facultad de la CRC de solución de controversias, tema central de esta investigación. Sin embargo, es necesario recalcar que en la fecha en la cual se profirió este fallo por la Corte, no se conocía la decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en contra de la República de Colombia y el Consejo de Estado, interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, por medio de la Acción de Incumplimiento,⁸⁹ y por lo tanto no se habían desatado el cúmulo de sentencias, laudos e interpretaciones prejudiciales que vinieron del 2012 a la fecha y en los cuales, uno de los temas de mayor importancia es la facultad de la Comisión de dirimir conflictos.

Por último, la decisión C-555 de 2013, directamente relacionada con la reversión de los bienes afectos al servicio de telecomunicaciones y la devolución de las frecuencias radioeléctricas, en la cual la Corte declaró la exequibilidad del artículo 4 de la Ley 422 de 1998⁹⁰ y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009⁹¹. La Corte condicionó su decisión a la

⁸⁹ Artículo 23 al 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

⁹⁰ Esta ley definió que en los contratos de concesión de TMC solamente se revertirá al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas, y no se refirió a los contratos vigentes.

⁹¹ Esta ley estableció que los contratos de concesión de TMC vigentes a la expedición de esta norma solamente se revertirá al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas.

interpretación de que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de la Ley 422 de 1998, se debe respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas, y afirmó que sólo revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas y excluyó los demás elementos y bienes directamente afectados a la prestación del servicio⁹².

2. El órgano de regulación de las telecomunicaciones en Colombia: sus antecedentes históricos y su consagración legal en Colombia

Es coherente con el nuevo sistema de mercado que la administración en vez de gestionar, debe ejercer una función de regulación⁹³. La necesidad de proteger el interés general, por medio de la imposición de obligaciones a los actores, y la importancia del buen funcionamiento del mercado, requiere de un organismo que lo conozca, y dentro del cual ejerza sus competencias.

Por ese motivo, es necesario referirnos a aquellas unidades estatales cuya función se centra en el seguimiento de un sector donde la actividad económica tiene implícitos intereses superiores que son parte de los principios que rigen un Estado de Derecho.

⁹² En este caso se encuentran los operadores COMCEL y Movistar quienes firmaron sus primeros contratos de concesión en 1994 y en los cuales se pactó la devolución de los bienes afectos al servicio. Actualmente está en curso un tribunal de arbitramento para resolver este conflicto entre el MINTIC y los operadores para determinar el valor de los bienes afectos al servicio, que fueron adquiridos, construidos e instalados para la época y de esta manera entregar al MINTIC las sumas correspondientes, pues nada haría esta entidad con un cúmulo de elementos que además se encuentran depreciados. A la fecha en la cual culmina esta investigación, se encuentra en discusión esta temática por “protección de la inversión de los operadores”. (31 de mayo de 2017).

⁹³ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Claves del Nuevo Derecho Administrativo Económico. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 135, Julio - Septiembre 2007. Págs. 421 - 434. Así mismo, también afirma: *La otra cara de esta moneda de la liberalización es, del lado público, la regulación.*

Como antecedente, el modelo norteamericano de regulación de la economía y de las actividades de interés público, ha sido influenciado por los modelos jurídicos anglosajón y de Europa Continental, que luego del crecimiento del sector público, se trasplantó a los mercados europeos, que aunque en su momento optaron por la titularidad pública del servicio público, hoy recorren caminos de liberalización y privatización⁹⁴.

La Comisión de Comercio Interestatal en Estados Unidos, que nació antes de la crisis de 1930 como organismo supervisor de la actividad económica ferroviaria, emerge a raíz de la necesidad de tomar medidas sobre los precios y tarifas de las compañías de dicho sector. Este organismo, que se considera como uno de los antecedentes de las agencias reguladoras, dentro de sus facultades, determinaba y definía derechos y obligaciones de los particulares y de las empresas por medio de normas o mediante decisiones singulares.

Al respecto, se destaca que las agencias reguladoras como desarrollo de una fórmula institucional, tuvieron resistencia por considerarse que iban en contra del modelo constitucional de división de poderes, y que podrían configurar un cuarto poder. Sin embargo, en esta crítica se hace mención de una función genérica de regulación, que incluye dictar normas, proferir decisiones unilaterales, como por ejemplo, expedir licencias y fijar tarifas, y por otra parte, corresponde además a un poder cuasi judicial por el cual se resuelven conflictos, y también se imponen sanciones⁹⁵.

⁹⁴ ESTEVE PARDO, José. La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago y ESTEVE PARDO, José (Directores). Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación, Madrid: IUSTEL, 2009. Págs. 293 - 347.

⁹⁵ Avezuela Cárcel sobre las agencias como un *cuarto poder* afirmó: *Tras una intrépida industrialización en el último tercio del siglo XIX (la denominada “época dorada”), comenzó un progresivo crecimiento de la Administración federal, surgiendo, a principios del siglo XX, una enorme cascada de agencias. Nace así un cuarto poder, el “poder administrativo”, y con ello la gran dicotomía entre política y Administración, entre poder ejecutivo y poder administrativo, celosamente defendida en estas primeras andadas del Derecho Administrativo: la Administración debe ser neutral, apolítica y*

Sin embargo, el problema de esta nueva fórmula institucional no era realmente la división de los poderes sino, que surge la cuestión del *poder concentrado de las industrias que debería ser regulado por el poder público concentrado*⁹⁶.

Existen ámbitos de la regulación, como son la regulación económica y la regulación de riesgos, la primera, referente a sectores industriales, en especial, a las *public utilities* que cubren necesidades colectivas; y la segunda, tiene que ver con sectores como la salud y el medio ambiente. Las dos tienen elementos comunes, que van más allá de la ley, como lo son, un componente de experticia y de discrecionalidad técnica, que no pueden ser abordados exclusivamente desde el sistema jurídico⁹⁷.

Respecto de la ubicación del regulador como una agencia administrativa dentro de la estructura orgánica estatal, algunos doctrinantes la consideran como violatoria de la articulación de poderes del Estado, *separation of powers*. En el caso de los Estados Unidos, la inclusión del regulador no está consagrada expresamente en su Constitución, sin embargo de allí proviene esta estructura⁹⁸.

debe ejercerse por expertos, a diferencia de la política que se ejerce por los elegidos y, precisamente por ello, el poder ejecutivo reside en manos del Presidente que los Estados Unidos popularmente han elegido. AVEZUELA CÁRCEL, Jesús. Agencias. El Ejemplo Norteamericano. En: Revista Fundación Ciudadanía y Valores. Serrano 27. 28001, Madrid. Disponible en: www.funciva.org

⁹⁶ ESTEVE PARDO, Ob. Cit. cita a B. Schwartz Administrative Law, 2 edición Boston y Toronto, 1984, Pág. 21

⁹⁷ ESTEVE PARDO, José. Ob. cit. Págs. 306 a 307. En palabras de Pardo para dar el ejemplo que la regulación se sirve de otras disciplinas, él afirma que la regulación económica se sirve de la Economía, y en el caso de la regulación de riesgos las referencias se buscan en la ciencia y sus relaciones con el sistema jurídico.

⁹⁸ MORENO MOLINA, Ángel Manuel. La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1995. Págs. 119 - 136.

En Estados Unidos, desde la Constitución Política de 1787, se previó la creación de un sistema de controles y contrapesos, *checks and balances*, con la separación de poderes, entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Un ejemplo de ello, es que la Corte Suprema puede dejar de aplicar una ley que fue hecha por el Congreso y sancionada por el Presidente, por considerarla violatoria de una norma superior. Sin embargo, la Constitución Política no adoptó una cláusula expresa de separación de poderes, como lo menciona Moreno Molina, sino que determinó que todos los poderes legislativos cedidos en la Constitución quedaban conferidos al Parlamento de los Estados Unidos, compuesto por el Senado y por la Cámara de Representantes, y por otra parte, estableció que los poderes ejecutivos quedaban conferidos al Presidente de los Estados Unidos, y que el poder judicial quedaba conferido al Tribunal Supremo y a los Tribunales Inferiores que el Parlamento estableciera⁹⁹.

La separación de poderes, como principio democrático, resalta la autonomía de las autoridades, sin embargo, no es absoluta, pues son necesarias fórmulas de control y colaboración entre ellos¹⁰⁰.

En el mismo sentido, hay quienes consideran que los fines de la actividad administrativa, en el marco de la división de poderes, implican que la Administración es la encargada de la expedición de un gran número de normas de carácter general y de actos dirigidos a aplicar las normas a casos concretos y, a su turno, que el poder legislativo y judicial se circunscriben a la expedición de legislación formal y la administración de justicia ordinaria¹⁰¹, respectivamente.

⁹⁹ *Ibidem.*, Pág. 125

¹⁰⁰ De la obra “El Espíritu de las Leyes” de Montesquieu. 1748, Libro IX, Capítulo IV. Montesquieu consideraba que el poder frena al poder.

¹⁰¹ JORDANA DE POZAS, Luis. El Problema de los Fines de la Actividad Administrativa. *En*: Revista de la Administración Pública, 1951, No 4. Págs. 11 - 28. Jordana fue presidente del Consejo de Estado en España, en mitad del siglo pasado.

El regulador como parte del ejecutivo, según afirma Jordana, debería ser un ente con fines especiales y, preferiblemente, dotado de personalidad jurídica con su propia fuente de energía¹⁰², de tal manera que no pueda ser objeto de manipulación por parte de otros entes.

Otra mirada sobre los Entes Administrativos Reguladores Independientes (EARI), como Herrera Guerra también los denomina¹⁰³, nos permite ver que son considerados desde su diseño, como organismos para satisfacer el bien común a través del servicio, sobre lo cual el autor evidencia que existe la creencia de que con este tipo de organizaciones se supera la antigua división entre administración y política, aunado a ello, también señala que se considera que a estos sujetos se les transfería potestades legislativas y cuasi jurisdiccionales, con autoridad suficiente para solucionar cualquier polémica acerca del interés general. Sin embargo, el autor sostiene que la creación de estos entes y sus facultades, para concretar el interés general a nivel reglamentario, no es suficiente, puesto que la realidad muestra las insuficiencias del diseño institucional, ya que es indispensable el componente

¹⁰² JORDANA DE POZAS. *Ibídem*. El autor afirma: “La meta perseguida consiste en llegar a un Estado en el que el gran número de las facultades de intervención que hoy ejercen los órganos administrativos pase a las comunidades territoriales o sindicales y a las instituciones de fines especiales. La gran dificultad dimana de que esa pléyade de entes desaparecieron o quedaron enfermos de un raquitismo constitucional después del huracán individualista. Se han realizado esfuerzos considerables para reanimar los existentes y crear,” a imitación de los procesos naturales, entes dotados de personalidad, con la esperanza de que la vida surgiera en su seno y los convirtiera de meras creaciones artificiosas del Legislador en seres con íntima y propia fuente de energía. Muchas veces, el empeño fracasa, y las entidades así nacidas acaban por extinguirse o se convierten en muñecos administrativos, copia deformada de las Administraciones estatales, con todos sus defectos y sin otra savia que la que reciben del árbol estatal.”

¹⁰³ HERRERA GUERRA, Carlos A. Entes Administrativos Reguladores Independientes y Credibilidad Institucional. Ineficiencia y Peligros para la Democracia Latinoamericana Advertidos desde el Sistema Norteamericano que los creó. *En*: Revista de la Administración Pública, 2010, No 181. Págs. 375 - 404.

político en toda decisión pública, si es que se quiere que al ser aplicadas sean eficientes y eficaces¹⁰⁴.

En el mismo sentido, algunos doctrinantes consideran que la transferencia de potestades por parte del legislativo al regulador, como ente administrativo independiente, que lo facultan para resolver conflictos sobre el interés general puede traer consecuencias negativas, puesto que, por una parte, se deja lado el espacio en el cual confluyen todos los intereses, y por otra, el Congreso posiblemente asuma una actitud distante sobre los aspectos que se deriven del actuar de la regulación¹⁰⁵ y no cuestione ni supervise el resultado de la intervención de estas autoridades administrativas en la solución del conflicto¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Herrera afirma: *La advertencia de Joseph Stiglich respecto a que la gente más preparada es la más propensa a cometer estupideces parece verificarse en las EARI latinoamericanas donde la ausencia de procesos democráticos participativos en la toma de decisiones colectivas ha aislado a sus directores de las aspiraciones colectivas que la regulación está llamada a concretar.*

¹⁰⁵ Al respecto de la distancia del juez con los objetivos de la regulación, Ospina Garzón expresó “l’efficacité de la régulation exige parfois de s’intéresser à des litiges concrets qui traditionnellement échappaient au domaine d’action des autorités administratives et qui étaient confiés à un juge tant impartial que, parfois, indifférent à l’égard des objectifs de l’intervention administrative. Cela implique de considérer la régulation comme une nouvelle forme d’action administrative, mélangeant différents instruments pour une même fin” “La eficacia de la regulación a veces requiere centrarse en los conflictos concretos que tradicionalmente quedaban fuera del ámbito de acción de las autoridades administrativas y que se confiaron a un juez imparcial que, a veces, era indiferente a los objetivos de la intervención administrativa. Esto implica considerar la regulación como una nueva forma de la acción administrativa, la mezcla de diferentes instrumentos para el mismo fin” (traducción libre) OSPINA GARZÓN, Andrés. *L’activité contentieuse de l’administration en droit français et colombien*. París, 2012, 918 h. Tesis doctoral (Doctor en Derecho). Université Panthéon-Assas, Universidad Externado de Colombia. Pág. 846. Disponible en línea: <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/b9a92fef-d53b-432c-baa7-791bc01f27b9>.

¹⁰⁶ HERRERA GUERRA. Ob. Cit. Pág. 399. Para mayor ilustración se transcribe la crítica de Herrera, sobre el poder otorgado a las agencias: “El empoderamiento de estas agencias, por un lado, ha abierto la posibilidad del abuso de las potestades confiadas en ellas, que en el caso latinoamericano han devenido en cuasi poderes subjetivos o de mando, dado los difusos fines públicos a los que deben servir los EARI..., en tanto se les considera una suerte de redentores de la ineficiencia estructural de sus administraciones y, por otro lado, han generado desconfianza y desacuerdo de aquellos hacia quienes el poder coercitivo es dirigido pues la regulación, conversamente, negativamente, afecta ponderosos intereses sociales y económicos, lo cual hace mucho más controversial la consecución de efectividad en sus operaciones. Bien precisa NAKAMURA cuando dice que el problema político con la regulación no es tanto su coercitividad sino que esa coerción es dirigida hacia elementos de la sociedad con voz política propia y que, por lo tanto, es fácilmente maleable en favor de esos intereses (NAKAMURA, 2003)”. Herrera trae un aparte del artículo de Luis de la Morena, sobre «Los fines de interés público como

Como antecedente de las autoridades independientes de los Estados Unidos, cuyo origen histórico se remonta a la crisis de la década de los años 30 del siglo pasado, encontramos en el New Deal un instrumento que reactivó la economía y donde las agencias jugaron un papel determinante, a pesar de que su naturaleza fue criticada por algunos doctrinantes, quienes manifestaban que estas concentraban los tres poderes, que constitucionalmente deberían ser administrados separadamente¹⁰⁷.

En ese sentido, sobre el concepto de regulación, el autor español José Carlos Laguna¹⁰⁸ considera que sus atribuciones implican legislar, administrar y juzgar, en relación con la actividad objeto de intervención. Así mismo, hace una reflexión sobre los límites de la actividad y concluye que *“las atribuciones en que se desglosa la función de regulación son tan variadas que no se corresponden exactamente con ninguna de las funciones públicas tradicionales de legislar, administrar o juzgar, sino que las implica a todas y supone un continuo análisis de las situaciones y creación de orientaciones, manteniendo una gran proximidad a la actividad regulada”*. Por otro lado, algunos doctrinantes consideran que la regulación comporta poderes de ordenación del mercado, supervisión, resolución de controversias y poder sancionador¹⁰⁹.

“causa” y como “límite” de la competencia y como “medio” y “medida” de control jurídicos», de la Revista Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 1978, Madrid. Págs. 151-221.

¹⁰⁷ HERRERA, Carlos. Ob. Cit.

¹⁰⁸ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. “Regulación, Externalización de Actividades Administrativas y Autorregulación”. En: Revista de la Administración Pública, 2011, No 185. Págs. 89 - 112. Otra publicación del autor en este sentido: LAGUNA DE PAZ, Juan Carlos. Regulación Sectorial y Normas Generales de Defensa de la Competencia: Criterios de Relación. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 145, Enero – Marzo, 2010. Págs. 87 - 111.

¹⁰⁹ LAGUNA cita a MUÑOZ MACHADO en su obra *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, 2006.

El citado autor, sostiene que el concepto de regulación no se corresponde con los poderes que tienen reconocidas las autoridades administrativas sectoriales, igualmente, hace una crítica a la función de las autoridades administrativas independientes, las cuales considera limitadas a la supervisión y al ejercicio de competencias únicamente ejecutivas. Finalmente, afirma que la regulación debería reservarse para el Legislador y el Gobierno, cuya posición institucional avala la consideración de los plurales intereses que están en juego.

2.1 Las telecomunicaciones como un servicio público en Colombia. Antecedentes normativos

El catalogar a una actividad como servicio público, como lo afirma Sánchez González¹¹⁰, no corresponde a encuadrarla en una simple categoría jurídica, sino que también tiene implicaciones de naturaleza ideológica y económica, además de corresponder al título de intervención más intenso del conjunto de las formas que ofrece el derecho público.

La naturaleza del concepto de servicio público considera Atehortúa, está asociada a “las actividades o prestaciones que realiza un proveedor a terceros con el fin de satisfacer necesidades que afectan su calidad de vida individual o desarrollo de la vida colectiva”¹¹¹.

Una actividad catalogada como servicio público afirma Montaña, tiene unas implicaciones que se pueden traducir en el ejercicio de función administrativa, de potestades públicas, y la producción de actos administrativos. En particular,

¹¹⁰ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. Los Medios de Comunicación y los Sistemas Democráticos. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 1996. Págs. 23- 38.

¹¹¹ ATEHORTUA RIOS, Carlos Alberto. Servicios Públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006. Págs. 41- 42.

la vocación económica de los servicios públicos afirma este autor no desnaturaliza la función administrativa que se cumple con ellos, independientemente de que sean prestados por organismos públicos o por privados¹¹².

En el caso de las telecomunicaciones como actividad liberalizada en nuestro país se mantienen dentro de la dimensión pública, son un servicio público y cumplen finalidades públicas inherentes a los fines del Estado¹¹³.

La Constitución Política consagró los servicios públicos sin entrar a definir cuáles son aquellas actividades que se catalogan como tal¹¹⁴. En este sentido Montaña consideró que este marco constitucional entregó una gran responsabilidad al legislador, así mismo destacó la responsabilidad de la Corte Constitucional en la construcción jurisprudencial al interpretar la Carta.

Dicho lo anterior, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones son servicio público y dentro de la regulación en el marco constitucional y legal del sector de las telecomunicaciones, hoy se rige bajo la Ley 1341 de 2009, y tiene como antecedentes a la Ley 142 de 1994, al Decreto-Ley 1900 de 1990 y a la Ley 72 de 1989.

En particular esta norma de 1989, definió nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios, tarea que le confió al Ministerio de Comunicaciones, quien ejercería las funciones de planeación, regulación y control de todos los servicios de dicho sector.

¹¹² MONTAÑA PLATA, Alberto. El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2008. Págs. 217 – 218.

¹¹³ Artículo 10 de la Ley 1341 de 2009

¹¹⁴ Artículo 365 de la C.P

Así mismo, el Decreto-Ley 1900 de 1990, cuya materia principal era el ordenamiento general de las telecomunicaciones y de las potestades del Estado en relación con su planeación, regulación y control, así como el régimen de derechos y deberes de los operadores y de los usuarios, consagró que esta función de regulación estaría en cabeza del Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Comunicaciones¹¹⁵.

Luego la Ley 142 de 1994, por la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios, definió cuáles serían los instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos, por medio de las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos, determinando que a través de dichas herramientas, la regulación cumpliría un papel fundamental para la prestación de los servicios públicos, teniendo en cuenta las características de cada región, la fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad, la evaluación de las mismas y la definición del régimen tarifario.

En general, la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios contempló como instrumentos para la intervención estatal, además de la regulación, la promoción y apoyo a las personas que presten servicios públicos, la gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios, el control y vigilancia del cumplimiento de las normas, planes y programas sobre la materia, la organización de sistemas de información, la capacitación y asistencia técnica, la protección de los recursos naturales, el otorgamiento de subsidios a las

¹¹⁵ Artículo 1 y 5 del Decreto-Ley 1900 de 1990. La Ministra Guerra de la Espriella afirmó: *La promulgación de la Ley 72 de 1989 y del Decreto Ley 1900 de 1990 constituyen hitos trascendentales en el desarrollo sectorial, ya que por primera vez se define integralmente la política que orienta al sector de las telecomunicaciones en Colombia. Entre los aspectos más importantes de este marco legal se encuentra la introducción del régimen de competencia, la participación privada en la provisión de los servicios públicos de telecomunicaciones, la importancia de la interconexión de las redes para facilitar el uso eficiente y la adecuada expansión del servicio en todos los rincones del país.*

personas de menores ingresos, el estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos y el acatamiento del principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios.

La Ley de Servicios Públicos Domiciliarios incluyó un Capítulo de definiciones dentro del cual contempló expresamente, el término de la regulación de los servicios públicos domiciliarios¹¹⁶, cuyo contenido corresponde a la facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de la ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por el ordenamiento.

Posteriormente, la Ley 489 de 1998, dentro del Capítulo sobre la estructura y organización de la Administración Pública, contempló a las Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica como integrantes de la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional, que correspondió a la naturaleza jurídica que se le atribuyó a las comisiones de regulación, incluyendo a la de telecomunicaciones.

Esta norma consagró que las comisiones se sujetarían, en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento, a lo dispuesto en los correspondientes actos de creación y su finalidad sería promover y garantizar la competencia entre quienes los presten. La asignación de funciones la haría la propia ley o en virtud de delegación por parte del Presidente de la República¹¹⁷.

¹¹⁶ Artículo 14.18 de la Ley 142 de 1994

¹¹⁷ Artículo 48 de la Ley 489 de 1998

Luego, la Ley 555 de 2000 reguló la prestación de los Servicios de Comunicación Personal (PCS), y dictó otras disposiciones en relación con la competencia de la Comisión de Regulación de Comunicaciones para intervenir sobre el resto de servicios de telecomunicaciones, pues inicialmente la Ley 142 de 1994 le otorgaba poder exclusivamente en relación a los servicios de telecomunicaciones domiciliarios¹¹⁸.

De esta manera la Comisión tenía a cargo promover y regular la competencia entre los operadores de los Servicios de Comunicación Personal (PCS), entre sí y con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, fijar el régimen tarifario, regular el régimen de interconexión, ordenar servidumbres en los casos que fuese necesario, así como expedir el régimen de protección al usuario y dirimir en vía administrativa los conflictos que se presenten entre los operadores de PCS, o entre estos y otros operadores de servicios de telecomunicaciones¹¹⁹. Así mismo, esta norma otorgó a la CRT, la facultad de expedir las normas que regulen la interconexión teniendo en cuenta los principios de neutralidad y acceso igual - cargo igual.

La ley de PCS también contempló que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) sería la autoridad de inspección, vigilancia y control de los regímenes de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones.

Seguidamente, después de varios intentos para promover un nuevo régimen legal para las telecomunicaciones¹²⁰, el Gobierno Nacional logró sacar

¹¹⁸ TPBCL, TPBCLD, TPBCLD.

¹¹⁹ Artículo 15 de la Ley 555 de 2000

¹²⁰ La Ministra María del Rosario Guerra hizo mención de los antecedentes de la Ley 1341 de 2009, y se refirió a que el Ministerio de Comunicaciones direccionó su política, y, trabajó en esta iniciativa desde el 2007. Para lo cual manifiesta que se llevó a cabo, retroalimentación intragubernamental y

adelante la Ley 1341 de 2009, cuya motivación fue encaminar los esfuerzos estatales a favor del desarrollo de la demanda de TIC, hacer uso eficiente de recursos como el espectro radioeléctrico, fortalecer la capacidad regulatoria del Estado y la competencia en el sector, e impulsar al sector privado para apoyar el desarrollo de las TIC. Así mismo, el nuevo estatuto de las telecomunicaciones se concentró en promover el uso de las TIC por parte de los ciudadanos, lograr una mayor penetración, cobertura y acceso a servicios de banda ancha, con el fin de brindar un apoyo fundamental para el desarrollo socioeconómico y político del país¹²¹.

Luego vino el Decreto 2870 de 2007, que se constituyó según Atehortúa “en un paso previo a la unificación del régimen de los servicios de telecomunicaciones”¹²², y como afirmó Botero¹²³ “un primer paso hacia el principio de neutralidad tecnológica” denominado Decreto de Convergencia, mediante el cual se creó el “Título Habilitante Convergente”, cuya reglamentación estaba orientada por mercados dejando atrás la regulación por servicios. Este decreto contempló que la CRT debería definir los criterios y condiciones para determinar mercados relevantes.

El estatuto actual de las telecomunicaciones, Ley 1341 de 2009, se erige en un marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las TIC, y también, como un lineamiento para la definición de las potestades del Estado, en relación con la planeación, la gestión, la

sectorial, para la estructuración de los pilares conceptuales de los proyectos de ley. Esta es la referencia: Proyecto de Ley 112/07 Cámara – 340/08 Senado.

¹²¹ Ley 1341 de 2009, exposición de motivos.

¹²² ATEHORTUARIOS, Carlos Alberto. Ley de TIC: Visión Panorámica y Régimen de Transición. En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC (Ley 1341 de 2009). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010. Págs. 1094-1095.

¹²³ BOTERO CIFUENTES, Carolina. Las Funciones de la CRC en la Nueva Ley de TIC: Un Análisis Comparado con las Funciones de la FCC En Estados Unidos. En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC (Ley 1341 de 2009). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010. Pág. 598-599.

administración adecuada y eficiente de los recursos, y en especial, su regulación, control y vigilancia. Esta norma consagró el régimen de competencia y el de la protección al usuario, así como lo relativo a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías. También, incluyó el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, siempre bajo la premisa del libre acceso sin discriminación a la sociedad de la información para los habitantes del territorio nacional.

De manera que se trata de un nuevo modelo de intervención pública, que ha ido dejando atrás a los principales instrumentos de intervención, como lo eran la gestión directa y la concesión, así pues, la regulación viene a ser una herramienta a disposición de las autoridades públicas que permite la intervención del Estado en la prestación de un servicio público, que sigue siendo de titularidad estatal, y que es prestado en forma indirecta por los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones. De forma que el Regulador posee unas facultades que se constituyen en elementos asociados a la facultad normativa, entre las que se señalan, fijar requisitos generales a los operadores y dirimir controversias.

Finalmente, la Ley de Telecomunicaciones del 2009¹²⁴, definió los principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las

¹²⁴ Entró en vigencia el 30 de julio de 2009. Salvo los siguientes artículos que empezaban a regir a partir de los seis meses siguientes a la promulgación de la Ley, es decir a partir de 30 de Enero de 2010. Lista de artículos: Artículo 10 sobre habilitación general, artículo 11 sobre acceso al ERE, artículo 12 sobre renovación permiso ERE, artículo 13 sobre contraprestación ERE, artículo 14 sobre inhabilidades e incompatibilidades, artículo 15 sobre Registro TIC, artículo 36 sobre contraprestación Fondo TIC, y artículo 68 sobre la terminación anticipada de las concesiones. En detalle, a quienes se acojan se les renovaran los permisos, reversión de frecuencias. Excepto el inciso 1 del artículo 68: *Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición, y con efectos sólo para estas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones. De ahí en adelante, a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones se les aplicará el nuevo régimen previsto en la presente ley.*

tecnologías de la información y las comunicaciones, constituyéndose como el nuevo estatuto de las telecomunicaciones, consagrando la organización del sector de las telecomunicaciones, abordando las funciones del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Agencia Nacional del Espectro, la Comisión de Regulación de Comunicaciones, y el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Tal como lo manifestó María del Rosario Guerra, Ministra de Comunicaciones para la época en la cual fue promulgada dicha ley¹²⁵:

La Ley 1341 de 2009 marca un hito en la política pública sectorial ya que a través de ella, el Estado reconoce que la promoción del acceso, uso y apropiación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el despliegue y uso eficiente de la infraestructura, el desarrollo de contenidos y aplicaciones, la protección a los usuarios, la formación de talento humano en estas tecnologías y su carácter transversal, son pilares para la consolidación de las sociedades de la información y del conocimiento, impactando en el mejoramiento de la inclusión social y de la competitividad del país, (...) Desde sus inicios, la Ley plantea que las telecomunicaciones son servicios públicos, mas no de carácter domiciliario. Con este planteamiento, el Legislador hace un reconocimiento de la evolución tecnológica sectorial, así como de la nueva dinámica de mercado en la cual la movilidad y la ubicuidad son principios fundamentales para el despliegue de redes y servicios de telecomunicaciones.

Respecto a los cambios para el sector, la entonces ministra, compartía la visión de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quién en una publicación denominada “*Regulación de los servicios públicos y de los servicios de telecomunicaciones en el contexto actual colombiano*”, mencionaba que la reforma al ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones debía contemplar:

¹²⁵ En el artículo de su autoría en la obra colectiva “*Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-TIC* publicado por la Universidad Externado de Colombia”

La importancia de un régimen único que agrupara los diferentes regímenes, definir un marco para los mecanismos de acceso a los mercados, alternativo al régimen de interconexión que facilite la reventa, el acceso desagregado al bucle, el arrendamiento mayorista de líneas, eliminar la distinción entre servicios domiciliarios y no domiciliarios y centralizar la regulación en una sola entidad. Finalmente, la Ley 1341 de 2009, definió un nuevo orden institucional convergente, claro está con la salvedad de lo concerniente al servicio de televisión.

Por su parte, el Ministerio de Comunicaciones se transformó en el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, e igualmente, se creó la Agencia Nacional del Espectro (ANE)¹²⁶, que nació sin personería jurídica, como Unidad Administrativa Especial del orden nacional, adscrita al MINTIC, con autonomía técnica, administrativa y financiera. Posteriormente, el Decreto-Ley 4169 de 2011, modificó su naturaleza jurídica, otorgándole personería jurídica y estableciendo que tendría patrimonio propio.

El objeto de la ANE fue y sigue siendo, brindar soporte técnico para la gestión, planeación y ejercicio de la vigilancia y control del espectro radioeléctrico (ERE), sin embargo, la función de asignar este recurso continúa en cabeza del MINTIC.

De otro lado, dicha agencia, en cuanto al servicio de televisión, tiene a cargo lo concerniente a la ocupación ilegal de frecuencias y el registro de frecuencias, entre otros aspectos, sin perjuicio de las funciones que sobre los servicios de televisión estén asignadas a otras entidades¹²⁷. Específicamente, el artículo 15 de la Ley 1507 de 2012, sobre la distribución de funciones en materia del espectro, otorgó expresamente la facultad de intervención estatal

¹²⁶ Artículo 25 de la Ley 1341 de 2009.

¹²⁷ Ley 1507 de 2012.

en el espectro electromagnético destinado a los servicios de televisión, a la Agencia Nacional del Espectro (ANE)¹²⁸.

Respecto del Órgano Regulador, la nueva normativa, Ley 1341 de 2009¹²⁹, transformó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), en la actual Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), entidad técnica especializada, que debe garantizar la promoción de la competencia, la innovación tecnológica, la diversificación de servicios y la adecuada protección de los derechos de los usuarios.

Ahora bien, el cambio de nombre de telecomunicaciones a comunicaciones, obedece a que a este organismo se le atribuyó la función de regular el mercado postal, con el propósito de promover la libre competencia, de manera que los usuarios se beneficien de servicios eficientes¹³⁰. Los servicios postales también son de titularidad estatal y son un servicio público, que consisten en el desarrollo de las actividades de recepción, clasificación, transporte y entrega de objetos postales a través de redes postales dentro del país, para envío hacia otros países, o para ser recibidos desde el exterior¹³¹.

Por otra parte, la Ley 1341 de 2009 desarrolló un régimen integral y general de habilitación para la prestación de los servicios por parte de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, que comprende la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes

¹²⁸ En el marco de la Ley 1341 de 2009, del Decreto-Ley 4169 de 2011, y según las funciones de los artículos 24, 26 y 27 de la Ley 182 de 1995. La asignación del espectro para el servicio de televisión, es de competencia de la Autoridad Nacional de Televisión.

¹²⁹ Comúnmente denominada Ley de TIC.

¹³⁰ Artículo 19 de la Ley 1369 de 2009

¹³¹ Para mayor ilustración: Son servicios postales, entre otros, los servicios de correo, los servicios postales de pago y los servicios de mensajería expresa. Ley 1369 de 2009, artículo 3 No 2. Son servicios postales, entre otros, los servicios de correo, los servicios postales de pago y los servicios de mensajería expresa.

de telecomunicaciones, se suministre o no al público el servicio, sin embargo, esta habilitación no incluye el derecho para el uso del espectro radioeléctrico (ERE).

Ahora bien, el régimen del ERE, su planificación, administración y gestión también hacen parte de este cuerpo normativo, que en la mayoría de aspectos está a cargo de la ANE, salvo su asignación, lo cual sigue en cabeza del MINTIC, y la asignación de las bandas de frecuencia para el servicio de televisión, en manos de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV)¹³², como ya se había mencionado.

La Ley incluye las bases para el régimen de protección de usuarios, cuya expedición le corresponde a la CRC. Así mismo, el régimen de protección de los usuarios de comunicaciones se nutre del régimen general de protección al consumidor y sus normas complementarias, en lo no previsto en aquel.

La Ley también consagra unos derechos mínimos de los usuarios, por ejemplo, la posibilidad y libertad de cambiar de proveedor, de recibir información clara, veraz, suficiente y comprobable sobre los servicios ofrecidos, su consumo y precios, conocer las condiciones pactadas a través de sistemas como *call center*, ser informados sobre los cambios de los precios o planes de precios, previamente contratados, recibir una factura, obtener respuesta efectiva a las

¹³² A la fecha, (comienzos de 2015) estaba previsto un cambio sobre la función de asignar el espectro en el proyecto de ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. En esa ocasión se propuso que se trasladaría a la ANE la función de asignar el ERE, pero solo para bandas que no sean para las Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT) por sus siglas en inglés. Así mismo, darle facultad para expedir normas relacionadas con el despliegue de antenas. Respecto al permiso para el uso del ERE el cambio propuesto es renovarse de hasta 10 años y no por el término inicial como lo contempla la Ley 1341 de 2009. El traslado de la función de asignación a la ANE no se dio.

solicitudes realizadas al proveedor, reclamar ante los proveedores de servicios por cualquier medio, cuando considere vulnerados sus derechos¹³³.

Igualmente, la ley de TIC, contempló pautas de política pública para la promoción del acceso y servicio universal, así como los mecanismos de financiación correspondientes. De forma que se incluye dentro de los principios orientadores de la Ley, la necesidad de propiciar a todo colombiano el derecho de acceso a las TIC básicas que permitan el ejercicio pleno de derechos, en especial el de la libertad de expresión, con énfasis en las personas de estratos menos favorecidos y población rural¹³⁴.

Finalmente, la Ley incluye el régimen de infracciones y sanciones¹³⁵, por el incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias, contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones, que incluye

¹³³ El artículo 53 de la Ley 1341 de 2009 también incluye los siguientes derechos de los usuarios: a conocer los indicadores de calidad y de atención al cliente o usuario registrados por el proveedor de servicios ante la CRC, a recibir protección en cuanto a su información personal, y que le sea garantizada la inviolabilidad y el secreto de las comunicaciones y protección contra la publicidad indebida, en el marco de la C.P y la ley, protección contra conductas restrictivas o abusivas, trato no discriminatorio. El usuario tiene a favor, que toda duda en la interpretación o aplicación de las normas y cláusulas contractuales dentro de la relación entre el proveedor y el usuario será decidida a favor de este último de manera que prevalezcan sus derechos. Adicionalmente, es un deber informar al usuario sobre los eventuales efectos que genera el uso de las TIC en la salud. La ley promueve instancias de participación democrática en los procesos de regulación, control y veedurías ciudadanas para concretar las garantías de cobertura, calidad y mantenimiento del servicio.

¹³⁴ El objetivo es brindar acceso y facilitar el uso de las plataformas de comunicación, en especial de internet. La política pública del actual gobierno corresponde al *Plan Vive Digital*. Se trata de un ecosistema digital, que se compone de cuatro ejes, así: infraestructura, servicios, aplicaciones y los usuarios. Este plan estaba estructurado de manera general con los siguientes proyectos: Usuarios: Apropriación de la tecnología, Generación de contenidos, Creación de tecnocentros, Programas de capacitación, Régimen de calidad y protección al usuario. Aplicaciones: Gobierno en línea, Fortalecer la Industria TI, Promover aplicaciones y contenidos digitales, Gobierno Usuario y promotor de servicio. Infraestructura: Conexiones Internacionales, Cobertura red fibra óptica, Internet Móvil Infraestructura a hogares. Servicios: Masificación de Terminales, Crear régimen convergente, Reducir carga impositiva y enfocar subsidios. Para consultar esta política pública se sugiere este link: <http://www.MINTIC.gov.co/portal/vivedigital/612/w3-channel.html>

¹³⁵ Artículos 64 y 65 de la Ley 1341 de 2009.

multas hasta por 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV)¹³⁶¹³⁷.

El MINTIC tiene, además de la facultad general de sancionar por el incumplimiento de las normas de telecomunicaciones, una particular función para imponer sanciones por las contravenciones a las normas sobre la interconexión, en concreto, por el incumplimiento de la orden de interconexión declarada en el acto administrativo de fijación de condiciones provisionales o definitivas de acceso, uso e interconexión, así como aquellos de imposición de servidumbre provisional o definitiva de acceso, uso e interconexión. Se trata de multas diarias hasta por 500 SMMLV, por cada día en que incurra en la infracción. En este sentido, la CRC tiene la facultad de imponer multas a los PRST de hasta 250 SMMLV por incumplimiento del deber de información. De igual manera serán tasadas según la gravedad de la falta y la reincidencia en su comisión.

Para finalizar, la norma tiene un régimen de transición integral, para los operadores de telecomunicaciones, hoy llamados Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST)¹³⁸, y para los usuarios, por medio

¹³⁶ El proyecto de ley del Plan Nacional de Desarrollo tenía previsto reformar el artículo de sanciones, e incluir una diferenciación de las sanciones contra la persona natural y la persona jurídica., aumentando el tope de las sanciones para las personas jurídicas hasta 100.000 SMMLV. Si la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor resulta ser mayor a los 100.000 SMMLV, la multa será hasta por el 150% de esta utilidad. Finalmente se modificó el tope de 2.000 a 15.000 SMMLV para las personas jurídicas.

¹³⁷ El acto administrativo que imponga una sanción deberá incluir la valoración de los criterios para su definición, como la gravedad de la falta, el daño producido, la reincidencia en la comisión de los hechos y la proporcionalidad entre la falta y la sanción.

¹³⁸ El artículo 68 de la ley 1341 de 2009, contempla que: *Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición, y con efectos sólo para estas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones. De ahí en adelante, a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones se les aplicará el nuevo régimen previsto en la presente ley. La decisión de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones de acogerse al régimen de habilitación general de la presente ley, la cual conlleva necesariamente la terminación anticipada de las respectivas*

del desmonte gradual del esquema de subsidios y contribuciones correspondientes a los anteriores servicios públicos de telecomunicaciones domiciliarios, por un periodo de cinco años¹³⁹.

El siguiente aparte, se refiere a la normativa sobre la creación del Órgano Regulador y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, además se proporcionan elementos que en conjunto analizados ofrecen la caracterización de la CRC, y sus peculiaridades organizacionales y funcionales. Además, se incluyen aspectos de carácter normativo, personal y financiero, así como particularidades en cuanto sus facultades reglamentarias, regulatorias y sancionatorias.

2.2 La creación del órgano de regulación de las telecomunicaciones en Colombia

Desde la mitad del siglo pasado, el sector de las telecomunicaciones en Colombia estaba establecido sobre un modelo de gestión monopólico a nivel nacional y municipal, y las principales relaciones que ocupaban la atención del Estado en este servicio eran entre el operador y el usuario, razón por la cual, la regulación se ocupaba de la fijación de tarifas y de garantizar la calidad del servicio.

Se afirma que históricamente los servicios de telecomunicaciones se han explotado como monopolio natural, debido a que, en primer lugar, están

concesiones, licencias, permisos y autorizaciones, no genera derechos a reclamación alguna, ni el reconocimiento de perjuicios o indemnizaciones en contra del Estado o a favor de este. (...)

¹³⁹ La Ley 1450 de 2011, Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para todos”, modificó parcialmente el artículo de transición del régimen de subsidios y contribuciones, que era según la Ley 142 de 1994, para servicios de TPBC estratos 1, 2 y 3, y lo amplió a servicios de acceso a internet y banda ancha social. En el periodo de transición los PRST no pagarían la contraprestación del artículo 36 de la Ley al FONTIC, sino que destinarían los recursos para prestar directamente a los usuarios, los mencionados servicios.

destinados a satisfacer una necesidad económica y social esencial, es decir, corresponden a un servicio público; y en segundo lugar, porque son servicios que exigen grandes inversiones de capital¹⁴⁰ para construir las redes y, en general, la infraestructura que se constituye en medio y soporte para la prestación de los servicios que se brindan al público¹⁴¹.

Los dos modelos más comunes para la prestación de los servicios de telecomunicaciones han sido, por una parte, el suministro por parte del Estado, en el marco de un monopolio natural; y por otra, la iniciativa privada que proporciona el servicio y gestiona las redes. Sin embargo, existen casos, como el de Estados Unidos, donde a pesar de existir un monopolio natural, dicha prestación no tiene el carácter de servicio estatal¹⁴².

El antecedente más importante de liberalización del mercado de servicios de telecomunicaciones, es el caso de Estados Unidos, que en la década de los setenta se constituyó en uno de los primeros países en iniciar este proceso, donde para la época, la prestación de los servicios estaba en manos de un

¹⁴⁰ En las actividades que requieren un nivel elevado de inversiones, los siguientes conceptos tienen importancia, por una parte el monopolio natural y por otra las economías de escala.

Monopolio natural: Existe un monopolio natural cuando los costos de producción son tales que para los demandantes del mercado es más barato obtener la producción de una empresa que de muchas.

Economías de escala: Existen cuando los costos medios de producción decrecen a medida que el producto aumenta. La fuente principal de economías de escala son los costos fijos, esto es, los costos en que debe incurrirse, no importa la cantidad de producto producida. Fuente: <http://decon.edu.uy/~mito/cursos/micro a/Notas%20Monopolio%20Natural.pdf> (citado en 18 de febrero de 2015)

¹⁴¹ MEDINA ORS, Guillermo. «Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones en los Estados Unidos.» En: de CREMADES, Javier (Coordinador). Derecho de las Telecomunicaciones, Madrid: La Ley-Actualidad, S.A, 1997. Págs. 1165 - 1201. Medina Ors, afirma que una característica fundamental de la actividad de prestar servicios de telecomunicaciones, es la existencia de una gran masa crítica de usuarios e importantes economías de escala, para poder afrontar las inversiones de capital necesarias. Así, la regulación, la gestión y la financiación de las telecomunicaciones quedaban en marcadas en el sector público.

¹⁴² *Ibíd.*, P, 1164. El autor Medina afirmó que en el caso del modelo en el cual la prestación de los servicios de telecomunicaciones, como monopolio estatal es considerado como parte como un servicio estatal, tiene como característica encomendar a un organismo de la Administración, la regulación del sector y la explotación de la infraestructura, la prestación de los servicios y el suministro de los aparatos terminales a los usuarios del servicio.

solo operador¹⁴³. Dicho proceso obedeció a varios aspectos, entre otros, la internacionalización de la economía, el desarrollo de las redes y la innovación tecnológica¹⁴⁴.

Dos décadas después, en los Estados Unidos se expidió la nueva Ley de Telecomunicaciones en el año de 1996, que abrió un camino de desregulación gradual de este sector¹⁴⁵. Esta norma en cuanto al acceso a las redes, estableció la obligación a los titulares de las redes de permitir el acceso en condiciones justas, razonables y no discriminatorias a cualquier operador.

En la Unión Europea se inició un proceso de liberalización hacia el año de 1987¹⁴⁶, siguiendo el ejemplo de Estados Unidos, de esta manera, los países europeos, con el propósito de garantizar la efectividad de un libre mercado, dejaron la titularidad estatal sobre los servicios y actividades económicas de

¹⁴³ Operador de servicios de telecomunicaciones AT&T. Una sentencia de 1982 rompió el monopolio.

¹⁴⁴ MEDINA ORS, Guillermo. Ob. cit

¹⁴⁵ El antecedente normativo de los servicios de telecomunicaciones en los Estados Unidos es el siguiente: Radio Act de 1912 (regula el espectro radioeléctrico como medio de transmisión con fines comerciales), La Communications Act de 1934 (primera ley federal que regula el sector), la Communications Act de 1962 (regula la prestación de servicios de telecomunicaciones por medio de satélites), las Cable Acts de 1984 y 1992 (otorga facultad a la FCC de regular tarifas de los servicios por cable, y medidas para protección de usuarios) y la Telecommunications Act de 1996 (reforma que buscaba fomentar la inversión privada, promover la competencia, el libre acceso a redes garantizar el servicio universal. Afirma Medina Ors que esta norma buscaba fomentar una actuación administrativa flexible y con capacidad de respuesta.

¹⁴⁶ CALZADA, Joan y COSTAS, Antón. “La liberalización de las telecomunicaciones en España: control de la inflación y universalización del servicio” de la Universidad de Barcelona.

Para mayor ilustración, los citados autores en su artículo sobre la liberalización de los servicios de telecomunicaciones manifestaron que: *A finales de los ochentas las autoridades europeas iniciaron la liberalización de las telecomunicaciones como reacción a los cambios iniciados en Estados Unidos y Japón. Esta reforma europea entró en conflicto con el objetivo español de la universalización. Así, cuando en 1993 la Comisión Europea estableció que en 1998 se debía liberalizar completamente el mercado, España primero bloqueó la reforma y posteriormente negoció una moratoria de cinco años para realizarla. El Gobierno socialista de Felipe González creía que la universalización se podía conseguir mejor a través de la regulación del monopolio que con la competencia generada por la liberalización.*

Fuente: <http://www.ub.edu/graap/Calzada/Calzada%20Costas.pdf> (citado en 18 de febrero de 2015)

interés general¹⁴⁷, así, las autoridades públicas perdieron facultades de intervención directa por lo cual debieron ejercerla de manera indirecta, intervención que para esa época estaba en proceso de construcción.

En este sentido resalta Medina Ors, que en el modelo de gestión en el cual la prestación de los servicios de telecomunicaciones es de titularidad del Estado, la regulación, la gestión y la financiación de las telecomunicaciones se enmarcan en el sector público¹⁴⁸.

Aunque el concepto de servicio público entró en crisis, sus defensores lograron avanzar hacia una teoría en la cual esta categoría teórica, correspondería a una intervención pública más allá de una intervención habitual, fruto de la actuación del poder público, como lo serían el poder de policía y la potestad de establecer tributos¹⁴⁹. De todas maneras, gradualmente, se fueron estableciendo estos mecanismos, y se redefinieron principios, que pondrían

¹⁴⁷ ESTEVE PARDO, José. Op. Cit. Pág. 295. Afirma que el Estado al no ser ya titular del servicio perdió poderes y facultades que del dominio de estas posiciones se derivaban.

¹⁴⁸ Ob. cit. Medina Ors.

¹⁴⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. El Resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado Hacia una nueva concepción. En: Revista de Administración Pública, 1996, No 140. Págs. 95 - 110. Cassagne, nos ilustra como en Argentina el concepto de servicio público también entro en crisis. Afirma que se dio la quiebra del servicio público como institución jurídica y que el concepto solo adquiere sentido si se concibe en base a un sistema de gestión privada circunscrito a aquellas prestaciones vitales de índole económica que no puedan realizarse bajo un régimen de libertad. Este autor nos ilustra sobre la evolución del servicio público en Argentina, y lo divide en cuatro periodos: 1880 y 1930: la mayoría de los servicios públicos son prestados por empresas privadas, salvo correos y ferrocarril, teléfonos se prestaba en régimen de concesión. 1930 a 1943: aparecen ideas intervencionistas y se favorece al Estado frente a los concesionarios. Desde 1946: vino nacionalizaciones de empresas de servicios públicos. En 1989: Reforma del Estado para liberalizar, vienen privatización de empresas públicas, desregulación y desmonopolización de actividades.

límites a la intervención de las autoridades públicas, siempre con el objetivo de proteger el interés general^{150 151}.

Sobre la noción de servicio público, Montero Pascual ¹⁵² destaca que esta tuvo presiones internas y externas: las primeras, por las nuevas condiciones económicas; y las segundas, por la intervención comunitaria, una vez se consideró que toda limitación al libre mercado, tal como los derechos exclusivos y las empresas públicas, era un obstáculo en el proceso de integración de mercados, pues aunque la legislación comunitaria no prohibió tajantemente los monopolios públicos y respetó la propiedad pública de los bienes de producción, sí introdujo un juicio jurídico que debe ser superado, en caso dado¹⁵³.

¹⁵⁰ MONTERO PASCUAL, Juan José. Regulación, desregulación y la última crisis del servicio público. En: Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras. REDETI, núm. 30, 2007. Págs. 41 - 66. Destaca Montero que el objetivo de la redefinición de los principios por parte del Consejo de Estado Francés, buscaba *afrontar las críticas a la falta de eficiencia y los abusos cometidos por las autoridades públicas en su intervención en los mercados, a fin de mantener la vigencia de la institución*. En resumen, la doctrina del Consejo de Estado giro alrededor de lo siguiente: rediseño de los principios rectores del servicio público, aumentar límites para la intervención pública, distinguió el servicio público del monopolio legal, de la función pública y de la gratuidad.

¹⁵¹ CASSAGNE, Juan Carlos. Ob. Cit. P 109. Este doctrinante concluye su artículo proponiendo este resumen: considera que las nuevas bases de la concepción del servicio público se orienta hacia reconocer que se trata de una tarea privada salvo supuesto de insuficiencia, que el régimen del servicio público debe ser limitado a las actividades primordiales que satisfacen necesidades de naturaleza económica, así mismo a aquellas actividades que el legislativo declare *publicatio*, y por último también se caracteriza por un régimen jurídico especial, que incluye prestaciones obligatorias y posibilidad de brindar bases tarifarias en el contrato respectivo.

¹⁵² DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomas. Liberalización de las Telecomunicaciones, Servicio Público y Constitución Económica Europea. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. Págs. 148 - 157. De la Quadra, afirma: *No es algo que éste predeterminado por la naturaleza de las cosas sin más la que determina que un servicio público sea tal, sino la decisión de quien sea competente de acuerdo con el ordenamiento para adoptar una decisión de ese carácter*.

Otras publicaciones del citado autor sobre esta materia: DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomas. El Derecho Europeo de las Telecomunicaciones. En: Ordenación de las Telecomunicaciones, de Carmen Chinchilla Martín (Directora). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997. Págs. 82 - 86; y DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomas. La Liberalización de las Telecomunicaciones: Elementos Esenciales y Nuevo Marco Regulatorio Comunitario. En: Aspectos Jurídicos de las Telecomunicaciones-Cuadernos de Derecho Judicial VI, de De la Quadra-Salcedo, Tomas (Director). Madrid: Consejo General del Poder Judicial -Centro de Documentación Judicial, 2003. Págs. 50 - 77.

¹⁵³ MONTERO PASCUAL, Juan José. Op. Cit. Pág. 55. El citado autor afirmó: *Este juicio es una novedad de gran importancia, pues por primera vez existe un límite bien definido a la intervención estatal en la economía*.

Sin embargo, en el caso de España, cuyo período de liberalización se desarrolló entre 1987 y 1993, se tuvieron en cuenta los efectos que dicho proceso podría generar para los intereses nacionales relacionados con objetivos generales de política interna. Por tal razón, España solicitó una moratoria que le permitiera obtener un plazo para aplicar las decisiones comunitarias, debido a que los temores giraban en torno a que se afectara la universalización del acceso al servicio y la necesidad de reducir los precios de las telecomunicaciones, a fin de controlar la inflación¹⁵⁴.

Frente a este tema, De la Quadra recalcó que es la toma de decisiones, y no la naturaleza de las cosas, lo que puede llevar a concluir que un servicio público se liberalice o no. Para efectos de explicar la afirmación anterior, trajo a colación un ejemplo de la telefonía vocal, el cual era un modelo de servicio público hasta 1993 y que fue liberalizado sin atender a su naturaleza. Adicionalmente, el citado autor afirmó que es necesario devolver al ámbito de la decisión política lo que le pertenece, lo cual ayuda además a entender el papel que le corresponde a los órganos políticos de la comunidad y a los Estados¹⁵⁵.

Aunado a lo anterior, la decisión del modelo regulatorio de las telecomunicaciones en España, se dio bajo la línea de promover la competencia *interplataformas* tecnológicas¹⁵⁶, con el fin de favorecer la inversión en redes propias, no obstante, se optó por un modelo de competencia intraplataforma que favoreció el acceso a la red del operador Telefónica, con el propósito de asegurar rápidas reducciones de precios. Sin

¹⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 3.

¹⁵⁵ DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomas. *Ob. Cit.* 156 y 157

¹⁵⁶ MONTERO, Juan José. *Op. Cit.* Pág. 25. La competencia inter-plataforma quiso fomentar la inversión, la competencia tecnológica y el bienestar a largo plazo.

embargo, este aspecto no trajo los resultados esperados, pues no se presentó disminución en los precios a los consumidores, y además, se afirmó que en cierta medida ponía en riesgo el proceso de liberalización.

En Colombia, la Constitución Política estableció expresamente que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, cuyo deber es asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional¹⁵⁷.

En el marco de la Constitución, la ley consagró al servicio de telecomunicaciones como un servicio público, cuya gestión puede ser realizada directamente por el Estado, o indirectamente, a través de los particulares, pero siempre bajo la titularidad estatal anteriormente mencionada¹⁵⁸.

El modelo de gestión cambió hacia la competencia, y como lo manifestó Pardo, a propósito del análisis sobre estos servicios en Estados Unidos, se advierte *un nuevo eje, una nueva dimensión*, que toma en consideración las *relaciones y correlaciones entre operadores*¹⁵⁹, en el cual se presentarán situaciones de competencia y de tensión entre las partes.

¹⁵⁷ El artículo 365 de la C.P. ha sido interpretado de diferentes formas por los doctrinantes colombianos. En particular, Alberto Montaña considera que el titular del servicio público es el que lo presta, pues una interpretación diferente sería contraria a la liberalización consagrada en la Constitución. Obra ya citada.

¹⁵⁸ La Ley 72 de 1989, por la cual se definieron conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia, y el régimen de la concesión de los servicios, en el artículo 5 consagró expresamente que las telecomunicaciones era un servicio público que el Estado prestaría directamente o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva, a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose, en todo caso, la facultad de control y vigilancia.

¹⁵⁹ ESTEVE PARDO, José. La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago y ESTEVE PARDO, José (Directores). Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación, Madrid: IUSTEL, 2009. Págs. 293 - 347.

Se considera que en el modelo de gestión de competencia es donde mayor fuerza tiene la actividad de regulación, y en el cual se abre un nuevo frente, en el que donde posiblemente adquiere mayor consistencia la actividad reguladora, cuya misión, en un mercado que no es perfecto, se concentrará en aquellos espacios donde no se logra garantizarla y que ameritan intervención¹⁶⁰. Injerencia que puede estar dada por medidas regulatorias, respecto a la relación de los operadores, el acceso a las redes, la interconexión y la reventa de servicios, entre otros.

En particular en el caso de la interconexión, en la época de los años setenta y ochenta en el sector de las telecomunicaciones, existía el grupo de los operadores de larga distancia y los operadores locales, cuyas redes tenían configuraciones diferentes, y además restricciones¹⁶¹.

Hoy la obligación de interconexión en las telecomunicaciones es recíproca, y permite el interfuncionamiento de estas para que se dé la interoperabilidad de los servicios. Ya desde el anterior estatuto de las telecomunicaciones, el Decreto-Ley 1900 de 1990, consagró que las redes tenían que ser totalmente compatibles entre sí y con las otras redes a las cuales se conectaban, de tal

¹⁶⁰ El citado autor considera que las relaciones entre operadores es intensa, conflictiva y compleja, donde el tema que más genera conflicto es el acceso a redes, la interconexión, y en parte los retos de la desagregación de actividades *unbundling* para introducir competencia entre operadores en los segmentos en que resulte posible.

¹⁶¹ Como ejemplo, en los Estados Unidos, la FCC exigió la obligación general de interconexión de las redes locales con las de larga distancia. En la ley de Telecomunicaciones de 1996, se consagró en la Parte II sobre el Desarrollo de Mercados Competitivos, en la Sección 251. Sobre la Interconexión, que incluye en el literal (a) *Deber General de los Carriers de Telecomunicaciones*. La obligación para cada uno de los carriers de telecomunicaciones de realizar conexiones directas o indirectas con instalaciones y equipos de otros carriers de telecomunicaciones. Para mayor ilustración, se transcribe la Sección 03 de la citada ley, en la cual se consagra el concepto de Carriers: *define a cualquier proveedor de servicios de telecomunicaciones, excepto que este término no incluye agregados de servicios de telecomunicaciones (de acuerdo con la sección 226). Esta considera que un carrier de telecomunicaciones deberá ser tratado como un carrier público únicamente hasta el grado en que se vea comprometido o involucrado en la prestación de servicios de telecomunicaciones, a menos que la Comisión determine si la prestación de servicios satelitales móviles o fijos deberá recibir el tratamiento de un carrier público.*

forma que se comportaran como una red única de cubrimiento nacional con un uso transparente para cualquier usuario¹⁶².

Por otra parte, como ejemplo de medida regulatoria dentro de las relaciones entre los operadores, por motivo de la prestación del servicio y los altos costos que implica el suministro a diferentes zonas del país, se puede llegar a obligar a un operador a vender sus servicios a usuarios diferentes de los finales, como bien pueden ser, posibles comercializadores¹⁶³.

A continuación, en particular se revisarán los antecedentes de la Comisión de Regulación que fue creada en un sector liberalizado al inicio de la década de los años noventa.

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones nace a raíz del Decreto 2122 de 1992 expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, en el cual se le autorizaba suprimir, fusionar o reestructurar entidades de la rama ejecutiva.

¹⁶² Artículo 26 del Decreto-Ley 1900 de 1990.

¹⁶³ ESTEVE PARDO, José. Op.cit., Sobre la reventa de servicios de telecomunicaciones en los Estados Unidos: “Se disponía ya de experiencias desde 1976 cuando la Federal Communications Commission (FCC) eliminó la prohibición de reventa de los servicios prestados por la compañía monopolista, American Telegraph & Telephone. Aparecieron así compañías de revendedores, “resellers”, que adquirirían servicios a bajo precio, por las grandes cantidades y proporciones de su demanda, para luego revenderlos a pequeños usuarios finales. Esta práctica fue validada por la Federal Communications Commission, al entender que con ella se reducían las barreras de entrada en el segmento de comunicaciones a larga distancia y ello a través de dos vías fundamentales. Primero, reducía las exigencias de capital necesarias para nuevos entrantes que podrían ofrecer servicio regional e incluso el de alcance nacional sin necesidad de construir sus propias estructuras e infraestructuras. Segundo, reducía los incentivos de AT&T para imponer precios discriminatorios al dar garantías a los nuevos entrantes de que serán capaces de competir con razonables posibilidades de éxito (...) Más tarde, la Telecommunications Act de 1996 que en su sección 251 impone a los grandes operadores, que disponen de redes de gran alcance, la obligación de permitir a otras compañías la reventa de sus servicios y a esas compañías deben ofrecerles precios razonables y no discriminatorios. De esta forma las obligaciones de reventa o resale se presentan como una fórmula introducida por el propio Legislador –junto con las de igualdad de acceso a redes y las relativas al unbundling- para potenciar la competencia sobre todo en el ámbito local y en el nivel de servicio más próximo al usuario.”

Este Decreto creó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), como una unidad administrativa especial sin personería jurídica, dentro de la estructura administrativa del Ministerio de Comunicaciones. El objetivo de esta entidad era regular y promover la competencia para que las operaciones fueran económicamente eficientes, no implicaran abuso de la posición dominante y produjeran servicios de calidad. La Comisión reemplazó la Oficina de Regulación que existía en el Ministerio de Comunicaciones.

El Decreto 2122 de 1992, le otorgó a la CRT, facultades para proponer reglas de comportamiento diferenciales para los distintos operadores que intervienen en la prestación de una misma clase de servicio, según su posición en el mercado. También, se le dieron poderes para prevenir toda práctica restrictiva de la competencia en el sector de las telecomunicaciones.

Así mismo, la Comisión tenía poder para definir los indicadores y modelos de evaluación de la eficiencia de la gestión de las empresas de servicios de telecomunicaciones. Y desde el inicio, el Regulador tuvo facultad para proponer y dar las soluciones de carácter administrativo a los conflictos que se presentaban entre operadores de servicios de telecomunicaciones, en aquellos casos en que se requiriera la intervención del Ministerio de Comunicaciones para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Para mayor ilustración, otras de las potestades de la Comisión desde su inicio: (...)

5. Fijar las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones y cuando lo considere necesario, establecer fórmulas que administren los operadores para la fijación de las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones e interconexiones. La Comisión podrá establecer el régimen de libertad o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a que la fijación de las tarifas sea libre.

6. Adoptar los mecanismos de contabilidad que deben desarrollarse en el sector de telecomunicaciones.

7. Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, de acuerdo con las autorizaciones del Ministerio de Comunicaciones en los términos del numeral 16 del artículo 1o. del presente Decreto, para utilizar la

Este Decreto aplicaba para todos los operadores de telecomunicaciones, aspecto que cambió posteriormente con la Ley 142 de 1994, que lo limitó, pues antes de la expedición de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, esta norma incluía a todos los operadores de telecomunicaciones, según el Decreto-Ley 1900 de 1990¹⁶⁵.

Ahora bien, en 1994 nace la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones creada por la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, y aunque ya venía desde 1992, esta norma contempló su creación y derogó los artículos 2, 3 y 4 del Decreto 2122 de 1992, que se referían a la creación, integración y funciones de la Comisión.

red de telecomunicaciones del Estado, así mismo fijar los cargos de acceso y de interconexión a esta red.

8. Reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, así como proponer las correspondientes tasas, derechos o tarifas que debe pagar el concesionario por la concesión.

9. Establecer, de acuerdo con el tráfico cursado, cargos especiales en las tarifas de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional los cuales ingresarán al Fondo de Comunicaciones del Ministerio para fomentar programas de telefonía social dirigidos a las zonas rurales y urbanas con altos índices de necesidades básicas insatisfechas y a la Tesorería General de la República, de acuerdo con la distribución que apruebe el Consejo Nacional de Política Económica y Social.

10. Someter a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, la distribución de los ingresos por concepto de las tarifas de concesiones de servicios de telefonía móvil celular y de servicios de larga distancia nacional e internacional, para que éste determine la parte que deba destinarse a los objetivos y programas del mismo fondo y la parte que se destinará a la Tesorería General de la Nación.

11. Señalar criterios y normas relativas a la protección de los derechos de los usuarios, normas de facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de las empresas con los usuarios de servicios de telecomunicaciones.

12. Denunciar ante la Superintendencia competente las prácticas contrarias a las normas sobre protección de la competencia, en que se vean involucrados quienes estén relacionados directa o indirectamente con la prestación de los servicios públicos regulados.

13. Dictar sus estatutos y reglamento y someterlo a la aprobación del Gobierno Nacional.

¹⁶⁵ Por esa época a la Comisión por ese mismo año y como consecuencia del artículo 20 transitorio de la C.P. ya citado, le fue trasladada la función de controlar y fiscalizar las tarifas, fijar precios, y determinar la metodología.

La ley contempló su transición, y para el efecto ordenó que la antigua Comisión siguiera operando y ejecutando su presupuesto hasta que entrara en funcionamiento la nueva Comisión, que estaba creando la Ley 142 de 1994.

En particular, el artículo 69 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, sobre la organización y naturaleza de las comisiones creó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones como una unidad administrativa especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de Comunicaciones. Así mismo, esta norma creó las comisiones de regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico, y la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

Las funciones de la Comisión fueron otorgadas por delegación del Presidente de la República, quien tiene a cargo señalar las políticas generales de administración y el control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, conforme al artículo 370 de la Constitución Política¹⁶⁶.

Ahora bien, el artículo 69 mencionado fue demandado por considerarse que violaba el artículo 370 de la Constitución Política, con el argumento de que el Congreso no tenía facultad para crear las Unidades Administrativas Especiales, llamadas comisiones de regulación. Frente a eso, la sentencia C-1162 de 2000 de la Corte Constitucional¹⁶⁷, declaró exequible el artículo 69, y en cuanto al párrafo, que contemplaba que cada comisión sería competente para regular el servicio público respectivo, se pronunció con una exequibilidad

¹⁶⁶ Artículo 370 de la Constitución Política: Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

¹⁶⁷ Sentencia, de la Corte Constitucional C-1162 del 6 de septiembre de 2000. Referencia: expediente D-2863 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

condicionada donde la Corte manifestó que solo sería exequible en los términos de ese fallo, de manera que bajo otra interpretación dicho precepto sería inconstitucional.

La Corte encontró una interpretación del artículo 69 de la citada Ley, que resulta acorde con el ordenamiento superior y, en consecuencia, lo declaró constitucional, bajo el entendido de que la facultad reguladora asignada a las comisiones se debía ejercer sólo respecto de las materias expresamente señaladas en el primer aparte del artículo 370 de la Carta, es decir, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

Y reiteró la Corte que no se trataba de funciones legislativas, o de atribuciones de creación de normatividad paralela a la ley, o encaminadas a cubrir sus vacíos, ni tampoco de una sustitución de la propia ley ni de la potestad reglamentaria, exclusiva del Presidente de la República.

Al respecto, Montaña resalta que de manera acertada la Corte en una decisión posterior, Sentencia C-150 de 2003¹⁶⁸ parte de la consideración general “de que la regulación le corresponde al Estado” y que partir de allí se abre la posibilidad de que las funciones normativas de las comisiones puedan ser asignadas por parte del legislador¹⁶⁹¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-150 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda

¹⁶⁹ MONTAÑA PLATA, Alberto. El Concepto de Servicio Público. Ob. cit. Pág.149. Otra publicación de este autor sobre el tema: MONTAÑA PLATA, Alberto. Manifestaciones normativas de las comisiones de regulación de servicios públicos. En: Revista Contexto No 14. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. Pág. 58. Al respecto afirmó que “es trascendental el posicionamiento que en los años venideros deben adquirir las comisiones perfilándose como administraciones altamente técnicas y responsables de las tareas que les competen, con actuaciones eficaces y en economía. Una administración pública que cumpla con estas expectativas, podrá irse abriendo espacios inclusive normativos, siempre que sus actuaciones encuentren la necesaria legitimidad que otorgan los destinatarios de sus decisiones, es decir los ciudadanos.”

¹⁷⁰ GONZALEZ LOPEZ. Tesis. Ob. cit. Pág. 674. Estas conclusiones hacen parte del trabajo de la Tesis Doctoral de Gonzalez Lopez, presentada en el año 2013, época para la cual ya se contaba con la

3. La estructura y los fines del Ente Regulador

El carácter técnico y especializado que ha caracterizado al Regulador, se constituye en condición necesaria para lograr una efectiva gestión, tanto en las tareas con funciones técnicas como frente a las funciones administrativas. Como lo ha afirmado la Corte Constitucional, de la adecuada preparación y de la idoneidad profesional, moral y técnica de los aspirantes a desarrollar una función pública, depende el éxito de la gestión. Las funciones de una autoridad de regulación tienen una importancia especial en el desarrollo de los fines del Estado y por ello, la responsabilidad inherente al desempeño es mayor a la de otros cargos¹⁷¹.

3.1 Composición de la Comisión de Regulación de Comunicaciones

Desde el nacimiento del Regulador fue tenido en cuenta el grado de conocimientos y experiencia de los miembros de la junta que lo conformaría. Desde el Decreto 2122 de 1992 estaba previsto que tres de sus miembros serían expertos de dedicación exclusiva y con un periodo de dos años.

Ley de TIC, que otorgó directamente funciones a la CRC, entre ellas la potestad reglamentaria. Al respecto destacó: “5. La potestad reglamentaria especial de las comisiones se caracteriza por su carácter secundario, residual, limitado al campo de aplicación y contenido que le atribuya la ley, en desarrollo del principio de competencia, por su sujeción al bloque de legalidad y por la inderogabilidad singular de sus reglamentos. 6. La potestad reglamentaria especial no impide o desconoce la potestad reglamentaria general (PRG) asignada al Presidente de la República, y debe ser consonante con la reserva de ley constitucional y con su contenido mínimo, a partir de determinados supuestos”. Así mismo concluyó que hay espacios propios del regulador, pues “En los espacios reservados o limitados por el legislador a la regulación y a su instrumento normativo, los reglamentos expedidos por el Presidente de la República u otras autoridades no prevalecen. Lo anterior, siempre y cuando el reglamento especial se mueva dentro del ámbito que le haya otorgado o reservado la ley, y que en lo no reservado respete el ámbito del reglamento general”.

¹⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 403 del 27 de mayo de 2010. M.P. María Victoria Calle.

El Ministro de Comunicaciones era parte de la junta, y podía delegar su participación en el Viceministro de Comunicaciones, así mismo, el Presidente de la República contaba con dos representantes que debían tener la calidad de funcionarios públicos. En total, la junta estaba conformada por seis miembros.

Luego la Ley 142 de 1994, estableció que la estructura orgánica de la Comisión estaría compuesta por un Comité de Expertos Comisionados, integrado por el Ministro respectivo o su delegado, quien la presidiría, y tres expertos comisionados de dedicación exclusiva, designados por el Presidente de la República para períodos de tres años, reelegibles y no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa. Uno de los expertos comisionados, ejercería las funciones de coordinador de acuerdo con el reglamento interno, en forma rotatoria¹⁷². Así mismo, hacía parte de la Comisión, el Director del Departamento Nacional de Planeación y el Superintendente de Servicios Públicos o su delegado, quienes asistirían con voz solamente¹⁷³.

Posteriormente, la Ley 1341 de 2009 consagró que la Comisión estaría compuesta por el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones quien la presidiría, el Director del Departamento Nacional de Planeación o el Subdirector como su delegado, y tres comisionados de dedicación exclusiva, para períodos de tres años no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa¹⁷⁴.

¹⁷² La norma prevé que al repartir internamente el trabajo entre los Comisionados, se procure que todos tengan oportunidad de prestar sus servicios respecto de las diversas clases de asuntos que son competencia de la Comisión.

¹⁷³ Respecto al periodo de los expertos, se tenía previsto que el Presidente no podría reemplazar sino uno de ellos. Y que el periodo sería prorrogado por dos años para aquellos que no fueron reemplazados.

¹⁷⁴ La estructura de la Comisión fue modificada por el Decreto 089 de 2010, el cual derogó el Decreto 1130 de 1999.

Es posible considerar que la participación de un ministro en la composición de la Comisión, es un aspecto que va en contra de la independencia y autonomía del organismo, que por ser de carácter especializado puede resultar influenciado al tener dentro de sus miembros, un perfil eminentemente político, además con asistencia obligatoria y con poder de veto. Sobre esta conformación, la Ley del Plan Nacional de Desarrollo del 2014-2018, ajustó el marco regulatorio de la Comisión y modificó su composición ampliando el periodo de los comisionados a cuatro años y eliminando la presidencia del Ministro para realizar la sesiones en la Comisión y permitiendo tomar decisiones con la mayoría simple de sus miembros¹⁷⁵.

Las leyes que han regulado a la Comisión han contemplado como característica su independencia y autonomía. Su independencia administrativa se circunscribe a que sus actos no son revisables por otra autoridad administrativa, lo que implica que solo los actos de contenido particular serían revisables, por medio del recurso de reposición ante la misma Comisión. Así mismo, se consagró para este organismo una independencia técnica que se refiere a que las decisiones de este organismo no están sujetas a examen de carácter técnico por parte de otras entidades.

Respecto a la independencia patrimonial, la Comisión tiene un patrimonio, un presupuesto y una contabilidad independientes del Ministerio al cual está adscrito, y dispone de esos recursos para el cumplimiento de sus funciones¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Ley 1753 de 2015. Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. Artículo 207 denominada “Ajuste del Marco Regulatorio de la Comisión de Regulación de Comunicaciones”.

¹⁷⁶ CARRASQUILLA VILLEGAS, Lorenzo. La Ley de TIC y la regulación de las Telecomunicaciones: La Comisión de Regulación de Comunicaciones. En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-TIC (Ley 1341 de 2009), Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010. Págs. 525 – 527.

La Ley 142 de 1994 contemplaba que los costos del servicio de regulación de esta entidad serían financiados con los recursos que procederían de cada contribución de los operadores sometidos a esta, que no podrá ser superior al 1% del valor de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Comisión¹⁷⁷.

La Ley 1341 de 2009 estableció un tope del uno por mil para una contribución que estaría a cargo de los proveedores sometidos a la regulación, para recuperar los costos del servicio de las actividades de la regulación sobre sus ingresos brutos por la provisión de sus redes y servicios¹⁷⁸.

3.2 La protección de los usuarios y la garantía de la libre y leal competencia

Los objetivos a cumplir por el regulador de las telecomunicaciones han estado directamente relacionados con la importancia de promover la competencia en el sector, para que las relaciones entre los operaciones sean económicamente eficientes, y que la posición dominante que pueda detentar alguno de los proveedores de servicios, según el segmento que se sea, no implique un abuso frente a los otros ni frente a los usuarios. Así mismo, respecto de estos

¹⁷⁷ Artículos relacionados: 72, 84, 85 de la Ley 142 de 1994. La Comisión está sometida a las normas orgánicas del presupuesto general de la Nación, y a los límites anuales de crecimiento de sus gastos que señale el Consejo de Política Económica y Social. El presupuesto es aprobado por el Gobierno Nacional. Respecto al manejo de los recursos de la Comisión, la ley autorizó la celebración de contratos de fiducia, para manejar los recursos provenientes de las contribuciones de las entidades sometidas a la regulación de este organismo y los que se recauden de las ventas de sus publicaciones.

¹⁷⁸ Excluye terminales.

últimos, vela porque se incremente su bienestar y busca que sean destinatarios de servicios de calidad.

Ahora bien, cuando nació la Comisión en el año de 1992, el objetivo estaba orientado a regular y promover la competencia para que las operaciones fueran económicamente eficientes, no implicaran abuso de la posición dominante y, correlativamente, para que los operadores produjeran servicios de calidad. En la citada norma no se incluyó expresamente una función, que luego fue plasmada en la Ley 142 de 1994, consistente en regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no fuera posible¹⁷⁹.

Luego, con la expedición de la Ley 1341 de 2009 se reiteraron los fines que ya estaban plasmados en el Decreto 2122 de 1992, en la Ley 142 de 1994 y se sumó la finalidad de regular los mercados de las redes y de los servicios de comunicaciones¹⁸⁰.

En conclusión, dentro de los objetivos misionales de la CRC está promover la libre y leal competencia, y la inversión en el sector de las TIC, en un marco regulatorio convergente, cuya meta es maximizar el bienestar social y la protección de los derechos de los usuarios¹⁸¹.

¹⁷⁹ Artículo 73 de la Ley 142 de 1994

¹⁸⁰ La Ley 142 de 1994, en lo que tiene relación con el sector de las telecomunicaciones, ya no aplica, y por lo tanto rige la Ley 1341 de 2009, actual estatuto de las telecomunicaciones. Lo anterior, salvo lo establecido en los siguientes artículos, el artículo 4 sobre el carácter esencial de los servicios públicos relacionado con el derecho a la huelga, artículo 17 sobre la naturaleza jurídica de las empresas, el artículo 24, sobre el régimen tributario, y el título tercero, artículos 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral.

¹⁸¹ El regulador tuvo un cambio de denominación de Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, a Comisión de Regulación de Comunicaciones, además justificado teniendo en cuenta que este organismo sería el Órgano Regulador de los servicios postales también.

La Comisión tiene previstos como objetivos estratégicos, el prevenir y corregir las fallas de mercado, promover la compartición y apoyar el despliegue de infraestructura del sector TIC, reconocer y entender el comportamiento de los usuarios en un ambiente de convergencia tecnológica, fomentar la calidad en la prestación de los servicios, facilitar la innovación en la oferta de servicios, contenidos y aplicaciones TIC, y resolver controversias de manera oportuna entre los operadores.

La Comisión, entonces, es una agencia técnica especializada que posee y además recauda información de calidad, vigente e histórica que le permite el conocimiento adecuado del sector, y propone una regulación de vanguardia y convergente.

Igualmente, dicha entidad, por medio de la intervención *ex ante*, puede imponer obligaciones a los operadores para proteger a los operadores que están presentes en el mercado, así como tratar de garantizar una mayor seguridad a los operadores nuevos, en aras de promover de la competencia, como uno de los fines identificados.

En cuanto a la protección de los derechos de los usuarios, la Comisión de Regulación de Comunicaciones hace una propuesta de valor, que tiene como objetivo maximizar la satisfacción de los usuarios, su bienestar social, y generar un impacto sectorial, en beneficio de la sociedad.

También, con el fin de salvaguardar el interés general, puede imponer obligaciones a los operadores de un mercado con el fin de lograr la universalidad de servicios básicos¹⁸². En suma, la intervención que ejerce la

¹⁸² Ejemplo garantizar el acceso a internet de banda ancha, a los estratos sociales con menor poder adquisitivo.

Comisión por medio de la regulación puede alcanzar objetivos de interés general definidos democráticamente¹⁸³.

Continuando, los principios orientadores de la Ley 1341 de 2009, sobre la prioridad del acceso a uso de las TIC, la libre competencia, el uso eficiente de la infraestructura y los recursos escasos, la protección de los derechos de los usuarios, la promoción de la inversión, la neutralidad tecnológica, el derecho a los servicios básicos de TIC y la masificación del gobierno en línea, son la guía para que la Comisión de Regulación de Comunicaciones y demás organismos del sector, cumplan con su mandato, sumado a los fines sobre la intervención del Estado en el sector de las TIC¹⁸⁴, dentro de los cuales está propiciar escenarios de libre y leal competencia, incentivar la inversión actual y futura en el sector de las TIC, permitir la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad¹⁸⁵.

De manera que las funciones de esta entidad continuaron bajo la misma línea que contemplaba la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, fundadas en la premisa de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones, con la finalidad de prestar servicios que sean económicamente eficientes, y reflejen altos niveles de calidad.

La Ley 1341 de 2009 fortaleció el eje de regulación sectorial de las telecomunicaciones, y concentró en la CRC las facultades para definir un marco regulatorio uniforme para todos los servicios de comunicaciones.

¹⁸³ MONTERO, Juan José. Ob. cit. Pág. 101. En “Regulación económica y Derecho de la competencia”

¹⁸⁴ Artículo 4 de la Ley 1341 de 2009

¹⁸⁵ La actual Comisión de Regulación de Comunicaciones, se conservó como una unidad administrativa especial, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Artículo 19 de la Ley 1341 de 2009.

Además, le dio la potestad de proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previa determinación de la existencia de una falla en el mercado.

Para cumplir estas tareas, la Comisión debe adoptar una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente Ley, en especial, los que se enunciarán a continuación dentro del marco de sus obligaciones.

El artículo 2 de la Ley, estableció el principio de *Prioridad al acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*, según el cual, el Estado, y en general todos los agentes del sector de las TIC deben colaborar dentro del marco de sus obligaciones, para priorizar el acceso y uso a las TIC en la producción de bienes y servicios, en condiciones no discriminatorias en la conectividad, la educación, los contenidos y la competitividad.

La *Libre competencia* también es un principio que orienta y promueve que el Estado propicie escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad, sin privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros.

El *Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos*, fomenta el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar. Sumado a lo anterior, la ley contempla que dentro del ámbito de sus competencias, las entidades del orden nacional y territorial están obligadas a adoptar todas las medidas que sean necesarias para facilitar y garantizar el desarrollo de la

infraestructura requerida, sin deteriorar el patrimonio público y el interés general.

Así mismo, corresponde a la misión de la CRC, en desarrollo de los principios de intervención de la Constitución Política, lograr los siguientes fines¹⁸⁶ protección de los derechos de los usuarios, promover la oferta de mayores capacidades en la conexión, transporte y condiciones de seguridad del servicio al usuario final, e incentivar acciones de prevención de fraudes en la red.¹⁸⁷

También, como ya se ha indicado, la CRC debe promover y garantizar la libre y leal competencia, y evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia. Así mismo, garantizar la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones y el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones necesarios para promover la provisión y comercialización de servicios, contenidos y aplicaciones que usen TIC.

3.3 Referencias en el Derecho Comparado sobre estructura y funciones de las autoridades de regulación de las telecomunicaciones

En este aparte se abordarán instituciones de otros países que facilitaran mayor ilustración, y que se ha considerado pertinente su referencia por encontrarse aspectos relevantes sobre las potestades generales del Regulador, y en especial, sobre la función de resolución de los conflictos entre operadores.

¹⁸⁶ Artículo 4 de la Ley 1341 de 2009.

¹⁸⁷ *Ibíd.*

En primer lugar, se tratará el caso de España por ser un referente para Colombia en cuanto al cambio de modelo de gestión, por el proceso de liberalización del sector, el cambio normativo, y por encontrarse con un nuevo ordenamiento de las telecomunicaciones expedido en el 2014¹⁸⁸, sumado a las directivas de la Unión Europea que rigen en estas materias para todos los países de esa comunidad. Posteriormente, se abordará el desarrollo del tema tomando como referente la FCC de Estados Unidos, como organismo cuyo antecedente con la *Interstate Commerce Commission* (ICC) fue tomado como modelo de futuras instancias reguladoras¹⁸⁹¹⁹⁰.

3.3.1 España: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) y Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Peculiaridades organizacionales y funcionales.

Se hará referencia a las funciones que tenía la CMT, según la Ley 32 de 2003, Ley General de Telecomunicaciones, que estuvo vigente hasta el año 2014.

¹⁸⁸ El Decreto-Ley 1900 de 1990, anterior estatuto de telecomunicaciones tiene gran similitud con la Ley de Telecomunicaciones de España de 1987 (Ley 31 de 1987). Las telecomunicaciones como servicio de titularidad estatal, la clasificación de los servicios, y el recurso público radioeléctrico, entre otros aspectos.

¹⁸⁹ BOTERO CIFUENTES. Ob. Cit. Pág. 609. En este sentido afirma que: “Los orígenes de la FCC y de la CRC (antes CRT) se dan dentro de dos marcos muy diferentes. En Estados Unidos, un monopolio privado y en Colombia un monopolio estatal. Adicionalmente, la apertura a la competencia de ambos se realizó de manera diferente y a diferentes momentos. Sin embargo, como pudo constatar, las reformas al sector de las telecomunicaciones en Colombia, en especial la iniciada con la Ley 1341 de 2009, cierran poco a poco la brecha existente entre los avances realizados por Estados Unidos en materia de competencia, al menos en los puntos fundamentales como la eliminación de barreras a la entrada, derechos y obligaciones de interconexión, funciones de las comisiones de regulación, entre otras”.

¹⁹⁰ En este sentido afirmó Esteve Pardo: “La ICC constituye así el arquetipo de las modernas agencias y se tomó como modelo para otras instancias reguladoras dotadas de la facultad de determinar y definir, mediante normas o mediante decisiones singulares, derechos y obligaciones de los particulares y las empresas”. ESTEVE PARDO, José. *La Regulación de Industrias y Public utilities en los EEUU*. En: *Derecho de la Regulación Económica*. Tomo I Fundamentos e Instituciones de la Regulación, de Muñoz Machado, Santiago y Esteve Pardo, José (Directores). Madrid: IUSTEL, 2009. Págs. 300-301.

En el referido cuerpo normativo se desarrolló el nuevo estatuto de telecomunicaciones, al cual haremos referencia toda vez que permite el análisis comparado de las instituciones jurídicas.

Así mismo, se hará un acercamiento a la Ley 3 de 2013, que creó un nuevo organismo que ejerce actividades regulatorias y de protección del derecho de la competencia, y que suprimió la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Y se aprovechará este espacio para conocer su organización, funciones generales y en concreto, en el sector de las telecomunicaciones, las funciones de solución de controversias entre operadores.

La nueva Comisión, llamada la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), concentró las funciones de regulación y de competencia de los sectores de energía, telecomunicaciones, servicios audiovisuales, transporte, y sector postal.

La CNMC tiene como principal objetivo garantizar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en los sectores productivos antes mencionados¹⁹¹.

Para finalizar, se abordará la ley de telecomunicaciones, Ley 9 del 9 de mayo de 2014, que modificó la Ley 32 de 2003 y el Real Decreto-Ley 13 de 30 de marzo de 2012, por el que se transponen directivas en materia de comunicaciones electrónicas y se acogieron las previsiones recogidas en la Ley 3 de 2013.

¹⁹¹ Ley 3 de 2013. Este nuevo organismo entró en funcionamiento el 7 de octubre de 2013. Página consultada el 15 de enero de 2014. <http://www.cnmc.es/>

3.3.1.1 Ley General de Telecomunicaciones de España de 2003

Antes de entrar específicamente a revisar la facultad de solución de controversias de la CMT, se abordarán sus características organizacionales y funcionales¹⁹². Sin embargo debe aclararse que a partir del 7 de octubre de 2013, esta entidad se integró a la nueva Comisión de los Mercados de las Telecomunicaciones y de Competencia.

Las peculiaridades organizacionales de la CMT correspondieron a un organismo público dotado de personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, que estaba adscrito al Ministerio de Ciencia y Tecnología, a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. Esta Secretaría servía de coordinadora entre las funciones de la Comisión y el Ministerio¹⁹³.

La CMT se regía por un Consejo que se componía de un presidente, un vicepresidente y siete consejeros, que eran nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto adoptado a propuesta conjunta de los ministros de Ciencia y Tecnología, y Economía¹⁹⁴.

¹⁹² Según el artículo 48 de la Ley 32 de 2003. Ley General de Telecomunicaciones.

¹⁹³ El personal que prestaba el servicio en la Comisión quedaba vinculado a ella por una relación de carácter laboral. La regían las siguientes leyes, la Ley 30 de 1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, supletoriamente por la Ley 6 de 1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

¹⁹⁴ El perfil exigido para ser parte del Consejo, corresponde a personas de reconocida competencia profesional relacionada con el sector de las telecomunicaciones y la regulación de los mercados. El Congreso de Diputados debía ser informado sobre las personas que el gobierno proponga. El Consejo designaba un Secretario que actuaba con voz, pero sin voto. Las personas que ejercen los cargos de Presidente, Vicepresidente y consejeros podían ser reelegidos por una vez. El periodo para renovar es de cada seis años. Cesaban en su cargo el Presidente, Vicepresidente y los consejeros por los siguientes motivos: renuncia aceptada por el Gobierno, expiración del término de su mandato o por separación acordada por el Gobierno, previa instrucción de expediente por el Ministro de Ciencia y Tecnología, por incapacidad permanente para el ejercicio del cargo, incumplimiento grave de sus obligaciones, y por

En cuanto a los recursos económicos, la CMT contaba con patrimonio propio, independiente del patrimonio del Estado¹⁹⁵. Parte de sus ingresos, correspondían a la tasa que todo operador tiene que pagar para sufragar los gastos que se generen, incluidos los de gestión, control y ejecución, por la aplicación del régimen jurídico establecido en la Ley General de Telecomunicaciones, que no podía exceder el dos por mil de sus ingresos brutos de explotación¹⁹⁶.

Sobre las particularidades funcionales, dentro de las tareas de la CMT estaba el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que deben cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en caso tal, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos¹⁹⁷.

La CMT tenía facultad para arbitrar en los conflictos que surgieran entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, y el ejercicio de esa

condena por delito doloso o incompatibilidad sobrevenida. Los miembros del Consejo estarán sujetos al régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración. El Consejo de la CMT aprobaba el reglamento de régimen interior de la Comisión con el visto favorable de dos tercios de sus miembros. Este reglamento regulará la actuación de los órganos de ésta, el procedimiento a seguir para la adopción de acuerdos y la organización del personal.

¹⁹⁵ Los recursos de la Comisión estaban integrados por: bienes y valores que constituyan su patrimonio, por los productos y rentas del mismo, los ingresos obtenidos por la liquidación de tasas recaudadas por la realización de actividades de prestación de servicios y los derivados del ejercicio de las competencias y de este artículo. Los dineros recaudados procedentes de la actividad sancionadora de la CMT ingresan en el Tesoro Público.

¹⁹⁶ La ley define a los ingresos brutos como el conjunto de ingresos que obtenga el operador derivados de la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones. No podrá exceder el dos por mil de sus ingresos brutos de explotación.

¹⁹⁷ Art 48 de la Ley 32 de 2003.

función no tenía carácter público¹⁹⁸. Así mismo, dentro de las tareas de la CMT estaba asignar la numeración a los operadores¹⁹⁹, y ejercer las funciones en relación con el servicio universal y su financiación²⁰⁰.

Entre los deberes generales de la CMT estaba elaborar anualmente un informe al Gobierno sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales²⁰¹.

La CMT tenía facultad para solucionar las controversias entre operadores, por una parte, como función pública y, por otra, con carácter privado²⁰². Al respecto, Bermúdez Odriozola²⁰³ afirma que las funciones de la CMT, en especial la facultad de resolución de conflictos relacionados con la interconexión y el acceso, correspondían a una de sus más amplias facultades,

¹⁹⁸ Respecto del procedimiento arbitral se establece mediante real decreto y debe guiarse por los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad, y será indisponible para las partes.

¹⁹⁹ Sobre la numeración, la CMT debía proferir resoluciones oportunas, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determinara, también debía velar por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados.

²⁰⁰ El servicio universal es una de las obligaciones de servicio público, que corresponde a un conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible. El servicio universal debería garantizar que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y acceder a la prestación del servicio telefónico disponible al público, siempre que sus solicitudes se consideren razonables. La conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a internet. Así mismo, una guía general de números de abonados, ya sea impresa o electrónica, teléfonos públicos de pago, servicio de información general sobre números de abonados, accesibilidad de los teléfonos públicos para los usuarios con discapacidades y calidad de los servicios, y la posibilidad de efectuar gratuitamente llamadas de emergencia desde los teléfonos públicos.

²⁰¹ Este informe además incluía las actuaciones de la Comisión, sus sugerencias sobre la evolución del mercado, evaluaba el cumplimiento de las condiciones de la libre competencia, y proponía las medidas para corregir las deficiencias advertidas que afectarían el desarrollo de las telecomunicaciones. Este informe era entregado por el Gobierno a las Cortes Generales.

²⁰² La CMT fue creada por el Real Decreto-Ley 6 de 1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, y desde esa fecha ha tenido la función de resolución de conflictos.

²⁰³ BERMÚDEZ ODRIOZOLA, Luis. Artículo 14. Resolución de Conflictos. En: Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32 de 2003, de 3 de noviembre, de Eduardo García de Enterría y Tomas de la Quadra-Salcedo (Coordinadores). Madrid: Thomson Civitas, 2004. Págs. 236 – 268.

porque además de resolver conflictos, este organismo regulador podía imponer condiciones y obligaciones determinadas a operadores de manera individual, o intervenir de oficio en las relaciones entre los operadores cuando esta autoridad lo estimara justificado.

La función de la CMT de solución de controversias correspondía a la función arbitral o intermediadora en las disputas entre operadores, claro está, diferente a la función singular de arbitraje. Bermúdez hace énfasis en que ambas funciones coexistían sobre la materia de interconexión y acceso, sin embargo, destaca que la función dirimente de la CMT está en su componente esencial.

La CMT tenía a cargo la resolución vinculante de los conflictos que se suscitaban entre los operadores, en materia de acceso e interconexión de redes, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras²⁰⁴.

Sobre los conflictos en materia de obligaciones de interconexión²⁰⁵ y acceso, derivadas de la Ley 32 de 2003 y de sus normas de desarrollo, la CMT debía, previa audiencia de las partes, dictar resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro (4) meses, a partir del momento en que se pedía su intervención, sin perjuicio de que pudieran adoptar medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.

²⁰⁴ 3. En las materias de telecomunicaciones reguladas en esta ley la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones: ...d) La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. Asimismo, ejercerá las restantes competencias que en materia de interconexión se le atribuyen en esta ley. Según artículo 48.3 literal d) de la Ley de General de Telecomunicaciones.

²⁰⁵ El artículo 14 de la Ley 32 de 2003.

Ahora bien, si se tratase de un conflicto transfronterizo en el que una de las partes estuviera radicada en otro Estado miembro de la Unión Europea, la CMT coordinaría con la respectiva autoridad de regulación del país todos los esfuerzos para encontrar una solución al conflicto.

La CMT tenía facultades para que una vez iniciado el procedimiento correspondiente de solución de controversias, pudiera adoptar las medidas cautelares, de oficio o a instancia de los interesados, que estimara oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello²⁰⁶.

Las resoluciones que dictaba la CMT en el ejercicio de sus funciones públicas ponían fin a la vía administrativa y como tal estas decisiones eran recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el caso de que la CMT ejerciera la función arbitral, que como ya se había mencionado es de carácter privado, sus decisiones se llamaban laudos y tendrían los efectos establecidos en la Ley 36 de 1988²⁰⁷, según lo contemplaba la Ley General de Telecomunicaciones de España, por lo tanto, su revisión, anulación y ejecución forzosa sería según lo dispuesto en la citada ley. Los laudos tenían efecto de cosa juzgada y serían revisables por medio del recurso de anulación²⁰⁸.

Dentro de las labores de búsqueda de información en esta investigación, fue consultado uno de los comisionados de la CMT sobre el ejercicio de esta

²⁰⁶ Ley 32 de 2003, artículo 48 numeral 12.

²⁰⁷ La Ley 11 de 2011 reformó a la Ley 60 de 2003 de Arbitraje que derogó la Ley 36 de 1988. La CMT era una entidad pública que tenía facultad para desempeñar funciones arbitrales.

²⁰⁸ Sobre el tema consultar a ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Sobre los Entes Reguladores y su Función Arbitral. En: Regulación Económica. Lecturas Escogidas, de Juan Miguel de la Cuetara, Iñigo del Guayo y Gaspar Ariño. Madrid: ARANZADI, 2012. Págs. 305 - 319.

función arbitral por petición de los operadores, y al respecto manifestó que los operadores de telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas, como se denominan en España y la Unión Europea, no acudían a ella para solucionar sus controversias, sino que siempre solicitaban la intervención de la CMT para que este organismo les solucionara sus diferencias, como una autoridad administrativa que ejerce función pública²⁰⁹.

La Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), finalmente fue reemplazada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), según la Ley 3 de 2013.

3.3.1.2 La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) fue creada por la Ley 3 de 2013, como un organismo público²¹⁰, cuyo objeto principal corresponde a garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios.

Este organismo agrupó las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados por la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del

²⁰⁹ Entrevista realizada con el Comisionado de la CMT Dr. Ángel García Castillejo, en el mes de octubre del año 2013.

²¹⁰ Según la Ley 6 del 14 de abril de 1997, sobre la Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en la disposición adicional décima contempla que los organismos públicos a los que se les reconozca por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se rigen por su normativa específica para hacer efectiva dicha independencia o autonomía. En cuanto al régimen de personal, bienes, contratación y presupuesto, se debe ajustar su regulación a las prescripciones de la citada Ley.

Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales²¹¹.

Respecto a la naturaleza de la CNMC²¹² y sus peculiaridades organizacionales, se puede afirmar que se trata de un organismo que está dotado de personalidad jurídica propia, con plena capacidad pública y privada, que actúa con autonomía orgánica y funcional, plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado y que está sometida al control parlamentario y judicial. También debe señalarse que está adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad.

En cuanto al régimen jurídico que le aplica, se rige por la norma que lo creó, es decir, por la Ley 3 de 2013; por la Ley 15 de 2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; y también por la legislación especial de los mercados y sectores sometidos a su supervisión²¹³. Finalmente, se señala que el estatuto orgánico de la CNMC se aprueba por Real Decreto²¹⁴.

²¹¹ La CNMC puede ser fruto de la concurrencia de atribuciones en materia de competencia entre las autoridades de defensa de la competencia y los organismos reguladores sectoriales y de los problemas de coordinación, que pueden haber adoptado decisiones contradictorias entre sí al momento de juzgar conductas que pueden atentar contra la libre competencia. Ahora bien, cuál debe ser la estructura ideal, será un aspecto para realizar un análisis profundo, y objeto de otro estudio, pues, sería interesante que la regulación la lleve a cabo un órgano sectorial para cada sector liberalizado y que ese organismo regulador sea competente para regular ex ante y ex post. Un órgano de competencia general, podría orientar su quehacer a actividades que no estén directamente tan ligadas al interés general.

²¹² Artículo 2 de la Ley 3 de 2013. Su sede principal será en Madrid. Puede crear más sedes.

²¹³ Es decir los mercados de comunicaciones electrónicas, el sector eléctrico y en el sector del gas natural, el mercado postal, mercado de comunicación audiovisual, en materia de tarifas aeroportuarias, del sector ferroviario. A la CNMC supletoriamente la rige la Ley 30 de 1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 6 de 1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su Disposición adicional décima, por la Ley 47 de 2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y por el resto del ordenamiento jurídico de España.

²¹⁴ También tiene relación con los Ministerios competentes por razón de la materia de cada sector. El Real Decreto 657 de 2013, del 30 de agosto, aprobó el Estatuto Orgánico de la CNMC en el cual se establecieron cuestiones relativas al funcionamiento y régimen de actuación de esta entidad, relacionadas con la estructura orgánica, la distribución de competencias entre los distintos órganos, y el régimen de su personal.

La CNMC ejerce sus funciones a través del Consejo, que está compuesto por 10 miembros. Es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje, y de resolución de conflictos atribuidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Dentro de las facultades que posee, hay unas indelegables, como la aprobación del anteproyecto de presupuestos del organismo, la expedición de su memoria anual y sus planes anuales o plurianuales de actuación, en que se definan sus objetivos y sus prioridades, la aprobación del reglamento de funcionamiento interno, el nombramiento del personal directivo, la impugnación de actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 5.4 de esta Ley²¹⁵, y en su caso, la potestad de dictar circulares y comunicaciones de carácter general a los agentes del mercado objeto de regulación o supervisión en cada caso.

Como un rasgo de independencia y autonomía, se destaca que no podrán asistir a las reuniones del Consejo, los miembros del Gobierno ni los altos cargos de las Administraciones Públicas.

Respecto al funcionamiento del Consejo, este actúa en pleno o en sala. La asistencia de los miembros es obligatoria, los acuerdos se adoptan por mayoría de votos de los asistentes, y en caso de empate, decide el voto de quien presida la reunión.

²¹⁵ Según el artículo 5, numeral 4: *En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.*

El Consejo tiene un secretario, que tiene voz y no voto. Lo elige el Consejo a propuesta del presidente²¹⁶ y sus tareas corresponden al asesoramiento del Consejo en Derecho, a informar sobre la legalidad de los asuntos sometidos a su consideración, así como adelantar las funciones propias de la secretaría de los órganos colegiados. El Consejo deberá desarrollar un reglamento de funcionamiento interno, que será aprobado por el pleno, según lo dispuesto en el artículo 26.4²¹⁷.

Los miembros de la CNMC se reúnen en pleno²¹⁸ y por salas. El Consejo en pleno está integrado por 10 consejeros y lo preside el presidente de la CNMC. El vicepresidente en caso de vacante, ausencia o enfermedad del presidente, le suplirá, si el vicepresidente no puede, lo hará el consejero de mayor antigüedad, y en caso que haya dos consejeros de igual antigüedad, lo hará el de mayor edad, entre los dos.

Para que el Consejo se constituya válidamente debe contar con la asistencia del presidente o la persona que lo sustituya, el secretario, y 5 miembros del Consejo. Se compone de 2 salas²¹⁹, una dedicada a temas de competencia y otra a supervisión regulatoria. Cada una de las salas se compone de 5 miembros. A su vez, la Sala de Competencia estará presidida por el presidente de la CNMC, y la de Supervisión Regulatoria por el vicepresidente. El Consejo

²¹⁶ El Secretario, deberá ser licenciado en derecho o titulación que lo sustituya y funcionario de carrera perteneciente a un cuerpo del subgrupo A1, al servicio de la Administración General del Estado.

²¹⁷ Artículo 26.4 de la Ley 3 de 2013. *El pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprobará el Reglamento de funcionamiento interno del organismo, en el que se regulará, respetando lo dispuesto en el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la actuación de sus órganos, la organización del personal, el régimen de transparencia y de reserva de la información y, en particular, el funcionamiento del Consejo, incluyendo el régimen de convocatorias y sesiones del pleno y de las salas y el procedimiento interno para la elevación de asuntos para su consideración y su adopción. La aprobación del Reglamento requerirá el voto favorable de, al menos, seis de los miembros del Consejo.*

²¹⁸ Artículo 17 de la Ley 3 de 2013.

²¹⁹ Artículo 18 de la Ley 3 de 2013.

en pleno decide qué miembros pertenecen a cada sala. Reglamentariamente se aprobará el régimen de rotación entre salas²²⁰.

Este nuevo organismo regulatorio y de competencia, agrupa a varios sectores, está organizado en cuatro Direcciones de Instrucción, y se conforma por la Dirección de Competencia, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, la Dirección de Energía, y la Dirección de Transportes y del Sector Postal.

Con excepción de las funciones de desarrollo normativo, de resolución y dictamen que tiene el Consejo de la CNMC, y sin perjuicio de las que le pueda delegar el Consejo, las funciones de las Direcciones de Instrucción son las siguientes²²¹:

A la Dirección de Competencia, le corresponde la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en el artículo 5 de la Ley que son de carácter general, y que tiene como objetivo preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos.

A la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, le concierne la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los artículos 6 y 9, sobre la Supervisión y control del mercado de comunicaciones electrónicas, y la Supervisión y control en materia de mercado de comunicación audiovisual, respectivamente.

²²⁰ Respecto a la convocatoria de las salas, corresponde al Presidente por propia iniciativa, o por la solicitud de al menos la mitad de los consejeros. Para que las Salas se constituyan válidamente requiere la asistencia de su Presidente, o el Consejero que le sustituya, el Secretario del Consejo y, mínimo 2 Consejeros.

²²¹ Artículo 25. *Ibíd.*

Así mismo, según el artículo 12.1, resolverá los conflictos que le sean planteados por los operadores económicos en los mercados de comunicaciones electrónicas, para lo cual la CNMC, dirimirá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes en virtud de la Ley 32 de 2003, y su normativa de desarrollo, entre operadores, o entre operadores y otras entidades, que de conformidad con lo establecido en la citada Ley se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión.

Respecto de los conflictos relacionados con el acceso e interconexión en comunicaciones electrónicas entre los operadores, la CNMC tiene la función de resolver las controversias que surjan, teniendo en cuenta, en su momento, los aspectos regulados por la Ley 32 de 2003, y posteriormente, conforme a la Ley 9 de 2014, como nuevo estatuto de telecomunicaciones de España.

Sumado a lo anterior, la CNMC tiene competencia para resolver conflictos relacionados con numeración, uso compartido de recursos, oferta de servicio mayorista de acceso a bandas de frecuencias²²².

²²² La CNMC deberá resolver sobre los siguientes conflictos:

1. Los conflictos en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad derivados de obligaciones que en su caso resulten de las actuaciones a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 11 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, así como de las obligaciones específicas a que se refiere el artículo 13 de dicha Ley. 2. Los conflictos entre operadores en relación con la forma de sufragar los costes que produzca la conservación de los números telefónicos a que se refiere el artículo 18 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre. 3. Los conflictos entre operadores en relación con las condiciones de uso compartido a que se refiere el artículo 30 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre. 4. Los conflictos que se produzcan entre prestadores de servicios de consulta telefónica y operadores de redes públicas telefónicas fijas, de acuerdo con la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado. 5. Los conflictos que surjan sobre las condiciones en las que se ofertará el servicio mayorista de acceso a bandas de frecuencias de conformidad con el artículo 4.6 del Real Decreto 458/2011, de 1 de abril, sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital. 6. Los conflictos en materia de itinerancia. 7. Los conflictos transfronterizos entre prestadores de redes o servicios de comunicaciones electrónicas en el que una de las partes esté radicada en otro Estado miembro de la Unión Europea, a que se refiere el artículo 14.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre. 8. Los conflictos que sobre la gestión del múltiple digital surjan entre los prestadores de los servicios de comunicación audiovisual. En cuanto al mercado de comunicación audiovisual, la CNMC resolverá los siguientes conflictos: 1. Los conflictos que se susciten entre los agentes intervinientes en los mercados de comunicación audiovisual sobre materias en las que la Comisión tenga atribuida competencia. 2. Los conflictos que se susciten

A la Dirección de Energía²²³, y a la Dirección de Transportes y del Sector Postal²²⁴ les corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en la Ley.

Las Direcciones ejercerán sus funciones de instrucción con independencia del Consejo. Ahora bien, el Consejo podrá delegar funciones a la Direcciones de Instrucción, salvo las correspondientes a la facultad normativa y de resolución y dictamen que dicho órgano tiene atribuidas de conformidad con la Ley²²⁵, pues el Consejo de la CNMC es el órgano de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje, y de resolución de conflictos previstas en la Ley 3 de 2013.

Los titulares de las Direcciones de Instrucción deben ejercer sus funciones con dedicación exclusiva y estarán sometidos al régimen de incompatibilidades de actividades establecido para los altos cargos en la Ley 5 de 2006, de 10 de abril²²⁶, y en sus disposiciones de desarrollo. Su régimen de nombramiento y cese será el establecido para el personal directivo, según lo dispuesto en el artículo 26.3 de la Ley. Es tarea del presidente de la CNMC, proponer al pleno del Consejo el nombramiento y cese del secretario del Consejo, de los

en relación con la cesión de canales de radio y televisión a que se refiere el artículo 31 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo. 3. Los conflictos que se susciten en relación con el acceso a estadios y recintos deportivos por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica a que se refiere el artículo 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.

²²³ Los artículos 7 y 12.1.b) de la Ley 3 de 2013.

²²⁴ Los artículos 8, 10, 11 y 12.1.c), d) y f) de la Ley 3 de 2013.

²²⁵ Artículo 20. *Ibidem*

²²⁶ Ley 5 de 2006, por la cual se regula los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. Se trata de incompatibilidades relacionadas con la dedicación exclusiva al cargo público, limitaciones patrimoniales en participaciones societarias, deber de inhibición y de abstención, limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese.

directores de instrucción y del resto del personal directivo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia²²⁷.

De otro lado, la creación de la CNMC implicó la extinción de los siguientes organismos: la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Las referencias que la legislación vigente contiene a todos estos organismos se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o al ministerio correspondiente, según la función de que se trate.

Frente a la toma de decisiones, los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos de los asistentes. En caso de empate decidirá el voto de quien presida la reunión.

En el mismo sentido, la Ley 7 de 2007 define al personal laboral²²⁸ como aquel que presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas, vinculado en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, este personal puede ser contratado a término fijo, por tiempo indefinido o temporal²²⁹. No obstante, aunque ese personal laboral puede hacer parte de

²²⁷ Según el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por el Real Decreto 657 de 2013, de 30 de agosto.

²²⁸ Artículo 11 de la Ley 7 de 2007. Estatuto Básico del Empleado Público

²²⁹ Respecto al régimen de personal de la CNMC, el mismo se encuentra constituido por personal funcionario de carrera, personal laboral, personal eventual. Dentro de las tareas del Presidente de la Comisión está presentar anualmente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través del Ministerio de Economía y Competitividad, la propuesta de oferta de empleo público, que deberá tener en cuenta las necesidades de recursos humanos de la actividad de esta entidad para el ejercicio de sus funciones. Artículos 32, 33, 34 de la Ley 3 de 2013. El personal funcionario se rige por las normas aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado. El Presidente de la CNMC

este organismo, el artículo 9.2 de la Ley 7 de 2007 consagra expresamente que el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública establezca.

Le corresponde al presidente la celebración de los contratos de trabajo del personal laboral que será seleccionado, mediante convocatoria pública que debe guiarse por los principios de igualdad, mérito y capacidad. También se deberá tener en cuenta el acceso al empleo público de las personas con discapacidad.

En cuanto al personal eventual, se trata de aquel que en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin²³⁰. El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento²³¹.

es quien cuenta con la facultad para convocar y resolver los procedimientos de provisión de puestos de trabajo. El personal laboral, se rige por el Real Decreto Legislativo 1 de 1995, de 24 de marzo, por la normativa convencional aplicable en su caso y por los preceptos de la Ley 7 de 2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

²³⁰ Artículo 12 de la Ley 7 de 2007. Estatuto Básico del Empleado Público

²³¹ El Presidente de la CNMC podrá nombrar hasta un máximo de dos asesores para la realización de funciones de confianza y asesoramiento especial no reservadas a funcionarios de carrera, con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin. Así mismo, el Vicepresidente podrá nombrar un asesor.

2. El nombramiento y cese del personal eventual serán libres entre quienes tenga acreditada experiencia y capacitación profesional. En todo caso, el cese tendrá lugar cuando se produzca el cese, respectivamente, del Presidente y del Vicepresidente.

Sobre sus peculiaridades funcionales, la CNMC debe actuar con independencia de cualquier interés empresarial o comercial, en desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines. Ni el personal ni los miembros de los órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada.

La CNMC debe velar por la aplicación uniforme de la normativa sectorial y general de competencia en todo el territorio, mediante la coordinación con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y la cooperación con la Administración General del Estado y con los órganos jurisdiccionales. Así mismo, debe colaborar con los organismos de la Unión Europea²³².

La CNMC, con el fin de preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos objeto de su regulación, tiene funciones de carácter general²³³, relacionadas con la supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos, funciones de arbitraje, tanto de Derecho como de equidad²³⁴, en materia de conductas que posiblemente impidan,

²³² La CNMC deberá mantener una colaboración regular y periódica con las instituciones y organismos de la Unión Europea, en especial con la Comisión Europea, promoviendo la coordinación de las actuaciones respectivas en los términos previstos en la legislación aplicable. En particular, fomentará la colaboración y cooperación con la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y con el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas.

La Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía fue creada para ayudar a las autoridades reguladoras de los mercados de la energía en el ejercicio a nivel comunitario de las tareas reguladoras desempeñadas en los Estados miembros y, de ser necesario, para coordinar su actuación. Por medio del Reglamento (CE) n° 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo se crea esta agencia. Fuente: http://europa.eu/legislation_summaries/energy/internal_energy_market/en0013_es.htm. Página web consultada el 23 de enero de 2014.

El Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas –ORECE fue creado para garantizar una aplicación coherente del marco regulador de la UE para las comunicaciones electrónicas y el fomento de un mercado interior eficaz en el sector de las telecomunicaciones. Fuente: <http://euroalert.net/news.aspx?idn=15710>. Página web consultada el 23 de enero de 2014.

²³³ Artículo 5 de la Ley 3 de 2013

²³⁴ El ejercicio de esta función arbitral no tiene carácter público. El procedimiento arbitral se regula mediante Real Decreto y se ajusta a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad.

restringan y falseen la competencia²³⁵, sobre el control de concentraciones económicas, la promoción y realización de estudios, trabajos de investigación en materia de competencia, e informes generales sobre sectores económicos, y en general, debe adelantar las funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto.

El nuevo regulador tiene responsabilidad como un órgano consultivo, pues la CNMC actuará como órgano consejero sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y al buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. La Comisión puede ser consultada por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los Departamentos Ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio y las Organizaciones Empresariales y de Consumidores y Usuarios²³⁶.

²³⁵ Esta competencia de la CNMC, sin perjuicio de las competencias que corresponden a los órganos autonómicos de defensa de la competencia en su ámbito respectivo.

²³⁶ Para lograr su cometido debe llevar a cabo las siguientes actuaciones:

a) *Participar, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico.*

b) *Informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente.*

c) *Informar sobre todas las cuestiones a que se refiere el artículo 16 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en cuanto a los mecanismos de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales.*

d) *Cualesquiera otras cuestiones sobre las que deba informar, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente.*

3. *Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, en el sector eléctrico y en el sector de gas natural, en el sector ferroviario, en materia de tarifas aeroportuarias y el mercado postal, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estará a lo dispuesto en los artículos 6 a 11 de esta Ley.*

4. *En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.*

Por ser el tema central de esta investigación, se hará referencia al sector de comunicaciones electrónicas y se entrará en el detalle de las facultades de solución de controversias entre operadores, de este nuevo organismo y su naturaleza.

Específicamente en el sector de las Comunicaciones Electrónicas²³⁷, la CNMC supervisa y controla el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas y ejerce funciones relacionadas, en resumen, con la definición de mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, identificación de operadores con poder significativo en el mercado, e imposición de obligaciones a estos operadores, la resolución de los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones²³⁸.

Como ya se había mencionado anteriormente, la CNMC tiene como función la resolución de los conflictos²³⁹ que le sean puestos en su conocimiento por

5. Para el ejercicio de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dispondrá, de conformidad con lo establecido por el Capítulo IV de esta Ley en materia presupuestaria, de recursos financieros y humanos adecuados, incluidos los necesarios para participar activamente en las actividades de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y del Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas y contribuir a las mismas.

²³⁷ Artículo 6 de la Ley 3 de 2013.

²³⁸ Para mayor ilustración, se transcriben las siguientes funciones:

1. Definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.
2. Identificar el operador u operadores que poseen un poder significativo en el mercado cuando del análisis de los mercados de referencia se constate que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.
3. Establecer, cuando proceda, las obligaciones específicas que correspondan a los operadores con poder significativo en mercados de referencia, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo.
4. Resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1.a) de la presente Ley.
5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo.
6. Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto.

²³⁹ Artículo 12 de la Ley 3 de 2013.

parte de los operadores económicos de los mercados de comunicaciones electrónicas, en relación con las obligaciones derivadas de la Ley 32 de 2003, de 3 de noviembre, Dichas controversias pueden darse entre operadores, o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, de conformidad con la definición de estos conceptos que trae el Anexo II de dicha Ley²⁴⁰.

Sobre la toma de decisiones, tal como se señalaba anteriormente, los miembros del Consejo de la CNMC sesionan en pleno y por salas²⁴¹. Las salas conocerán de los temas que no estén expresamente atribuidos al pleno. Entre salas puede suceder que el asunto de conocimiento de una de ellas, deba ser informado a la otra con carácter preceptivo²⁴².

²⁴⁰ Anexo II de la Ley 32 de 2003, definición de acceso e interconexión. 2. *Acceso: la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Este término abarca, entre otros aspectos, los siguientes: el acceso a elementos de redes y recursos asociados que pueden requerir la conexión de equipos por medios fijos y no fijos (en particular, esto incluye el acceso al bucle local y a recursos y servicios necesarios para facilitar servicios a través del bucle local); el acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles; el acceso a sistemas informáticos pertinentes, incluidos los sistemas de apoyo operativos; el acceso a la conversión del número de llamada o a sistemas con una funcionalidad equivalente; el acceso a redes fijas y móviles, en particular con fines de itinerancia; el acceso a sistemas de acceso condicional para servicios de televisión digital; el acceso a servicios de red privada virtual.*

14. *Interconexión: la conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por un mismo operador o por otro distinto, de manera que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios del mismo operador o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red. La interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas.*

²⁴¹ En la reunión en pleno de la CNMC conocerá de los siguientes temas según el artículo 21 de la Ley 3 de 2013: a) Los que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14.1 de la presente Ley, sean indelegables para el Consejo, con la excepción de la impugnación de actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 5.4.

b) Aquellos en que se manifieste una divergencia de criterio entre la Sala de Competencia y la de Supervisión regulatoria. c) Los asuntos que por su especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión, recabe para sí el pleno, por mayoría de seis votos y a propuesta del Presidente o de tres miembros del Consejo.

²⁴² Un ejemplo de los procedimientos sobre los cuales una sala debe informar a la otra: cuando participe, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico.

La Sala de Competencia, deberá emitir concepto en los procedimientos que se encuentran en los artículos 6 a 11 de esta Ley, que corresponde a los sectores de comunicaciones electrónicas, eléctrico y de gas natural, postal, de comunicación audiovisual, de tarifas aeroportuarias, y ferroviario, que afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados²⁴³. Esta sala conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15 de 2007 de 3 de julio, relativa a la Defensa de la Competencia y a la actividad de la promoción de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3 de 2013, de 4 de junio.

Específicamente, esta sala conocerá de los asuntos relacionados con conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia, sin perjuicio de los asuntos que correspondan a los órganos autonómicos de defensa de la competencia en su ámbito respectivo y según su jurisdicción. También deberá aplicar lo dispuesto en materia de control de concentraciones económicas y en materia de ayudas públicas.

Así mismo, la Sala de Supervisión Regulatoria, deberá emitir concepto en los procedimientos en materia de defensa de la competencia relacionados con los sectores ya mencionados.

De forma que la Ley 3 de 2013 trae en concreto las tareas que deberán asumir los respectivos ministerios a raíz de este nuevo reparto de funciones²⁴⁴. Esta normativa consagró que los ministerios asumirían tareas administrativas que

²⁴³ Un ejemplo de los procedimientos sobre los cuales debe emitir concepto: cuando debe identificar el operador u operadores que poseen un poder significativo en el mercado cuando del análisis de los mercados de referencia se constate que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.

²⁴⁴ Disposiciones adicionales de la sexta a la undécima de la Ley 3 de 2013.

antes estaban a cargo de los organismos reguladores, con el fin de concentrar los deberes de la CNMC en la vigilancia del correcto funcionamiento de los mercados y la libre competencia.

Específicamente en el caso de las telecomunicaciones, las funciones se trasladaron al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, sin embargo, en el caso de las telecomunicaciones, a diferencia de los otros sectores, la Ley 3 de 2013 no lo consagró expresamente. No obstante el Ministerio sigue a cargo del otorgamiento, gestión y control del espectro radioeléctrico, de la protección de los usuarios en cuanto a la función de información y atención al usuario, y de la resolución de controversias entre estos y los operadores.

Para concluir, antes de la creación de la CNMC en España, las funciones que esta “nueva” Comisión agrupó, las ejercían otros organismos reguladores sectoriales, cuya independencia era importante para efectivizar todos aquellos intereses públicos y privados que se encontraban de por medio.

La CNMC hoy tiene funciones, en general, de supervisión y control, y de resolución de conflictos, esta última, más amplia y flexible que el mero arbitraje.

Con la creación de la CNMC se reafirma la importancia de la autonomía e independencia en un organismo técnico, que en este caso, rige varios sectores fundamentales de la economía de España en virtud de esto, se consagró la restricción de que los miembros del Gobierno y altos cargos de las administraciones públicas, no puedan asistir ni hacer parte de las reuniones del Consejo de dicha entidad.

Solo el análisis de ejercicio de las funciones de la CNMC determinará si este cambio de esquema, donde un organismo regulador y de competencia agrupa,

por una parte control, el ex ante y ex post, y por otra, concentra varios sectores, logra cumplir los objetivos deseados.

Bajo este contexto vino la “*nueva*” Ley de Telecomunicaciones de España, del 2014²⁴⁵, cuyo texto se inspiró en los criterios de liberalización del sector, de libre competencia, de recuperación de la unidad de mercado y de reducción de cargas, todo con el fin de aportar seguridad jurídica a los operadores y de crear las condiciones necesarias para la existencia de una competencia efectiva. Este cuerpo normativo buscó incentivar la realización de inversiones en el despliegue de redes de nueva generación y la prestación de nuevos servicios.

Los principales objetivos que persigue el referido estatuto de las telecomunicaciones están orientados a recuperar la unidad de mercado en este sector, para lo cual establece procedimientos de coordinación y resolución de conflictos entre la legislación sectorial estatal y la legislación de las Administraciones que puedan afectar al despliegue de redes y a la prestación de servicios. Así mismo, se proyectó que esta normativa facilitaría las actividades anteriores, a través de la simplificación administrativa, eliminando licencias y autorizaciones por parte de la administración de las telecomunicaciones para determinadas categorías de instalaciones que hacen uso del espectro, por ejemplo, en propiedad privada o para la renovación tecnológica de las redes. Igualmente se pretendió facilitar el despliegue de las nuevas redes de comunicaciones electrónicas, permitiendo el acceso a las infraestructuras de otros sectores económicos susceptibles de ser utilizadas para ese fin.

²⁴⁵ Ley 9 del 9 de mayo de 2014.

También se previó reducir las cargas administrativas de los operadores, simplificando las obligaciones de reporte de información, de manera que únicamente se les podrá solicitar lo que no se encuentre ya en poder de las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANR).

Además, contempló efectuar seguimiento estricto a la existencia de operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas, y se planteó velar por que se garantice la provisión de los servicios bajo condiciones de mercado y criterios de inversor privado, con el fin de evitar que se produzcan distorsiones de la competencia.

La Ley se refiere a la reciente normativa que creó la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, atribuyendo en todo caso a dicha Comisión las competencias de regulación *ex ante* y resolución de conflictos entre operadores, reconocidas ya por la normativa comunitaria del año 2002²⁴⁶.

Por último, la Ley pretendió reforzar el control del espectro radioeléctrico (ERE) y las potestades de inspección y sanción, para lo cual, facilitó la adopción de medidas cautelares y de revisión de la cuantía de las sanciones.

Por otra parte, sobre la solución de controversias entre usuarios y operadores, la reciente Ley de Telecomunicaciones de España, contempló mecanismos de solución de controversias entre las partes, con el fin de reforzar los derechos de los usuarios. Al respecto, reiteró los derechos introducidos en la Ley 32 de 2003, de 3 de noviembre, por el Real Decreto-Ley 13 de 30 de marzo de 2012.

²⁴⁶ Ley 3 de 4 de junio de 2013 por la cual se crea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en España. Directiva 2002/20/CE y Directiva 2002/21/CE.

Los derechos que esta normativa consagra son los relacionados con la protección de datos de carácter personal y la privacidad de las personas, y el mantenimiento del procedimiento extrajudicial de resolución de controversias entre operadores y usuarios finales ante el Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Por otra parte, la ley establece de manera expresa que lo consagrado en ella en materia de usuarios, prevalece sobre la normatividad comunitaria, específicamente se refiere a la Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores²⁴⁷.

La Ley 9 incluye, dentro del principio de transparencia y publicación de la información, que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo debe publicar periódicamente los datos resultantes de la gestión del procedimiento de resolución de controversias establecido entre los operadores y los usuarios. Dicha información debe presentarse desagregada con el fin de conocer en detalle acerca de los servicios, materias y operadores sobre los que versan las reclamaciones recibidas²⁴⁸.

Los usuarios tendrán derecho a disponer de un procedimiento extrajudicial, transparente, no discriminatorio, sencillo y gratuito, para resolver sus controversias con los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público. La norma se refiere a las controversias sobre los derechos específicos de las personas físicas que tienen calidad de usuarios, a saber, al derecho a celebrar y resolver contratos, a cambiar de operador, a recibir información, a elegir medio de pago, a

²⁴⁷ Apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 2011/83/UE: 2. *Si las disposiciones de la presente Directiva entraran en conflicto con una disposición de otro acto de la Unión que regule sectores específicos, la disposición del otro acto de la Unión prevalecerá y será de aplicación a dichos sectores específicos.*

²⁴⁸ Artículo 54 numeral 5 y artículo 55 numeral 1.

acceder al servicio de emergencias, a recibir facturación detallada, a detener el desvío de llamadas que haga un tercero, a suprimir la identificación de la llamada.

Es tarea del Ministerio de Industria, Energía y Turismo establecer mediante orden, un procedimiento para que los usuarios finales que sean personas físicas puedan someterle dichas controversias. Por su parte, los operadores estarán obligados a someterse a este procedimiento, así como a cumplir la resolución que le ponga fin.

Adicionalmente, la norma contempla el silencio administrativo positivo, pues según el procedimiento que se adopte, se habrá establecido el plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución expresa, y transcurrido éste, se podrá entender desestimada la reclamación. En todo caso, el efecto del silencio administrativo positivo, no exime a la administración de su obligación de resolver la reclamación de forma expresa²⁴⁹. La resolución expedida podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, los usuarios tendrán derecho a someter sus controversias al conocimiento de las Juntas Arbitrales de Consumo. Ahora bien, si las Juntas Arbitrales de Consumo acuerdan conocer sobre la controversia, no será posible acudir al procedimiento comentado anteriormente.

Finalmente, esta normativa promueve la creación de códigos de conducta voluntarios entre las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, dentro de los cuales se podrían estipular procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que

²⁴⁹ Artículo 43 de la Ley 30 del 26 de noviembre de 1992. Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

surjan por la prestación de los servicios de la sociedad de la información, aspecto que podría favorecer a los usuarios²⁵⁰.

Bajo este contexto, la resolución de conflictos entre operadores, según el Título VI sobre la Administración de las Telecomunicaciones de la Ley de Telecomunicaciones de 2014, determinó las competencias que tienen atribuidas las diferentes Autoridades Nacionales de Reglamentación(ANR)²⁵¹, y específicamente incorporó la competencia de la nueva Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), quien tiene a cargo, entre otras funciones, la resolución de conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas.

Así mismo, esta Comisión es la responsable de la definición y análisis de los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, de la determinación del coste neto en la prestación del servicio universal, de la identificación del operador u operadores con poder significativo de mercado, y del establecimiento de obligaciones específicas a dichos operadores.

²⁵⁰ El estatuto consagra que las administraciones públicas deben impulsar la elaboración y aplicación de códigos de conducta por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores. Los códigos de conducta podrán además de tratar otros temas, en particular referirse a los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos y la protección de los destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas, así como sobre los procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que surjan por la prestación de los servicios de la sociedad de la información. La Ley 9 de 2014 modificó la Ley 34 de 11 de julio de 2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

²⁵¹ Para mayor ilustración, ver Ley 9 de 2014: *Artículo 68. Competencias de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos. 1. Tendrán la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación de Telecomunicaciones: a) El Gobierno. b) Los órganos superiores y directivos del Ministerio de Industria, Energía y Turismo que, de conformidad con la estructura orgánica del departamento, asuman las competencias asignadas a este ministerio en materias reguladas por esta Ley. c) Los órganos superiores y directivos del Ministerio de Economía y Competitividad que, de conformidad con la estructura orgánica del departamento, asuman las competencias asignadas a este ministerio en materias reguladas por esta Ley. d) La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de las competencias que se le ha asignado en materias reguladas por esta Ley. (...)*

La norma facultó a la ANR para exigir a los operadores, sean personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas, la observancia del deber de suministro de información, en aras de comprobar el cumplimiento de las obligaciones específicas impuestas en el marco de la regulación ex ante y el cumplimiento de las resoluciones dictadas para resolver conflictos entre operadores²⁵².

En relación a la resolución de conflictos²⁵³, se contempla que la CNMC es la autoridad encargada de resolver los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes, en virtud de la mencionada ley y su normativa de desarrollo, entre operadores, o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión. Además, define los anteriores conceptos²⁵⁴.

La CNMC deberá, previa audiencia de las partes, dictar resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la ley de

²⁵² Artículo 10 de la Ley 9 de 2014

²⁵³ Artículo 15 de la Ley 9 de 2014

²⁵⁴ Para mayor ilustración: 2. *Acceso*: la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluyendo cuando se utilicen para el suministro de servicios de la sociedad de información o de servicios de contenidos de radiodifusión. Este término abarca, entre otros aspectos, los siguientes: el acceso a elementos de redes y recursos asociados que pueden requerir la conexión de equipos por medios fijos y no fijos (en particular, esto incluye el acceso al bucle local y a recursos y servicios necesarios para facilitar servicios a través del bucle local); el acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles; el acceso a sistemas informáticos pertinentes, incluidos los sistemas de apoyo operativos; el acceso a sistemas de información o bases de datos para pedidos, suministros, pedidos, solicitudes de mantenimiento y reparación, y facturación; el acceso a la conversión del número de llamada o a sistemas con una funcionalidad equivalente; el acceso a redes fijas y móviles, en particular con fines de itinerancia; el acceso a sistemas de acceso condicional para servicios de televisión digital; así como el acceso a servicios de red privada virtual.

18. *Interconexión*: la conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por un mismo operador o por otro distinto, de manera que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios del mismo operador o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red. La interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas.

creación de esta Comisión, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva. El plazo no puede ser mayor a 3 meses desde la recepción de la información²⁵⁵.

Lo anterior sin perjuicio de los recursos que procedan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 de la ley que creó la CNMC, en la cual los actos y resoluciones del presidente y del Consejo en pleno y en salas, dictados en el ejercicio de funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, y no serán susceptibles de recurso de reposición, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el caso de los conflictos transfronterizos, que surgen entre operadores que no se encuentran en el mismo Estado, la CNMC a solicitud de parte, coordinará con la otra autoridad nacional de reglamentación, a fin de encontrar una solución al conflicto.

Así mismo, esta autoridad tiene la potestad de solicitar que el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE)²⁵⁶ adopte un dictamen sobre las medidas que deben tomarse para resolver el

²⁵⁵ La CNMC tiene facultad para dictar disposiciones vinculantes en desarrollo y ejecución de las leyes y reales decretos. En lo que respecta a los análisis de mercados relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas que se realizan para determinar la existencia de operadores con un poder significativo en el mercado no han sido vinculantes para la autoridad de defensa de la competencia. Ahora en este caso del nuevo organismo, si difiere el criterio adoptado ex ante, será el Consejo de la CNMC en pleno quien dirima el asunto seguramente.

²⁵⁶ Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE), se creó con el fin de fomentar una aplicación coherente de la normativa de la Unión Europea (UE) y mejorar así el funcionamiento del mercado único. Este organismo apoya a la Comisión Europea y las ANR a aplicar la normativa de la UE sobre comunicaciones electrónicas, también asesora al Parlamento Europeo y al Consejo de la UE, y complementa a escala europea la labor reguladora desarrollada por las ANR. La ORECE reemplazó al Grupo de Entidades Reguladoras Europeas (ERG), a través del cual las autoridades nacionales de reglamentación (ANR) intercambiaban conocimientos y buenas prácticas y emitían dictámenes sobre el funcionamiento del mercado de telecomunicaciones de la UE. El Reglamento 1211 del 25 de noviembre de 2009, proferido por el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, creó el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE).

litigio. Ahora bien, si la CNMC da inicio a esta consulta, no puede resolver el conflicto sin haber recibido el dictamen, pero puede tomar medidas urgentes, en caso de ser necesario.

Pese a que esta norma consagra el deber de esperar el dictamen de la ORECE y de tenerlo en cuenta en caso de que imponga obligaciones a algunas de las partes, no contempla las consecuencias de la no observancia por la Comisión.

La ley de Telecomunicaciones de España consagra, como ya había mencionado, a un grupo de organismos de la Administración General del Estado como parte de la Autoridad Nacional de Reglamentación de las Telecomunicaciones²⁵⁷, entre ellos al Gobierno, a los órganos superiores y directivos del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, al Ministerio de Economía y Competitividad y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, quienes tienen el deber de cooperar mutuamente con los restantes órganos de control de otros Estados y con los organismos pertinentes de la UE, a fin de fomentar la aplicación coherente de la normativa comunitaria en materia de comunicaciones electrónicas, contribuir al desarrollo del mercado interior, y apoyar el cumplimiento de los objetivos de la ORECE.²⁵⁸

Aunque las funciones de la CNMC están consagradas en la Ley 3 de 2013, el nuevo estatuto de las telecomunicaciones hace referencia a las materias reguladas, sobre las cuales este organismo ejercería las siguientes funciones, entre otras:

d) Resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 de la presente Ley.

²⁵⁷ Artículo 68 de la Ley 9 de 2014

²⁵⁸ Dentro de los objetivos de la ORECE están el de promover una mayor coordinación entre las autoridades nacionales de regulación, servir como foro exclusivo para la cooperación entre ellas, así mismo con la Comisión Europea.

En particular, le corresponderá resolver conflictos entre operadores relativos a la determinación de las condiciones concretas para la puesta en práctica de la obligación impuesta por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo de la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada, o de la ubicación compartida de infraestructuras y recursos asociados, de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 32 de la presente Ley, así como resolver conflictos sobre el acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas y el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal, en los términos establecidos por los artículos 37 y 38 de la presente Ley.

Así mismo, la CNMC tendrá a cargo las funciones atribuidas de manera expresa por la normativa comunitaria, por la ley y por las normas que la reglamenten.

3.3.1.3 Conflictos entre operadores de Telecomunicaciones. España²⁵⁹

Se aborda el desarrollo de la función de solución de controversias entre los operadores de telecomunicaciones de España, teniendo en cuenta que se tomó como referente tangencial este país, se analizó al antiguo regulador CMT, y al nuevo organismo que agrupó funciones y sectores, denominado Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sumado al nuevo estatuto que los rige del año 2014, que gobierna las telecomunicaciones en España²⁶⁰.

²⁵⁹ Información proporcionada por el ex Consejero de la Comisión de Mercado de Telecomunicaciones de España, Dr. Ángel García Castillejo, en entrevista de octubre de 2013.

²⁶⁰ En otras latitudes: Por ejemplo en México, la solución de controversias entre operadores telecomunicaciones esta cargo de los Tribunales especializados del Poder Judicial de la Federación en materia de competencia, telecomunicaciones y radiodifusión, quien conoce de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de la Ley. Artículo 315 de la Ley Federal de telecomunicaciones y radiodifusión, del 14 de julio de 2014. Fuente: <http://www.ift.org.mx/>

En Perú, el OSIPTEL es el encargado de la solución de conflictos entre operadores, respecto del cual el Poder Judicial ejerce la facultad revisora. El OSIPTEL, como Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo técnico especializado, que regula y supervisa el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, y protege los derechos de los usuarios. Este

Los principales conflictos entre los operadores se relacionan con el acceso y la interconexión, sumado a controversias sobre la competencia de la autoridad nacional de reglamentación.

La liberalización y la entrada de nuevos actores para prestar el servicio público de telecomunicaciones, (en España llamado comunicaciones electrónicas, el cual es considerado como una actividad económica de interés general), han traído como consecuencia relaciones entre los operadores establecidos y

organismo, por vía administrativa conoce de manera previa y obligatoria, y tiene competencia para resolver los conflictos entre empresas sobre temas vinculados a los aspectos técnicos económicos y jurídicos relacionados con la interconexión, normas sobre libre y leal competencia, el derecho de acceso a red, compartición de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Fuente: Ley 28295 del 28 de junio de 2004, y Decreto Legislativo 1019 de 10 de junio de 2008. Las instancias de solución de controversias del OSIPTEL son los Cuerpos Colegiados en primera instancia y el TSC en segunda y última instancia. Agotada esta vía es posible recurrir al Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo. Fuente: <https://www.osiptel.gob.pe/>.

En Uruguay, el Órgano Regulador URSEC (Unidad Reguladora de Servicios de Comunicación) tiene la competencia para resolver las controversias entre los operadores de telecomunicaciones. Ley 17.296 del 23 de febrero de 2001.

Fuente: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3046755.htm#art294>

En Ecuador, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del 18 de febrero de 2015, creó la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL). En particular, ARCOTEL como Ente Regulador se encuentra adscrito al Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. Esta entidad es la encargada de la administración, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico y su gestión, así como de los aspectos técnicos de la gestión de medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes. En concreto, sobre las funciones de dirimir controversias entre los operadores de telecomunicaciones, esta autoridad cuya naturaleza es administrativa tiene esta potestad. Las partes tiene la posibilidad de recurrir ante la misma autoridad, y en consulta ante el Consejo del Ministerio de Telecomunicaciones, donde termina la actuación administrativa. Ahora bien, en caso dado que alguna de las partes quiera atacar dicha decisión, debe interponer una demanda ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso y Administrativo.

En Chile, frente a las controversias que surjan relacionadas con regulación de tarifas, la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL) o el concesionario podrán solicitar la opinión de peritos. Para el efecto se forma una comisión compuesta de tres expertos, uno nominado por el concesionario, otro por la Subsecretaría y uno de común acuerdo. Ya con el concepto, la SUBTEL resuelve en definitiva respecto de las bases que debe adoptar en el estudio respectivo. Ley 18.168 de 1982. Ley General de Telecomunicaciones. Por otra parte, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile tiene competencia para hacer recomendaciones y mandatos a la SUBTEL, lo ha hecho sobre tarifas, acceso, desagregación entre otros temas.

Fuente: http://www.subtel.gob.cl/images/stories/apoyo_articulos/estudios/informe_final_uai_2013.pdf

entrantes, que se generan a partir del deber de la interconexión o de la compartición de equipos, espacios e instalaciones esenciales.

Las directivas de la Unión Europea, en especial la Directiva Marco del 2002²⁶¹ y su modificación del año 2009, incluyeron reglas sobre el uso compartido de recursos y la manera de determinar los costos, también dieron facultad a las autoridades regulatorias de telecomunicaciones para exigir el uso compartido de los elementos de red y demás recursos asociados, como lo pueden ser ductos, antenas y otras estructuras.

Las Directivas le imponen la obligación a los estados miembros de velar porque estas autoridades tengan la facultad para intervenir en la prestación de los servicios, así como en las relaciones entre los operadores, siempre y cuando estén de por medio los objetivos de la Directiva Marco.

Sobre los conflictos entre los operadores de telecomunicaciones, en especial los relacionados con la interconexión y la facultad de la autoridad administrativa para resolverlos, vale la pena preguntarnos sobre diferentes temáticas que son cercanas entre sí. Es el caso del Regulador que además de aplicar las normas generales y la regulación específica, se ve abocado a crear norma cuando está frente a una hipótesis sobre la cual no encajan los hechos.

Por otra parte, la función desarrollada por la autoridad administrativa que regula al sector ejerce un papel principal o residual en la solución de conflictos entre los operadores²⁶². Pues aunque, su función está principalmente atada a

²⁶¹Directiva 2002/21/CE marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas

²⁶² La norma andina otorga expresamente la facultad de resolver conflictos al regulador, cuando estos se presenten durante la ejecución de la interconexión. Resolución 432 de 2000.

la protección de intereses superiores, su tarea en parte atiende a la autonomía de las partes que se relacionan entre sí, que acuerdan y deciden de qué manera solucionan sus conflictos²⁶³.

Sobre el alcance de la función del Ente Regulador, nos preguntamos si tendría competencia para resolver temas contractuales o si solo tendría la facultad para pronunciarse sobre aspectos que se presentan en estas relaciones de interconexión, pero que por su contenido, están por fuera del acuerdo o contrato suscrito y que son de carácter regulatorio. Igualmente nos cuestionamos por la manera en que debe orientar su decisión al momento en que interviene en la controversia o que esta llega a su conocimiento: ¿debe decir el derecho y dar a cada quien lo que le corresponda? ¿O tal vez debe resolver el conflicto conforme a los intereses de las partes, sumado a la defensa de la libre competencia y la protección del mercado?

La Autoridad Reguladora, con su poder de intervención entre las partes proveedoras de redes y servicios, y especialmente para resolver los conflictos: ¿En qué medida actúa de oficio?, y ¿qué tan usual es que ocurra de esta manera?, o ¿ejerce su función en la mayoría de los casos a petición de parte?, y de ser así, ¿solo de esta forma cambia su ropaje de autoridad reguladora a *cuasi juez*?

Por otra parte, en principio no habría duda, respecto de la naturaleza administrativa o jurisdiccional de su decisión, según el organismo que la profiera y las facultades otorgadas. Sin embargo, queda la incertidumbre por la naturaleza de los conflictos que llegan a conocimiento de un ente regulador, es decir, si este debe tener facultades de naturaleza jurisdiccional, además de

²⁶³ El regulador podría intervenir sin solicitud de parte por ejemplo para proteger la continuidad en la prestación de los servicios de telecomunicaciones a un grupo de usuarios.

aquellas de carácter administrativo, o si éstas no deben estar en cabeza de una sola entidad, o si debe existir una clasificación expresa de asuntos y controversias que permita a los actores del sector, y a los operadores jurídicos tener toda la claridad sobre su competencia del asunto que llega a su conocimiento.

Lo anterior, sin tener en cuenta en el caso colombiano, en el cual las normas de la Comunidad Andina expresamente tienen un mandato para la Autoridad Nacional de las Telecomunicaciones, conforme al cual, esta debe conocer de problemas que se presentan entre operadores, situados en un momento específico de la relación contractual sin atender a su temática particular, salvo que sea durante la ejecución de la interconexión²⁶⁴.

Más allá de lo dicho anteriormente, y ya frente a los conflictos como tal y la tarea del Regulador en el caso español, se traen a continuación, reflexiones de gran importancia de Bermúdez Ordriozola²⁶⁵.

En primer lugar, sobre los criterios que debe tener en cuenta la Autoridad Reguladora para dirimir los conflictos, el autor ubica en primera medida al usuario, al interés que este tenga y a los aspectos que le afecten como destinatario del servicio.

La Autoridad de Regulación analizará y evaluará, antes de tomar una decisión, cuáles son las obligaciones o restricciones reglamentarias impuestas a

²⁶⁴ En la parte final de esta investigación, se hará referencia, sobre el cambio normativo reciente de la norma Andina.

²⁶⁵ BERMÚDEZ ODRIOZOLA, Luis. Artículo 14. Resolución de Conflictos. En: Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32 de 2003, de 3 de noviembre, de Eduardo García de Enterría y Tomas de la Quadra-Salcedo (Coordinadores). Madrid: Editorial Thomson Civitas, 2004. Págs. 236 - 264. Al respecto otro título del autor: BERMÚDEZ ODRIOZOLA, Luis. Interconexión y Acceso a las Redes. En: La Nueva Regulación de las Telecomunicaciones, La Televisión e Internet, de José Manuel Villar Uríbarri (Director), Navarra: ARANZADI, 2003. Págs. 92 - 113.

cualquiera de las partes, es decir a los operadores como responsables de la prestación del servicio, como parte de la interconexión, como proveedor de una parte de la red, de una instalación esencial, o de la infraestructura necesaria para el interfuncionamiento de redes. Así mismo, los deberes y derechos de los usuarios como parte de esta cadena, quienes también tienen obligaciones que los hace responsables en un momento dado, como suscriptores y, en general, como usuarios de un servicio que corresponde a la categoría de servicio público²⁶⁶.

El Regulador también deberá evaluar la conveniencia de fomentar ofertas innovadoras en el mercado y de dotar a los usuarios de una amplia gama de servicios de telecomunicaciones, aspecto que tiene gran importancia por una parte, por brindar facilidades, herramientas, aplicaciones y contenidos para que el usuario los incorpore en su vida y le dé mayor bienestar y posibilidades de mejorar su calidad de vida y, por otra, que estas posibilidades transformadoras lleguen a todos los habitantes del territorio nacional y de la Unión Europea, sin discriminar negativamente por ubicación geográfica, raza, capacidad económica, alfabetización, discapacidad, entre otros aspectos.

Entre los operadores y en cuanto a la interconexión solicitada, la Autoridad Reguladora también deberá determinar la disponibilidad de alternativas técnicas y comercialmente viables, sin tomar partido por una tecnología determinada y atendiendo a las posibilidades de aquel operador que requiere de la interconexión, del uso o del acceso, y las condiciones de la red del operador que posiblemente sea un operador establecido.

El Regulador como autoridad del sector deberá determinar la conveniencia de garantizar la igualdad en las condiciones de acceso entre los operadores, así

²⁶⁶ Resolución CRC 3066 de 2011, sobre el régimen de usuarios de telecomunicaciones.

como la importancia y necesidad de mantener la integridad de la red pública de telecomunicaciones y la interoperabilidad de los servicios²⁶⁷.

Sumado a lo anterior, es deber del Ente Regulador, al fijar condiciones de acceso, uso e interconexión, o imponer una servidumbre, tener en cuenta la naturaleza de la solicitud, en relación con los recursos disponibles para satisfacerla, así como las posiciones de las partes en el mercado²⁶⁸.

Para ilustrar, se presentan particularidades de los conflictos más comunes de conocimiento de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), desde el inicio de la actividad de este organismo.

Así, la simetría en la aplicación de los precios de interconexión, reutilización de infraestructuras de interconexión, entrega de circuitos de interconexión, negativa a trasladar condiciones económicas de manera arbitraria, retraso en la ampliación de la capacidad de interconexión y conflictos sobre precios de terminación a los operadores móviles, son los tópicos más recurrentes. Así mismo, la posibilidad de puntos de interconexión, supresión de cláusulas anticompetitivas de los acuerdos, interconexión por capacidad y solicitud de interrupción o desconexión por parte del operador dominante por impagos, entre otros.

Ahora bien, respecto al momento en el cual se da la controversia, ésta se puede presentar antes de que la interconexión sea efectiva, posterior al

²⁶⁷ Cuando se hace mención a red pública de telecomunicaciones, se entiende esta categoría como conjunto de elementos que soportan y sirven como medio para la prestación de un servicio público, no por la propiedad y naturaleza de los titulares de los bienes que la conforman.

²⁶⁸ El regulador al resolver conflictos entre los operadores, debe recordar la razón de ser de su facultad de intervención, como lo es, el interés público, la promoción de la competencia y la importancia y necesidad de mantener un servicio universal, que en un mercado en competencia adquiere todo el significado e importancia, más aún un Estado social de derecho como Colombia.

acuerdo de interconexión, o cuando ya se dio la interconexión y se declara la dominancia de una de las partes²⁶⁹. De igual forma, se presentan conflictos antes del acuerdo o contrato de interconexión, conflictos a propósito del contrato y conflictos de interconexión.

En relación a las partes, pueden darse conflictos entre operadores fijos que no son dominantes, conflictos entre operadores móviles con el operador dominante móvil. En cuanto al acuerdo, se dan conflictos sobre la ejecución, la interpretación y la extinción del contrato.

Respecto del precio, se presentan conflictos sobre precios de la interconexión; precios de terminación cobrados por operadores móviles dominantes, posiblemente por falta de transparencia en los precios que cobra un operador dominante; por aplicación de criterios no objetivos por operador móvil no dominante; conflictos entre operadores móviles, ante la negativa de un operador no dominante a revisar sus precios, como consecuencia de la revisión obligatoria de precios de operador dominante en virtud de decisión del Regulador.

3.3.2 Unión Europea: Directiva 21 del 2002 y Directiva 140 de 2009

La Directiva Marco de la UE²⁷⁰, relativa a un entorno regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, consagra que de conformidad con el principio de separación de las funciones de regulación y de explotación, los Estados miembros deben garantizar la independencia de

²⁶⁹ BERMÚDEZ ODRIÓZOLA, Ob. Cit. Pág. 111.

²⁷⁰ Directiva 2002/21/Ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002. (Directiva Marco)

las autoridades nacionales de reglamentación con el fin de asegurar la imparcialidad de sus decisiones.

Así mismo, esta directiva que busca conseguir un marco armonizado para la regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas, las redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados, contempla el derecho que tienen las partes afectadas por las decisiones de las autoridades nacionales de reglamentación de recurrir ante un organismo independiente de las partes interesadas. Al respecto, esta normativa reconoce que este organismo puede ser un tribunal.

Además, insiste en que toda empresa que considere que su solicitud de derechos de instalación de recursos no ha sido tramitada, y que posiblemente se estén violando los principios consagrados en esta directiva, podrá recurrir estas decisiones.

Ahora bien, se deberá tener en cuenta al interior de cada Estado la división de competencias en su sistema judicial nacional y los derechos de las personas físicas o jurídicas en virtud del derecho nacional.

Es posible que la acción pretendida por la norma comunitaria, de conseguir un marco armonizado para la regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas, no se logre de manera suficiente por los Estados miembros. Al respecto, se establece que a nivel comunitario se pueden tomar medidas que permitan lograr los efectos deseados, basados en los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad consagrados en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea.

En primer lugar, el principio de subsidiariedad se refiere a que la UE actuará en ámbitos que en principio no le corresponden, sólo en caso de que los

objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros a nivel central, regional o local. Aunado a ello, la Directiva definió que los Parlamentos Nacionales deben velar por el respeto de este principio, con arreglo al procedimiento establecido en el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea²⁷¹.

A su turno, el principio de proporcionalidad corresponde a que el contenido y la forma de la acción de la Unión, no pueden exceder más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.

En este sentido, en lo que concierne a la solución de controversias entre operadores²⁷², la Directiva Marco contempla que en caso de que se presente un litigio en relación con obligaciones derivadas de la Directiva Marco o de las directivas específicas²⁷³ entre empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas de un Estado miembro, o entre dichas empresas y otras empresas del mismo, es tarea de la Autoridad Nacional de Regulación (ANR) de cada Estado miembro, velar por que se beneficien los operadores de las obligaciones de acceso o de interconexión impuestas en virtud de esta directiva, y adoptar y proferir, a petición de cualquiera de las partes, una decisión vinculante para resolver el litigio a la brevedad posible. La norma de igual manera consagra un límite máximo de cuatro meses²⁷⁴.

²⁷¹ Al respecto es importante tener presente que el modo en que cada Parlamento nacional realiza el control de la actuación de su Gobierno con respecto a las actividades de la UE atañe a la organización y práctica constitucionales propias de cada Estado miembro. La UE tiene como objetivo impulsar una mayor participación de los Parlamentos nacionales en las actividades de la Unión e incrementar su capacidad para manifestar su opinión sobre los proyectos de actos legislativos de la Unión, así como en otros asuntos que consideren de especial interés.

²⁷² Artículo 20 de la Directiva Marco, 2002/21/CE.

²⁷³ Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/22/CE.

²⁷⁴ La parte correspondiente al litigio en relación con obligaciones derivadas de la Directiva Marco o de las directivas específicas entre empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas de un Estado miembro, o entre dichas empresas y otras empresas en el Estado miembro, que

Ahora bien, los Estados miembros podrán disponer que la ANR decida no resolver un litigio mediante decisión vinculante cuando existan otros mecanismos, como la mediación, que puedan contribuir a resolver el litigio de manera oportuna y conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva²⁷⁵. Sumado a lo anterior, la Directiva promueve unos principios reguladores que deben guiar la misión de las Autoridades Nacionales de Reglamentación.²⁷⁶

En suma, pese a ser esta la mejor opción, la ANR deberá informar a las partes sin demora. En todo caso, si han transcurrido cuatro meses y el litigio no se ha resuelto ni se ha sometido a un órgano jurisdiccional por la parte que considera que fue lesionada en sus derechos, la ANR, a petición de una de las partes, emitirá una decisión vinculante para resolver el litigio, en un plazo máximo de cuatro meses.

La Directiva reitera que las ANR, al resolver un litigio, perseguirán la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 8, citado anteriormente. Así mismo, respecto a las obligaciones que una ANR pueda

se beneficien de las obligaciones de acceso o de interconexión impuestas en virtud de esta directiva, corresponde a los cambios que introdujo la Directiva 2009/140/CE a la Directiva Marco.

²⁷⁵ Vale la pena reflexionar en el caso de la resolución de conflictos si la ANR al tomar una decisión frente a un litigio entre operadores, deba fallar en derecho según los hechos y las pretensiones o si además debe guiarse por los principios y objetivos de la directiva Marco.

²⁷⁶ La Directiva 2009/140/CE, modificó la Directiva Marco, e incluyó específicamente en el literal a) del aparte 2, a las personas de la tercera edad y a aquellos que tienen necesidades especiales. Así mismo, en el literal b) del numeral 2 incluye que no existan falseamientos ni restricción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos. Para mayor ilustración se copian apartes del artículo 8 sobre los objetivos generales y principios reguladores que deben guiar la misión de las autoridades nacionales de reglamentación: 1. (...) *Los Estados miembros velarán por que, al desempeñar las funciones reguladoras especificadas en la presente Directiva y en las directivas específicas, en particular las destinadas a garantizar una competencia efectiva, las autoridades nacionales de reglamentación tengan en cuenta en la mayor medida posible la conveniencia de una regulación tecnológicamente neutra. Las autoridades nacionales de reglamentación podrán contribuir, dentro del ámbito de sus competencias, a la aplicación de políticas destinadas a la promoción de la diversidad cultural y lingüística y del pluralismo de los medios de comunicación.* 2. *Las autoridades nacionales de reglamentación fomentarán la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados. (...)*

imponer a una empresa alrededor de la resolución del litigio, deberá respetar lo dispuesto en la Directiva Marco y en las específicas ya citadas.

En relación a la publicidad de las decisiones adoptadas, la Directiva consagra que la decisión adoptada por la ANR deberá hacerse pública, siempre en consonancia con las exigencias que impone el secreto comercial.

Esta norma también hace el llamado para que las ANR argumenten y expongan detalladamente a las partes interesadas los motivos en que se basan su decisión. De este modo, la parte o partes que no estén de acuerdo con la decisión tomada por la autoridad podrán emprender acciones legales ante el órgano jurisdiccional.

3.3.3 La Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos de América

El objeto del presente apartado es brindar un acercamiento al regulador americano, por ser un referente importante, sin tratarse de un estudio de derecho comparado, cuyas autoridades tanto de EEUU como Colombia obedecen a sistemas diferentes²⁷⁷.

²⁷⁷ La influencia de los Estados Unidos en cuanto a las autoridades administrativas independientes es una realidad, que no encaja fácilmente en un país como el nuestro por la forma de organización del Estado. Se toman elementos de un modelo, para una autoridad administrativa que se encuentra adscrita a un ministerio, dentro de la rama ejecutiva, anclada en un esquema en el cual no se caracteriza del todo frente al modelo del cual se toman elementos. Sin embargo, en el caso colombiano, en el sector de las telecomunicaciones, la Comisión de Regulación de Comunicaciones, cuya naturaleza corresponde a una autoridad administrativa, actúa con cierto grado de independencia, y autonomía, con unas condiciones específicas que la reconoce como un órgano técnico y especializado, con limitaciones que nacen de sus facultades y que se muestran en su operación, que no le permitan un mayor desempeño, y efectividad a la hora de hacer cumplir la regulación en un sector cuya actividad corresponde a la categoría del servicio público, como lo son las telecomunicaciones.

Antes de avanzar en el detalle de este órgano regulador, se propone un cuadro que incorpora afirmaciones de Botero, sobre las etapas regulatorias que se dieron en el proceso de los dos países. Etapas de la regulación en Colombia y en Estados Unidos²⁷⁸:

Colombia	Estados Unidos
Primera etapa: Protección del monopolio natural y control de precios	
Monopolio y servicio público	Monopolio privado regulado
Segunda etapa: La liberalización del sector	
<i>Ley 72 de 1989; Decreto-Ley 1900 de 1990; Constitución Política 1991; Ley 142 de 1994</i> <i>Apertura del sector</i> <i>Empresa estatal como competidor</i> <i>Regulación por servicios</i> <i>Primer paso hacia el principio de neutralidad tecnológica con el Decreto 2870 de 2007 (Decreto de Convergencia)</i>	<i>Ley de Comunicaciones de 1996:</i> <i>Eliminación de barreras a la entrada:</i> <i>Eliminación de franquicias locales exclusivas. Se incluye el derecho a la portabilidad numérica fija y móvil.</i> <i>Imposición de obligaciones de interconexión para el operador histórico: como reventa de servicios, compra de acceso a elementos de la red.</i>
<i>Ley de Tecnologías de la Información y Comunicaciones (Ley 1341 de 2009): reforma al sector en concordancia con los principios de convergencia y de neutralidad tecnológica</i> <i>Simplificación de la legislación</i> <i>Fortalecimiento de las funciones de la CRC: Libertad de la CRC para establecer el régimen regulatorio</i> <i>Regulación del acceso y uso de las redes y acceso a los mercados de telecomunicaciones</i> <i>Libertad de tarifas como regla general y regulación de tarifas como la excepción</i> <i>Facultades ex-ante para prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas</i>	<i>Fortalecimiento de los poderes de la FCC frente a las comisiones estatales: (...) la norma mantiene la dualidad entre mercado intra-estatal e inter-estatal, la Corte Suprema, en una decisión posterior a la de Louisiana Public Service Commission, interpretó el estatuto de 1996 como otorgando un mayor poder a la FCC. La norma establece que "la Comisión podrá prescribir dichas reglas y regulaciones en tanto sean necesarias en el interés público para dar cumplimiento a esta ley".</i> <i>Facultades respecto del servicio de televisión</i> <i>Regula contenidos y redes</i>

Cuadro de elaboración propia. Principales aspectos destacados por Carolina Botero.

²⁷⁸ BOTERO CIFUENTES. Las Funciones de la CRC en la Nueva Ley de TIC: Un Análisis Comparado con las Funciones de la FCC en Estados Unidos. Ob. cit. Págs. 587-608. El cuadro es de elaboración propia con fines académicos. Su contenido se tomó de apartes literales de un artículo en una obra colectiva de la Universidad Externado de Colombia, de Carolina Botero sobre la FCC y la CRC.

Sobre los antecedentes de la FCC (*Federal Communications Commission*), se encuentra el Acta de Comunicaciones de 1934 que otorgó a este organismo la responsabilidad de supervisar lo relacionado con las comunicaciones²⁷⁹.

Antes de la FCC, el órgano a cargo era la Comisión de Comercio Interestatal (*Interstate Commerce Commission*, ICC), cuya función era el control del servicio debido a la aproximación de carácter geográfico, entre el ferrocarril y los recursos telefónicos²⁸⁰.

La FCC es el Órgano Regulador de las comunicaciones interestatales y las internacionales, por radio, televisión, satélite y cable. Las funciones de esta gran agencia a nivel federal son prioritarias en tratándose de asuntos de la Nación sobre los Estados²⁸¹.

Respecto a los asuntos en el nivel estatal existen las *Public Utility Commissions* (PUC) que tienen competencia en materia de

²⁷⁹ El objetivo principal del Acta de 1934 fue proporcionar: “de la mejor manera posible, a toda la gente de Estados Unidos, un servicio de comunicaciones por radio e hilos rápido, eficiente, nacional e internacional con los servicios adecuados a precios razonables”

²⁸⁰ Respecto al servicio de comunicaciones, el autor Uyless D. Black en su obra *Redes de Transmisión de datos y proceso distribuido*, sobre los antecedentes al nacimiento de la FCC y el modelo de gestión de los servicios de comunicaciones, manifestó lo siguiente: “En la mayoría de los países, la industria de comunicaciones y los concesionarios de servicios de comunicaciones han estado controlados, debido a su vital importancia en los programas económico, social y de seguridad. En Estados Unidos, los concesionarios de servicios de comunicaciones se desarrollaron como monopolios controlados- como un compromiso al sistema americano de libre empresa. Otros países han considerado las comunicaciones como parte de la estructura de sus gobiernos (Postal, Telegraph and Telephone Administration, PTT).” D. BLACK, Uyless. *Redes de Transmisión de datos y Proceso Distribuido*. Madrid: Díaz de Santos, S.A, 1987.

²⁸¹ RAMÍREZ, J. R., VEGA, J. Las Autoridades Nacionales de Regulación. En: Revista BIT No 105. Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación- GRETEL. Madrid, 1997. Págs. 93 - 94. Para referirse al regulador como autoridad reguladora nacional, que en el caso americano, lo catalogan como una agencia omnipoderosa y en otros modelos como ANR y la Administración actuando de la mano, para mayor ilustración se cita a los siguientes autores Ramirez y Vega quienes ilustran: “Precisamente, del reparto de papeles entre el órgano independiente de regulación y la Administración se configura un modelo de regulación u otro: desde las omnipoderosas agencias reguladoras según el modelo anglosajón (FCC/OFTTEL/ACA), al modelo bicéfalo de reparto de papeles entre la ARN y la Administración imperante en la mayor parte de los países comunitarios (CMT, ART, etc.)”.

telecomunicaciones, sobre los servicios de móviles, redes de cable y telefonía fija²⁸².

La FCC tiene a cargo la regulación de las telecomunicaciones a nivel federal, este organismo es el regulador convergente del sector de comunicaciones y de la industria audiovisual²⁸³. Así mismo, regula las comunicaciones satelitales, móviles y fijas²⁸⁴.

En relación con la estructura organizacional, la FCC es una agencia gubernamental independiente, es directamente responsable frente al Congreso, y se compone de 5 comisionados que los nombra el Presidente de los Estados Unidos, y los confirma el Senado, cuyo periodo es de 5 años²⁸⁵.

La FCC tiene poderes para investigar las violaciones que se cometan por la no observancia de las normas por parte de los regulados, y para tomar las medidas correspondientes con el fin de lograr su observancia²⁸⁶. Asimismo

²⁸² Ante un asunto relacionado con las telecomunicaciones, en el cual tenga competencia las PUC y la FCC, la competencia principal la tiene la FCC.

²⁸³ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. Los Medios de Comunicación y los Sistemas Democráticos. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 1996. Págs. 23 - 38. Relacionado con este tema: *En los Estados Unidos la burocracia federal es enorme y compleja y comprende, aparte de los ministerios o "cabinet departments", un número considerable de comisiones presidenciales, sociedades gubernamentales, "independent agencies" y "regulatory agencies". Estas últimas son a modo de comisiones delegadas creadas con el propósito de supervisar de cerca determinada actividad en general económica. Sus funciones son no sólo, ejecutivas, sino también legislativas e incluso judiciales. Pues bien, una de ellas es la FCC.*

²⁸⁴ En Estados Unidos, el concepto de interés común guía actividades como la prestación de servicios de telecomunicaciones, y está encomendada a personas privadas, las cuales en régimen de competencia, persiguen la satisfacción de su propio interés particular, al mismo tiempo que satisfacen el de sus clientes y el de la comunidad en general.

²⁸⁵ Uno de los comisionados tiene la función de ser presidente de la FCC. De los 5 comisionados, 3 pueden ser miembros del mismo partido político.

²⁸⁶ La Ley de Comunicaciones de 1934, le dio a la FCC la facultad de establecer su organización administrativa, para el desarrollo de sus funciones. La FCC cuenta con oficinas que apoyan labores administrativas como procesamiento de solicitudes, recibo de reclamos, y los despachos para el desempeño de la tarea regulatoria en concreto. Fuente: Página web de FCC: www.fcc.gov. Consultada en octubre de 2013.

protege los derechos de los usuarios, sirve de mediador para resolver sus conflictos, resuelve las controversias²⁸⁷.

Dentro de su organización, la FCC cuenta con una Oficina de Observancia del cumplimiento de la normatividad²⁸⁸, que tiene como tarea principal vigilar el cumplimiento de la regulación de las telecomunicaciones. Las principales temáticas están alrededor del cumplimiento de normas relacionadas con el espectro radioeléctrico, los consumidores de telecomunicaciones y la solución de controversias comerciales.

La FCC inicia investigaciones por incumplimiento de la ley y de las normas que expide, como reglas, órdenes y autorizaciones. Esta oficina además investiga sobre el incumplimiento de los requisitos que deben cumplir los operadores de telecomunicaciones sobre la universalidad del servicio.

Aunado a lo anterior, la FCC tiene facultad para resolver conflictos entre operadores, además de vigilar el cumplimiento de la reglamentación, como ya se mencionó en el párrafo anterior.

Dentro de la citada oficina, se resalta la división encargada específicamente de la resolución de conflictos del mercado, por tratarse del tema objeto de esta investigación, la cual se encarga de la resolución de quejas que se presenten contra los operadores de telecomunicaciones, alámbricos e inalámbricos, por violación de la Ley de Comunicaciones, por parte de los actores en el mercado y demás entidades u organizaciones²⁸⁹. Igualmente, esta división resuelve quejas presentadas por los operadores de telecomunicaciones, respecto de la

²⁸⁷ Para la protección de los usuarios esta la Oficina de Asuntos Gubernamentales y del Consumidor. Este organismo genera políticas públicas de telecomunicaciones, responder preguntas a los consumidores, recibe sus quejas, proteger los derechos de los usuarios discapacitados.

²⁸⁸ *Enforcement bureau*.

²⁸⁹ Según lo contemplado en la Sección 208 de la Ley de Telecomunicaciones de 1996.

razonabilidad de las tarifas, y condiciones y precios por el uso de las infraestructuras²⁹⁰.

Sobre asuntos relacionados con el espectro radioeléctrico, tiene la responsabilidad de atender y solucionar quejas relacionadas con la seguridad pública o asuntos técnicos sobre requisitos de los equipos²⁹¹.

La FCC cuenta con una Oficina Internacional encargada de desarrollar y articular políticas internacionales relacionadas con las telecomunicaciones. Así mismo, promueve los intereses relacionados con las áreas de defensa nacional, política exterior y comercio internacional²⁹².

Por otra parte, este organismo cuenta con varios despachos, entre ellos, el Despacho de Medios, que regula las estaciones de radio AM, FM y de transmisión por televisión, los servicios por satélite y la televisión por cable²⁹³, y el Despacho para la Seguridad Pública, que se encarga de los asuntos relativos al manejo de emergencias, la seguridad pública, la seguridad nacional, el manejo de desastres, y aspectos relacionados con la seguridad y confiabilidad de la red, para el mantenimiento de las comunicaciones.

²⁹⁰ Según la Sección 224. *Ibidem*.

²⁹¹ La división también es responsable de tomar decisiones en relación con violación de las normas sobre construcción y operación no autorizada de estaciones de radio.

²⁹² La Oficina internacional, también administra políticas, reglas y procedimientos para la autorización y regulación de establecimientos y servicios internacionales de telecomunicaciones, así como de los sistemas satelitales internacionales. Esta dependencia monitorea el cumplimiento de las condiciones de las autorizaciones y licencias concedidas por el Despacho, así mismo, tramita acciones de cumplimiento junto con las oficinas y despachos apropiados. Representa a la Comisión en asuntos internacionales sobre telecomunicaciones en conferencias y reuniones nacionales e internacionales, y dirige y coordina la preparación de la Comisión para tales conferencias y reuniones con la Unión internacional de las Telecomunicaciones (UIT).

²⁹³ Se encarga de administrar la política y el licenciamiento de programas relacionados con medios electrónicos, la televisión por cable, la transmisión por televisión, y la radio en Estados Unidos.

La FCC también tiene competencia para decidir si se debe bloquear un proceso de adquisición de empresas entre operadores de telecomunicaciones que puedan tener como efecto, menoscabar las condiciones de competencia en el mercado o crear un monopolio. Además, tiene el deber de analizar los efectos que puedan tener este tipo de operaciones en el acceso y servicio universal, la cobertura de los servicios, su asequibilidad y su calidad, igualmente debe evaluar el impacto de la transacción en la competencia del mercado, la seguridad nacional y el uso eficiente del ERE. No obstante, todas las decisiones de la FCC en este sentido son susceptibles de revisión judicial, para lo cual los tribunales verificarán y supervisarán que esta Autoridad de Regulación haya seguido el proceso administrativo y haya actuado de forma imparcial, igualmente, examinarán las razones y argumentos que justificaron la decisión adoptada.

Entre las funciones específicas, como ya se había mencionado en un aparte anterior, está la solución de controversias, para lo cual la Comisión atiende las demandas interpuestas de manera oficial por las empresas operadoras, también sirve de mediadora en las controversias ya suscitadas, con el fin de que las partes lleguen a un acuerdo privado entre ellas. Este aspecto que permite la resolución rápida de la controversia, evita gastos de litigio, acerca posiciones de las partes sobre asuntos que no merecen ser sometidos a un litigio formal, y facilita la comunicación y evaluación de la posición de cada una de las partes.

Esta División de Solución de Controversias Comerciales participa en las mediaciones, que corresponden a la última fase dentro del proceso de denuncia del conflicto. Este mecanismo aunque no elimina los conflictos, si logra reducirlos, por ello, es considerado como una herramienta eficaz dentro de la función de *enforcement*.

La norma tiene un procedimiento de denuncia rápido que requiere que las partes intenten como prerequisite la mediación. El denunciante puede ser un consumidor, una empresa u operador, y el objetivo es iniciar acciones en contra del operador denunciado.

En cuanto a la mediación, se le atribuyen muchas ventajas, pues en esta etapa las partes intercambian sus posiciones sobre los hechos y antecedentes jurídicos, y esas declaraciones son destruidas al final de las reuniones con el fin de garantizar la naturaleza informal de la mediación.

En relación con la potestad sancionatoria, la FCC también realiza investigaciones de oficio, las cuales pueden dar lugar a multas. Lo anterior, tiene dos propósitos, en primer lugar, disuadir a los infractores para que no repitan por las conductas sancionadas (prevención especial) y, en segundo lugar, evitar que los demás actores ejerzan comportamientos similares (prevención general).

Aunado a lo anterior, de conformidad con la sección 503 de la Ley, pueden ser considerados factores de atenuación, para efectos de imponer las multas, la naturaleza, las circunstancias, la extensión y la gravedad de la infracción. Respecto al infractor, se tendrá en cuenta el grado de culpabilidad, la capacidad de pago y las infracciones anteriores²⁹⁴.

Por último, en Colombia la función de dirimir controversias es una función formalmente administrativa, que materialmente, se acerca a la función judicial y a la función legislativa. En Estados Unidos, la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC), como una agencia regulatoria, expresamente cuenta

²⁹⁴ MONTAÑA PLATA, Alberto. Ponencia. Op. Cit. El regulador americano, la FCC a más de funciones normativas y normativas tradicionales, desarrollan funciones judiciales o cuasijudiciales, bajo el apelativo de *rule making* y *adjudication*.

con estas funciones, además de que sus decisiones vinculan por el precedente, características que en nuestro sistema de tridivisión de poderes no se otorgan a una autoridad administrativa como la CRC.

En el caso del modelo Británico, el organismo regulador está dentro de la categoría denominada *quango* (organización no gubernamental autoridad cuasi autónoma), que no forma parte de la estructura formal del Estado. Como autoridad es diferente de los organismos ministeriales, sus integrantes los designa el gobierno y no tienen la categoría de funcionarios. Tanto la FCC de Estados Unidos, como la OFCOM de Gran Bretaña, y la CRC de Colombia, son denominadas autoridades administrativas autónomas e independientes, cada una con sus particularidades²⁹⁵, sin embargo, nuestro regulador de las telecomunicaciones, no es independiente al pertenecer a la rama ejecutiva y tener a la cabeza del Ministerio al cual está adscrito como parte de la Comisión²⁹⁶.

²⁹⁵ SANTIAGO SÁNCHEZ. Ob. Cit. Págs. 23 - 38. Sobre las Entidades Administrativas Independientes, como lo manifiesta el citado doctrinante, desde el poder se ha querido separar a estos órganos de su órbita de acción, Sobre el tema afirma que desde los años ochenta, se ha dado un proceso de entrega de la responsabilidad de la gestión a lo que se han llamado autoridades administrativas independientes o instancias reguladoras. Al respecto, Sánchez considera que la creación de las autoridades independientes “refleja una desconfianza... tradicional en la filosofía política anglosajona, en el Estado como sede del poder político, cuando se trata de controlar ámbitos delicados relacionados con las libertades públicas, que dependen del funcionamiento de la economía de mercado, o que pueden afectar a ciertos recursos públicos raros que interesan a las libertades fundamentales”. “El recurso a estas instancias responde a razones que son a la vez de orden político y jurídico: de un lado, evitar en ciertos campos (la comunicación, la informática, la competencia, el mercado financiero...) una intervención directa del Estado considerada, a partir de ahora, inoportuna; de otro, permitir acciones mejor adaptadas a las exigencias de la regulación de estos sectores delicados gracias a la concesión a estas instancias de medios de expresión más diversificados, desde los poderes jurídicos clásicos (decisión ejecutiva, sanción...) a formas de expresión más flexibles y más consensuadas (advertencias, consejos, dictámenes...)”

²⁹⁶ Por último, es importante destacar en este punto el reciente cambio dentro del marco regulatorio de la CRC, a raíz de la expedición de la Ley del Plan de Desarrollo, Ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. “Todos por un Nuevo País”), que modificó el artículo 20 de la Ley 1341 de 2009, y que consagró que el Viceministro General del MINTIC, podrá ser delegado del Ministro de dicho despacho en la conformación de la Comisión, así mismo, amplió el periodo de los Comisionados de 3 a 4 años, y eliminó la presencia obligatoria del Ministro, facilitando que se lleven a cabo las sesiones de Comisión y se decida con la mayoría simple de sus miembros. (Artículo 207, Parágrafo 1 de la Ley

Luego de esta aproximación, dentro de la estructura y fines del regulador se continúa con el análisis de las funciones del ente regulador en Colombia.

3.4 Las funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones

De acuerdo con el antecedente normativo se observa un común denominador en la facultad de intervención del Órgano Regulador, relacionada con la función de dirimir conflictos. A partir de la época del Decreto 2122 del año 1992, a la Comisión se le entregaron funciones regulatorias, administrativas y de solución de controversias²⁹⁷. Desde el inicio, la Comisión tenía la facultad

1753 de 2015: *La Presidencia de la Sesión de CRC será ejercida por quien los miembros de la Comisión designen.*)

²⁹⁷ Decreto 2122 de 1992 artículo 4. Funciones de la Comisión: 1. *Propiciar la competencia en el sector de las telecomunicaciones y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante por parte de operadores de telecomunicaciones, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales para los distintos operadores que intervienen en la prestación de una misma clase de servicio, según su posición en el mercado.* 2. *Prevenir toda práctica restrictiva de la competencia en el sector de las telecomunicaciones.* 3. *Definir los indicadores y modelos para evaluar la eficiencia de la gestión de las empresas de servicios de telecomunicaciones.* 4. *Proponer y dar las soluciones de carácter administrativo a los conflictos que puedan presentarse entre operadores de servicios de telecomunicaciones, en aquellos casos en que se requiera la intervención del Ministerio de Comunicaciones, para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio.* 5. *Fijar las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones y cuando lo considere necesario, establecer fórmulas que administren los operadores para la fijación de las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones e interconexiones. La Comisión podrá establecer el régimen de libertad o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a que la fijación de las tarifas sea libre.* 6. *Adoptar los mecanismos de contabilidad que deban desarrollarse en el sector de telecomunicaciones.* 7. *Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, de acuerdo con las autorizaciones del Ministerio de Comunicaciones en los términos del numeral 16 del artículo 1o. del presente Decreto, para utilizar la red de telecomunicaciones del Estado, así mismo fijar los cargos de acceso y de interconexión a esta red.* 8. *Reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, así como proponer las correspondientes tasas, derechos o tarifas que debe pagar el concesionario por la concesión.* 9. *Establecer, de acuerdo con el tráfico cursado, cargos especiales en las tarifas de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional los cuales ingresarán al Fondo de Comunicaciones del Ministerio para fomentar programas de telefonía social dirigidos a las zonas rurales y urbanas con altos índices de necesidades básicas insatisfechas y a la Tesorería General de la República, de acuerdo con la distribución que apruebe el Consejo Nacional de Política Económica y Social.* 10. *Someter a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, la distribución de los ingresos por concepto de las tarifas de concesiones de servicios de telefonía móvil celular y de servicios*

de regular las tarifas, reglamentar el régimen de usuarios, fijar los cargos de acceso, proponer reglas diferenciales entre operadores, y establecer cargos especiales para los servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional con el fin de fomentar programas de telefonía social, entre otros²⁹⁸.

Luego vino la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, Ley 142 de 1994, que previó unas funciones generales que aplicaban a todas las Comisiones creadas, y otras específicas para cada Comisión.

Dentro de las funciones generales, estaban las de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea posible, y en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad²⁹⁹.

Las funciones específicas de la CRT, se encontraban consagradas en seis (6) literales³⁰⁰, que se resumen en: promover la competencia, proponer medidas para impedir abusos de posición dominante, adoptar reglas de comportamiento diferenciales para los operadores, resolver controversias

de larga distancia nacional e internacional, para que éste determine la parte que deba destinarse a los objetivos y programas del mismo fondo y la parte que se destinará a la Tesorería General de la Nación. 11. Señalar criterios y normas relativas a la protección de los derechos de los usuarios, normas de facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de las empresas con los usuarios de servicios de telecomunicaciones. 12. Denunciar ante la Superintendencia competente las prácticas contrarias a las normas sobre protección de la competencia, en que se vean involucrados quienes estén relacionados directa o indirectamente con la prestación de los servicios públicos regulados. 13. Dictar sus estatutos y reglamento y someterlo a la aprobación del Gobierno Nacional.

²⁹⁸ La Comisión de Regulación del Decreto 2122 de 1992, asumiría las funciones de la Junta Nacional de Tarifas, en lo concerniente a las Telecomunicaciones, que fue suprimida por el Decreto 2167 de 1992, del 30 de diciembre. La Junta Nacional de Tarifas fue creada mediante el Decreto 3069 de 1968 cuyas facultades fueron otorgadas por la Ley 65 de 1967.

²⁹⁹ Artículo 73 de la Ley 142 de 1994

³⁰⁰ Artículo 74.3 *Ibíd.*

entre operadores para garantizar los principios de libre y leal competencia, y la eficiencia en el servicio. Así mismo, establecer los requisitos generales que deben cumplir los operadores de TPBCLDN y LDI para utilizar las redes, reglamentar la concesión de licencias para su establecimiento, señalar las fórmulas de tarifas que se cobraran por la concesión, y fijar los cargos de acceso y de interconexión.

3.4.1 La concentración de las funciones de regulación en cabeza de Comisión de Regulación de Comunicaciones

El Decreto 1130 de 1999 otorgó a la Comisión la facultad de regular todos los servicios de telecomunicaciones. Esta norma fue expedida por el Presidente de la República, en virtud del artículo 189 numeral 16 de la Constitución Política, consistente en la facultad de modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades y organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas de la Ley 489 de 1998, que dictó normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, en especial en su artículo 54, que contempló los principios y reglas generales para que el Gobierno Nacional pudiera llevar a cabo dicha modificación³⁰¹.

Así mismo, esta norma concentró en la Comisión las funciones de regulación que tenía asignadas al Ministerio de Comunicaciones conferidas por el Decreto-Ley 1900 de 1990, relacionadas con la obligación de interconexión y los servicios de facturación y recaudo. El párrafo del artículo 37 contempló que la Comisión, ejercería las funciones a que hace referencia, en relación a todos los servicios de telecomunicaciones, con excepción de los de

³⁰¹ El artículo 37 de esta norma, incorporó las funciones de la Comisión que consagra la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, y el Decreto 2167 de 1992 relacionado con la fijación de precios, el control y fiscalización de las tarifas, como ya se había mencionado.

radiodifusión sonora, auxiliares de ayuda y especiales. Los servicios de televisión continuarían rigiéndose por sus normas especiales.

Por otra parte, la Ley 555 de 2000, Ley de PCS³⁰², además de regular el servicio de comunicación personal, dentro de los servicios públicos de telecomunicaciones, no domiciliarios, móviles o fijos, de ámbito y cubrimiento nacional, de fijar el régimen jurídico aplicable, y de establecer las reglas para otorgar concesiones, también contempló funciones para el órgano regulador de las telecomunicaciones. Para el efecto, el artículo 15 consagró, que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones sería el organismo competente para promover y regular la competencia entre los operadores de los Servicios de Comunicación Personal, entre sí y con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, fijar el régimen tarifario, regular el régimen de interconexión, ordenar servidumbres en los casos que sea necesario, expedir el régimen de protección al usuario y dirimir en vía administrativa los conflictos que se presenten entre los operadores de PCS, o entre estos y otros operadores de servicios de telecomunicaciones. Igualmente estableció que esta Comisión expediría las normas que regulan la interconexión, teniendo en cuenta los principios de neutralidad y de acceso igual-cargo igual.

Esta ley aunque regulaba una categoría de servicios de telecomunicaciones³⁰³, incluyó funciones para el Órgano Regulador con el

³⁰² Por sus siglas en inglés *Personal Communications Service*.

³⁰³ Artículo 2 de la Ley 555 de 2000, que define los Servicios de Comunicación Personal: servicios públicos de telecomunicaciones, no domiciliarios, móviles o fijos, de ámbito y cubrimiento nacional, que se prestan haciendo uso de una red terrestre de telecomunicaciones, cuyo elemento fundamental es el espectro radioeléctrico asignado, que proporcionan en sí mismos capacidad completa para la comunicación entre usuarios PCS y, a través de la interconexión con las redes de telecomunicaciones del Estado con usuarios de dichas redes. Estos servicios permiten la transmisión de voz, datos e imágenes tanto fijas como móviles y se prestan utilizando la banda de frecuencias que para el efecto atribuya y asigne el Ministerio de Comunicaciones.

objetivo de superar la restricción de la Ley 142 de 1994 para los servicios de telecomunicaciones domiciliarios e incluir así a todos los operadores de telecomunicaciones, en lo que concierne al régimen de tarifas, interconexión, protección de usuarios, y a la facultad de este organismo de dirimir conflictos que se presenten entre operadores de servicios de telecomunicaciones incluidos los que prestan servicios de comunicación personal³⁰⁴.

Luego, con la expedición de la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Ley 1341 de 2009), se evidenció que las funciones asignadas a la CRC eran similares a las que tenía la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en su momento, sin embargo es importante destacar que las funciones de esta nueva Comisión se otorgaban por la ley bajo el mandato del artículo 365 de la Constitución Política, aspecto que en la Ley 142 de 1994, estaba repartido, por una parte por delegación del Presidente de la República, y por otra por consagración legal³⁰⁵.

Esta norma estableció que la CRC es el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y servicios de telecomunicaciones³⁰⁶. Los fines de proporcionar una prestación eficiente y de calidad son reflejo de la norma constitucional de los servicios públicos, y la finalidad social del Estado.

Por último es necesario resaltar que el modelo de gestión actual del sector de las telecomunicaciones exige un papel protagónico del Regulador, que asegure el cumplimiento del interés general, de las obligaciones de servicio

³⁰⁴ Las diferencias entre el servicio de comunicación personal y el servicio de telefonía móvil celular, no fueron visibles para los usuarios. Se trató de un tema que fue transparente para la mayoría de la población.

³⁰⁵ En la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, las funciones de la Comisión, se derivaban del artículo 370 de la C.P y de la misma Ley 142 de 1994.

³⁰⁶ Artículo 19 de la Ley 1341 de 2009.

público, por medio de un actuar especializado e independiente, que no se deje permeado por las interferencias políticas en el proceso de toma de decisiones³⁰⁷.

De esta manera, el buen funcionamiento del régimen regulatorio en un sector de interés general, como lo es el de las telecomunicaciones, está directamente relacionado con la tarea de la autoridad reguladora³⁰⁸. El Regulador actúa, en parte, con base a la información que recauda de los regulados, para tomar medidas de carácter general, particular y para resolver conflictos, aspecto que se constituye en un punto de especial cuidado, por convertirse en una fuente dada por el destinatario de la regulación, que tiene un mayor conocimiento de su propia actividad y que trae asimetría frente a la autoridad que lo vigila, en sentido general.

A continuación se consideraran las funciones regulatorias en sentido estricto de una Comisión que regula un sector cuya prestación es un servicio público; entre ellas funciones normativas, de solución de controversias, sancionatorias, entre otras, otorgadas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

3.4.2 Las funciones de regulación de la Comisión

La regulación en general hace parte de la intervención estatal cuyo fin responde a la organización de la sociedad y de la economía, y de esta manera la Corte Constitucional afirmó que en sentido amplio la regulación concentra

³⁰⁷ MONTERO PASCUAL, Juan José. Titularidad Privada de los Servicios de Interés General. En: CREMADES, Javier (Coordinador). Derecho de las Telecomunicaciones, Madrid: La Ley-Actualidad, S.A, 1997. Págs. 1217 - 1241

³⁰⁸ Destaca Montero que el regulador no puede caer en el error de confundir el interés general, con el interés del sector.

todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad³⁰⁹.

Ahora bien, la regulación en sentido estricto se orienta a la regulación como función estatal que en particular está dirigida a sectores de actividad económica o social, y tiene como propósito responder a las especificidades del mismo.

De esta manera este numeral abordará en particular aquellas tareas de un ente cuya principal misión es regular un sector en particular como el sector de las Telecomunicaciones, según sus especificidades y particularidades.

Así las funciones otorgadas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones son acordes al modelo de gestión del sector de un mercado competitivo, y su intervención es preventiva o *ex ante*³¹⁰, cuyas decisiones corresponden a actos administrativos, que se denominan resoluciones, unas de carácter general³¹¹ suscritas por el Ministro de las TIC y el Director Ejecutivo de la CRC³¹², y otras de contenido particular y concreto, en su mayoría dirigidas a

³⁰⁹ Sentencia C-150 de 2003. La Corte Constitucional en este sentido consideró que: “*Sin dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar. En este orden de ideas, el Código Civil, por ejemplo, constituye una modalidad de regulación tanto de las condiciones básicas del mercado como de la organización social*”.

³¹⁰ La CRC también realiza estadísticas, conceptos, y documentos de investigación, estudios técnicos, económicos y jurídicos de interés del sector. Resolución CRC 3002 de 2011.

³¹¹ Para expedir los actos administrativos de carácter general en el ejercicio de sus funciones, la CRC debe tener en cuenta en lo que corresponda el Decreto 2696 de 2004, *por el cual se definen las reglas mínimas para garantizar la divulgación y la participación en las actuaciones de las Comisiones de Regulación*; el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 sobre abogacía de la competencia, para aquellos proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, y el Código Contencioso Administrativo. Ver Resolución CRC 2242 de 2009 sobre el reglamento interno de la CRC, modificado por la Resolución CRC 3002 de 2011, el Decreto 089 de 2010, por el cual se modificó la estructura de la CRC.

³¹² En los casos en que haya sido delegada una facultad expresamente al Director Ejecutivo, solo firma él, previa aprobación del Comité de Comisionados.

PRSTS, dentro de su potestad reglamentaria³¹³³¹⁴ en el marco de la ley, sumado a las Circulares que expide con el fin de orientar, instruir o informar a la misma administración y/o a los actores del sector. Así mismo la Comisión también realiza estadísticas, conceptos, y documentos de investigación, estudios técnicos, económicos y jurídicos de interés del sector.

Estas Circulares están sujetas al control judicial a cargo de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y bajo la nueva tesis del Consejo de Estado³¹⁵, que consideró que aunque en general estas actuaciones de la Administración no generan efectos jurídicos directos sobre las situaciones jurídicas de los particulares, todas son susceptibles de control judicial³¹⁶.

³¹³ Gonzalez López en su trabajo doctoral, afirmó: “Bajo la tesis de reconocer la existencia de la potestad reglamentaria de las AAI, se aclara que las potestades normativas de los órganos reguladores, con sus características de independencia y de neutralidad política, no pueden considerarse en forma absoluta para desconocer o deslegitimar la potestad reglamentaria del Gobierno. No hay total independencia, ni ruptura definitiva de la vinculación de estas administraciones con el Gobierno y el Parlamento, ni podría existir, y lo que se presenta es un reforzamiento de la autonomía de su gestión para el mejor servicio de los valores que la Constitución proclama en el marco de una descentralización funcional”, “El ejercicio de las potestades normativas de estas autoridades no puede afectar el núcleo esencial de la potestad reglamentaria del Presidente o del Gobierno, pues, como potestad secundaria, debe ser especificada y limitada en la habilitación de ley”. GONZALEZ LÓPEZ, Edgar. *La Potestad Reglamentaria de las Comisiones de regulación como Autoridades Administrativas Independientes*. Bogotá. 2013.

³¹⁴ Al respecto, Vida afirmó sobre la Comisión: *La CRC tiene reconocida potestad normativa reglamentaria lo que constituye uno de sus instrumentos más relevantes de actuación en tanto mediante el ejercicio de la misma contribuye de forma determinante en la fijación del marco legal en el subsector de las comunicaciones*. Para mayor ilustración ver: VIDA FERNÁNDEZ, José. “La Comisión de Regulación de Comunicaciones: su naturaleza y significado en la organización institucional colombiana a partir de la Ley 1341 de 2009”. En: GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar (Director), *Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC (Ley 1341 de 2009)*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010. Págs. 64 – 97.

³¹⁵ La línea jurisprudencial tradicional del Consejo de Estado correspondía a “la procedencia restringida del control sobre circulares”. En este sentido esta Corporación afirmó: “En relación con el asunto que se debate la jurisprudencia de esta Sala de Decisión tradicionalmente ha puesto de relieve que pese a estar expresamente contemplado por las normas que se han ocupado de regular la materia (artículos 84 CCA y 137 CPACA), la procedencia del medio de control de nulidad frente a las circulares no puede admitirse como una regla general, sino que debe entenderse sujeta a la condición que la circular demandada revista el carácter de acto administrativo, entendido éste como manifestación de voluntad de la Administración dirigida a producir efectos jurídicos, bien sea creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica”. Sentencia del Consejo de Estado, del 27 de noviembre de 2014. C.P. Guillermo Vargas Ayala. Rad No 05001 23 33 000 2012 00533 01. Actor: Asociación de Institutores de Antioquia – ADIDA. Medio de control: Nulidad.

³¹⁶Ibid. Esta Corporación recalco: “Pese a la validez de la interpretación tradicional, la Sala estima que a la vista del cambio operado en el orden contencioso administrativo a partir de la entrada en vigor del

Por otra parte, en cuanto a los recursos administrativos contra los actos de la Comisión, respecto a los de contenido general, no proceden, y sobre los actos de contenido particular solamente el recurso de reposición ante la misma Comisión³¹⁷.

El proceso para la toma de decisiones por parte del Regulador, debe estar orientado hacia el interés público, rodeado de la decisión de expertos y del consenso entre los destinatarios de la regulación. Existe un componente cualitativo que debe ser tenido en cuenta, y que asegura que la norma sea aplicable a la situación real³¹⁸.

Así mismo, es importante que las decisiones de la Comisión no queden al arbitrio del poder ejecutivo, ni que estén sujetas a un control de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

CPACA y de las visibles transformaciones en los modos de actuación de la Administración, cada vez más proclive al uso de instrumentos blandos o atípicos (desde la perspectiva clásica del acto administrativo), resulta procedente replantearse esta postura. El alcance restrictivo del control judicial a cargo de los jueces de la Administración prohijado por la línea jurisprudencial en cuestión, así como el efecto de crear una suerte de inmunidad jurisdiccional a favor de actos que pese a ser expresión de la función administrativa presentan solo efectos orientativos, instructivos o informativos al interior de la Administración (ad intra) o hacia los particulares (ad extra), y el hecho de encerrar un desconocimiento de la regla hermenéutica según la cual todos los enunciados jurídicos deben interpretarse de tal forma que produzcan un efecto útil y que esta clase de interpretaciones debe preferirse sobre aquellas que supongan una redundancia en las disposiciones de la ley, llevan a la Sala al convencimiento de que es preciso replantearse dicha posición y entender que en virtud de lo previsto por el artículo 137 CPACA toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de control judicial”.

³¹⁷ No procede recurso alguno sobre los actos de fijación de condiciones provisionales de la interconexión, ni en la imposición de servidumbre provisional. Artículo 49 de la Ley 1341 de 2009, inciso final.

³¹⁸ HERRERA, Carlos. Ob. cit. Págs. 375 - 404. Para mayor ilustración: *La Política, el ejercicio de la razón práctica para determinar el contenido del «interés público» a defender, es indispensable de todo proceso de creación normativa; una comprobación que ha sido sacada a luz en numerosas decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU., que a partir de la Administrative Procedure Act, han exigido a la Administración, y sobre todo a los EARI, transparencia y participación ciudadana en la rulemaking o creación regulatoria a su cargo.*

Por otra parte, la necesidad de la capacidad técnica del Regulador e idoneidad de sus miembros para el desempeño y toma de las decisiones son fundamentales, sin embargo, no es una condición suficiente cuando de solucionar problemas sociales se trata. Es necesario tener conciencia de la eficiencia e incluir la razón práctica³¹⁹.

El regulador de un sector como el de las telecomunicaciones puede correr el riesgo de tomar decisiones que aunque sean proferidas por los expertos, si no fueron consultadas con todos aquellos a quienes pueden llegar a afectar, pueden resultar siendo lejanas a la realidad³²⁰, o fruto de un acuerdo, así sea tácito, entre los grupos u operadores más fuertes o mejor organizados y la entidad reguladora. Las entidades se componen de funcionarios que finalmente pueden ser objeto de presión por parte de superiores jerárquicos y de la misma industria.

La Ley 1340 de 2009, consagró una norma que directamente se relaciona con las decisiones del Regulador que puedan llegar a tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Esta ley impuso a las autoridades de regulación una obligación de consulta frente a la autoridad de competencia, Superintendencia de Industria y Comercio, sobre los actos administrativos que esta pretendan expedir y que estén ligados como ya se dijo a la libre

³¹⁹ Para mayor ilustración: *Decía el filósofo alemán Emmanuel Kant (1724-1804), refiriéndose a la razón como facultad de la mente humana, que dos son los motivos fundamentales que la impulsan a ponerse en marcha. Uno de ellos es el conocimiento. El otro la acción. Y, así, afirma Kant, dos son los ámbitos de la razón: uno, el de la razón teórica, inclinado hacia el conocimiento entendido como búsqueda de la verdad en la realidad. Otro, el de la razón práctica, inclinado hacia la búsqueda de la acción correcta en el ámbito de las relaciones interpersonales y sociales.* Fuente: http://educativa.catedu.es/44700165/aula/archivos/repositorio/1000/1249/html/1_razn_terica_y_razn_prctica.html (citado en 9 de febrero de 2015)

³²⁰ HERRERA, Carlos. Ob. Cit. Pág. 41. Al respecto, el autor considera que no puede dejarse de lado que darle un valor exagerado a la experiencia técnica tiene también sus sombras, pues considera que entre más alto se tomen las decisiones por estos expertos, hay un mayor riesgo de que sean distantes de la realidad y de que las equivocaciones que se cometan no sean aceptadas por quien las cometen y menos retar el consenso. Afirma Herrera que es fundamental el libre diálogo y la interrelación de aquellos afectados por las regulaciones públicas.

competencia. El concepto de la SIC no será vinculante, sin embargo, la Comisión tiene el deber de manifestar expresamente los motivos por los cuales se aparta, dentro de las consideraciones de la decisión³²¹.

La Ley 1341 de 2009 le otorgó a la Comisión la facultad para emitir regulación de carácter general para prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas. Así mismo, la función de expedir regulación de carácter general y de contenido particular sobre los servicios de telecomunicaciones, respecto de la protección de los usuarios³²², el régimen tarifario, la interconexión, los parámetros de calidad y los mercados.

La Comisión dentro de su competencia normativa crea derecho, como lo afirmó Gonzalez, esta “orienta, ordena y delimita las reglas de un mercado en un sector económico más allá de un simple control y seguimiento, con mayores funciones preventivas (*ex-ante*) para promover la competencia como un instrumento de la verdadera finalidad de la regulación, la preservación del interés de la comunidad y del usuario”³²³. En este sentido la Comisión expide regulación de carácter general sobre aspectos económicos y técnicos relacionados con la obligación de interconexión entre los PRST.

³²¹ Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009. Abogacía de la Competencia. Esta normativa es muestra de la relación de *mutua complementariedad* del derecho de la competencia y la regulación en mercados liberalizados como lo afirma Juan José Montero en su obra ya citada sobre “Regulación Económica y derecho de la Competencia”.

³²² Actualmente el Órgano Regulador CRC, está trabajando en un proyecto regulatorio, que tiene por objeto la Revisión Integral del Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones", y dentro del cual se hará énfasis en el establecimiento de mecanismos auto compositivos y alternativos de solución de las controversias que surjan entre los operadores y los usuarios. El regulador busca con este proyecto incluir medidas que flexibilicen los procedimientos que faciliten las relaciones entre los operadores y los usuarios, para lo cual trabaja en el plan de implementación de los mismos y formula una consulta pública para conocer la percepción al respecto de ambas partes.

³²³ Tesis doctoral de Edgar Gonzalez López ya citado.

Por otra parte, dentro de sus funciones se encuentran las que se relacionan con propuestas de normas técnicas que aplican al sector, y la función de emitir concepto de legalidad sobre los contratos de los proveedores con los usuarios, por ejemplo³²⁴.

En cuanto a la función de solución de controversias entre operadores, corresponde a otra de las tareas del regulador, que algunos consideran como una función cuasi-jurisdiccional de regulación³²⁵. Tema de gran valor en esta investigación por corresponder a su núcleo central.

Esta función del regulador se constituyó en un aspecto de gran importancia en el nuevo modelo de gestión del servicio, teniendo en cuenta el incremento de relaciones entre los operadores en un mercado liberalizado, donde la interconexión de las redes como obligación entre los operadores, es un requisito fundamental para garantizar la prestación del servicio de todos los usuarios y la competencia real y efectiva en su prestación.

La interconexión de las redes bajo la premisa de unidad de red requiere interfuncionamiento e interoperabilidad, de tal manera que independiente de su titularidad y su tecnología deben funcionar armónicamente, aspecto que no es de menor importancia y que requiere acuerdo entre las partes en el marco de la regulación. En suma, la obligación de interconexión³²⁶ se constituye en garantía de la competencia y un deber que trae múltiples relaciones y de paso conflictos.

³²⁴ Artículo 22 numeral 17 de la Ley 1341 de 2009.

³²⁵ VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo. En: Comentarios a la Ley de TIC- Ley 1341 de 2009. Universidad Externado de Colombia, 2010.

³²⁶ Obligación que genera múltiples relaciones entre los PRST, con el fin de que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios de los demás operadores.

En este contexto, la función de solución de controversias ha estado en cabeza del Regulador desde el Decreto 2122 de 1992, luego se consagró en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, también se reiteró en el Decreto 1130 de 1999, que desarrolló el mandato de la Ley 489 de 1998³²⁷, así mismo, en la Ley del PCS, y finalmente está dentro del cuerpo de funciones de la Comisión según la Ley 1341 de 2009.

De manera detallada, el Decreto 2122 de 1992³²⁸ estableció como función del Ministerio de Comunicaciones, dar solución administrativa a los conflictos que pudieran presentarse entre operadores de servicios de telecomunicaciones, en aquellos casos en los que se requiriera la intervención de esta entidad.

Así mismo, este Decreto³²⁹, que creó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, le dio la función de proponer y dar las soluciones de carácter administrativo a los conflictos entre operadores de servicios de telecomunicaciones y, además, dispuso que participaría en aquellos casos en que se requiriera de la intervención del Ministerio de Comunicaciones para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio³³⁰.

A su turno, la Ley 142 de 1994, que derogó expresamente las normas que creaban la Comisión y le otorgaban funciones, contempló expresamente la función de solución de controversias³³¹, prevista para todas las comisiones de regulación creadas por esta ley, y la consideró como facultad especial. La

³²⁷ La Ley 489 de 1998, mantuvo la naturaleza jurídica de las unidades administrativas especiales, como es el caso de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

³²⁸ Artículo 1 numeral 11.

³²⁹ Decreto 2122 de 1992, artículo 4.

³³⁰ Esta función de dar solución administrativa estaba prevista para el Ministerio y la Comisión. Sin embargo en los casos donde estaba de por medio o en peligro la libre competencia y la eficiencia del servicio la CRT tenía que necesariamente intervenir.

³³¹ Artículo 73.8 y 73.9 de la Ley 142 de 1994.

función de resolver conflictos, podía darse a petición de cualquiera de las partes, por razón de los contratos o de servidumbres, con la salvedad de aquellos asuntos que correspondiera decidir a otras autoridades administrativas³³².

Específicamente, esta ley consagró a cargo de la CRT, dentro las funciones especiales de cada Comisión³³³, la función de resolver los conflictos que se presentaran entre operadores, en aquellos casos en los que se requiriera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector, y de eficiencia en el servicio.

Adicionalmente, la Ley 142 incluyó una norma que se refería a controversias entre operadores, sobre conflictos surgidos entre empresas acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios, cuyo criterio de resolución era minimizar los costos en la provisión del servicio³³⁴.

A su turno, el Decreto 1130 de 1999³³⁵ reiteró en una lista de funciones de la Comisión, que la misma tiene la competencia para dirimir conflictos sobre asuntos de interconexión, a solicitud de parte. En el mismo sentido, la Ley 555 de 2000, además de regular el servicio de comunicación personal (PCS) y otorgar funciones a la Comisión, también se refirió a la función de dirimir controversias por vía administrativa, entre los operadores de PCS, o entre estos y otros operadores de servicios de telecomunicaciones.

³³² La norma contemplaba que las resoluciones que se adoptaran por las Comisiones, estarían sujetas al control jurisdiccional de legalidad. Aspecto que de no ser incluido igual le rige.

³³³ Artículo 74.3 literal b).

³³⁴ La Ley 142 de 1994, artículo 73.9

³³⁵ Decreto 1130 de 1999, numeral 14 del artículo 37.

Finalmente, en el año 2009 se expidió la Ley 1341, que contempló que las telecomunicaciones quedaban excluidas del régimen de servicios públicos domiciliarios, contenido en la Ley 142 de 1994, por tanto, no sería aplicable a las empresas que prestaban los servicios de TPBC, TPBCLD, y telefonía local móvil. De esta manera, en su texto, dedicó 6 artículos a la “nueva” Comisión de Regulación, con su cambio de denominación a “Comisión de Regulación de Comunicaciones”, dentro del título de organización institucional.

Particularmente, respecto a las controversias entre los operadores de telecomunicaciones, denominados por la nueva ley como Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST), la norma otorgó la función a la CRC de resolver controversias que se presentaran entre los PRST, facultad que tendría que llevar a cabo, dentro del marco de sus competencias.

De esta manera, es claro que el Regulador, según lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 y en la Ley 1341 de 2009, cuenta con la función de resolver las controversias entre operadores. Sin embargo, la problemática se presenta en la justificación, cabida, naturaleza y límites de la misma.

Las disposiciones normativas contenidas en las referidas leyes mencionadas anteriormente, fueron objeto de pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional aspecto que será parte del siguiente Capítulo, sumado al análisis de las normas, los principios que les rigen, y los aportes doctrinarios³³⁶.

Para finalizar este Capítulo sobre la función de regulación en el ámbito de las telecomunicaciones en Colombia, es necesario hacer mención sobre las

³³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1120 del 1 de noviembre de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería. Sentencia C-186 del 16 de marzo de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto.

Recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), a propósito de las funciones del Regulador plasmadas en el estudio del año 2014³³⁷, en el cuál propuso reforzar a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, ampliar sus facultades como organismo sectorial y convergente, con el fin de desempeñar mejor su labor.

La OCDE consideró que un regulador con mayores facultades puede fomentar la competencia y correlativamente, beneficiar a todos los usuarios y a las empresas. En concreto, en el estudio realizado recomendó la creación de un regulador convergente e independiente para Colombia que se encargue de los mercados de comunicaciones y radiodifusión³³⁸.

Para la OCDE, la CRC no es un organismo independiente, por no tener personería jurídica propia, y el Ministro de las TIC ser miembro en su junta. Así mismo, destaca el informe como signo de mínima independencia, que el Ministro delega en la CRC todos los análisis técnicos de las decisiones regulatorias del sector. Sumado a ello, el Ministro presidía la Comisión, por lo tanto la OCDE consideró que no hay una separación entre las funciones de políticas y las de regulación³³⁹

La OCDE reconoce que la CRC, aunque adopta la regulación, no tiene facultades para aplicarla, pues no posee competencias para imponer el cumplimiento de medidas regulatorias por carecer de potestad sancionatoria, salvo la facultad que tiene de requerir para el cumplimiento de sus funciones

³³⁷ Estudio realizado por la OCDE sobre el sector de las telecomunicaciones. 2014. El estudio se elaboró en respuesta de una solicitud del Gobierno de Colombia, a instancias del MINTIC y de la CRC.

³³⁸ Ob cit. Estudio OCDE 2014

³³⁹ Según la Ley 1341 de 2009, la Comisión no puede sesionar sin la presencia del Ministro, quien no poder delegar su tarea en otro funcionario. Aspecto que cambió recientemente con la modificación que trajo la Ley 1753 de 2015, que se menciona posteriormente.

información amplia, exacta, veraz y oportuna a los proveedores de redes y servicios de comunicaciones.

Los PRST que no proporcionen la información antes mencionada a la CRC, podrán ser sujetos de imposición de multas diarias por parte de la misma hasta por 250 salarios mínimos legales mensuales, por cada día en que incurran en esta conducta, según la gravedad de la falta y la reincidencia en su comisión. Esta sería la única posibilidad ante la cual el Órgano Regulador puede exigir el cumplimiento directo de su regulación y sancionar por ello.

En cuanto a la facultad sancionadora, la CRC debería tener la potestad para hacer que se cumpla la regulación e imponer sanciones en caso de su desconocimiento, y dentro de las sanciones, la capacidad para imponer multas, que disuadan a los operadores de incumplir. Asimismo, la OCDE consideró que para una real convergencia deben ser fusionadas la CRC y la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV).

Una de las principales tareas de la CRC está en promover y regular la libre competencia, sobre lo cual la OCDE considera que la Comisión debería tener la autoridad necesaria para establecer criterios de las subastas del espectro radioeléctrico (ERE), promover la competencia en el mercado de la telefonía móvil en cuanto a los precios entre las llamadas dentro de la red y las que van a otras redes, reducir los cargos de acceso entre los operadores y en los servicios de red fija y finalmente, regular el acceso indirecto y la desagregación del bucle local, para mejorar la competencia.

En cuanto a los usuarios, la OCDE considera que el Regulador debe promover el control de tarifas y de condiciones para el servicio de roaming

internacional³⁴⁰, igualmente debe garantizar la portabilidad numérica³⁴¹ y mejorar los canales para que los usuarios formulen sus peticiones, quejas y reclamos³⁴².

Por último, la OCDE recomienda trabajar en suprimir las barreras para la puesta en marcha de nuevas infraestructuras de telecomunicaciones y promover el desarrollo de puntos de intercambio de Internet (IXP)³⁴³.

³⁴⁰ La CRC expidió la Resolución CRC 4424 de 2014 del servicio de roaming internacional, la cual exige a los operadores tomar medidas de transparencia que permita a los usuarios controlar el límite de gasto. Se trata de obligaciones asociadas al control de gastos, que facilitan a los usuarios tomar la decisión de hacer uso o no del servicio. La citada resolución modificó el artículo 37 de la Resolución CRC 3066 de 2011, y contempla que para la prestación del servicio de roaming internacional aplicaran medidas de suministro de información, incluyendo las medidas de control de gasto para los servicios de datos, y las condiciones de activación y desactivación de los servicios de voz, SMS y datos. Los proveedores de servicios de comunicaciones móviles deberán suministrar a los usuarios, a través de todos los mecanismos de atención al usuario, información clara, oportuna y completa, además que no induzca a error y que sea gratuita. Debe informársele al usuario sobre el procedimiento de activación y desactivación, ofrecerle información sobre las tarifas de cada uno de los servicios de roaming, incluyendo la medida utilizada para el cálculo del cobro y los impuestos si es del caso. Debe informarse en pesos colombianos el valor del minuto de voz entrante y saliente, el valor de los mensajes cortos (MSM) y mensajes multimedia (MMS) entrantes y salientes y el valor del megabyte o tarifa fija del plan de datos.

³⁴¹Portabilidad Numérica es el servicio mediante el cual un usuario de TPBC puede mantener el mismo número o identificación telefónica aun cuando cambie de operador o de domicilio.

La Ley 1245 de 2008 estableció las obligaciones y competencias de la CRC en la materia, y le asignó la tarea de determinar de manera clara y oportuna los lineamientos precisos sobre los derechos y los deberes de usuarios y sus respectivos operadores. La Resolución CRC 2355 de 2010, estableció las condiciones para la implementación y operación de la portabilidad numérica para la telefonía móvil en Colombia.

³⁴²La Resolución CRC 3066 de 2011, contempla el deber de información del operador para con el usuario. Esta obligación la tienen los operadores desde el momento en que ofrecen la prestación de sus servicios, durante la celebración de los contratos y en todo momento durante la ejecución de los mismos. La información debe ser clara, transparente, necesaria, veraz, anterior, simultánea y de todas maneras oportuna, suficiente y comprobable, precisa, cierta, completa y gratuita, que no induzca error para que los usuarios tomen decisiones informadas, respecto del servicio ofrecido o prestado. Nota: La Resolución 3066 de 2011 fue modificada por la Resolución 5111 de 2017.

Los mecanismos obligatorios de atención al usuario son las oficinas físicas y virtuales (dirección web y red social), las líneas gratuitas de atención al usuario. Los Operadores móviles virtuales (OMV) deberán brindar la respectiva información a través de los mecanismos obligatorios de atención al usuario, excepto las oficinas físicas.

³⁴³Sobre IXP: *Un Punto de Intercambio de Tráfico (IXP, del inglés Internet Exchange Point) es un componente de la infraestructura de Internet que puede mejorar la asequibilidad y calidad de la Internet para las comunidades locales. Los IXP permiten que redes locales intercambien información de manera eficiente en un punto común dentro de un país, sin la necesidad de intercambiar el tráfico de Internet local en el extranjero. En diversos países en vías de desarrollo, por ejemplo, los mensajes de Internet deben intercambiarse más allá de sus fronteras debido a la falta de conectividad entre las redes nacionales, lo que agrega costos significativos.* Página de internet consultada el 18 de abril de 2014.

Este Capítulo tuvo como objetivo brindar un marco normativo y jurisprudencial del servicio público de las telecomunicaciones, la regulación, la organización institucional, las potestades del ente regulatorio y en general la normativa sobre la cual está enmarcada esta actividad económica de interés general como cimiento o base para la aproximación a la función del regulador que resuelve disputas entre los operadores, en su ejercicio, en sus decisiones, en el control judicial y en la interpretación comunitaria, y a partir de ahí construir dentro de este marco la estructura ideal y las premisas fundamentales sobre las cuales se desarrolle el mandato de esta autoridad técnica e independiente como el juez natural de un sector especializado.

Luego de acercarnos a la función de regulación, en cuanto a su contenido técnico como deber ser de un mecanismo de intervención del Estado, y revisados los antecedentes de la regulación y de la creación de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en el siguiente aparte se presentará el análisis de la obligación de interconexión como garantía de la competencia.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES. ANÁLISIS DE DERECHO POSITIVO E INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

Este Capítulo se enmarca en la función del órgano de regulación de las telecomunicaciones, relativa a la solución de controversias entre operadores del sector, a propósito de la obligación de interconexión, como condición para un mercado en competencia.

Se abordarán aspectos relacionados con la definición de interconexión, los principios que la rigen según la normatividad nacional y la Comunidad Andina, así mismo, se tratará la obligación de los operadores de realizar una oferta de interconexión y su marco normativo.

En concreto, se hará un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial de la función otorgada al Ente Regulador de las telecomunicaciones en Colombia de dirimir controversias entre los operadores. En consecuencia, este Capítulo se dividió en tres puntos, así, el concepto de interconexión de redes; la función de la Comisión, en especial la relativa a las controversias entre los PRST; y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la función de solución de controversias del regulador de telecomunicaciones.

En cuanto a la interconexión de redes como deber y fuente de las relaciones entre los operadores, se abordarán los principios orientadores de la ley de TIC como marco normativo general y los principios del régimen regulatorio particular de la interconexión, los acuerdos entre los operadores y la oferta básica de la interconexión como medida regulatoria impuesta por la Comisión.

La función de dirimir controversias se analizará desde la normativa legal nacional y comunitaria, en cuanto su consagración, así como el procedimiento para su aplicación, y se identificarán diferentes tesis de importantes aportes doctrinarios.

Se abordarán dos decisiones que ha proferido la Corte en cuanto a la constitucionalidad de la función de dirimir conflictos, como una facultad regulatoria acorde con la Constitución Política, en el marco de la intervención estatal dentro del servicio público de las telecomunicaciones.

Por último y con el propósito de hacer una aproximación a esta función se revisarán los elementos consagrados en la legislación española, la Unión Europea y los Estados Unidos de América para el regulador en este sentido³⁴⁴.

1. El concepto de interconexión de redes

Dentro del marco legal, se trajo a colación antecedentes relacionados con los aspectos más importantes de la interconexión que han determinado su ordenación.

Al respecto se destaca la obligación de interconexión entre los operadores, consagrada normativamente desde la Ley 72 de 1989³⁴⁵, que definió conceptos, principios y la organización de las telecomunicaciones en Colombia, contempló que el Ministerio de Comunicaciones tendría la tarea de establecer políticas de normalización y de adquisición de equipos y soportes lógicos de telecomunicaciones, acordes con los avances tecnológicos, con el

³⁴⁴ Las leyes de telecomunicaciones de España han sido referente para el desarrollo legislativo colombiano en esta materia así como las directivas europeas. Por su parte, se toma el regulador americano, la FCC, por ser concerniente a la temática tratada y como ejemplo del modelo anglosajón.

³⁴⁵ Artículo 11 de la Ley 72 de 1989.

propósito de garantizar la interconexión de las redes y el interfuncionamiento de los servicios de telecomunicaciones.

Luego, el Decreto-Ley 1900 de 1990³⁴⁶, dentro de las facultades del Ministerio de Comunicaciones, le otorgó la función de formular y dictar reglamentos de normalización, homologación y adquisición de equipos, y soporte lógico de telecomunicaciones, acordes con los avances tecnológicos, con el fin de que aseguraran la interconexión de las redes y el funcionamiento armónico de los servicios de telecomunicaciones. A su turno, la Ley 37 de 1993, que reguló el servicio de TMC, expresamente consagró la obligación de la interconexión entre todos los operadores de servicios de telecomunicaciones, como los de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL), Telefonía Pública Básica Conmutada Local Extendida (TPBCLE), Telefonía Móvil Celular (TMC), y de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia (TPBCLD), consagrando que estaban obligados a conectar sus redes para permitir el intercambio de telecomunicaciones entre ellos.

Posteriormente, la Ley 422 de 1998, dispuso que el operador en cuya red se originara la comunicación tenía el deber de prestar oportunamente el servicio de facturación y recaudo de los valores correspondientes a los servicios prestados a los usuarios por los operadores que intervenían en la comunicación, lo anterior, en las condiciones que acordaran entre ellos, además de la obligación de reconocer el costo del servicio, más una utilidad razonable. Así mismo, estableció que la reversión en los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, sólo implicaría que regresarían

³⁴⁶ Artículo 24

al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido³⁴⁷.

Con la expedición de la Ley 1341 de 2009, la norma anteriormente referida quedó derogada, en lo alusivo a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en todo aquello que resulte contrario a las normas y principios contenidos en la nueva legislación. Ahora bien, lo anterior, sin perjuicio del régimen de transición previsto en el “Nuevo” Estatuto, que consagró que la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido.

Tanto el artículo 4 de la Ley 422 de 1998 como el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 fueron demandados, frente a lo cual, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad condicionada³⁴⁸, en el entendido de que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas, se debería respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas.

Esta sentencia de constitucionalidad condicionada se fundamentó en la consideración de que era posible una interpretación contraria a la Constitución Política, toda vez que autorizar la modificación de las cláusulas de reversión pactadas, en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de la Ley 422 de 1998, para entender que sólo revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas, con exclusión de los demás elementos y bienes directamente afectados a la prestación del servicio, desconocería la protección al patrimonio público, pues en los contratos en los cuales se incluyó la

³⁴⁷ Artículo 4 de la Ley 422 de 1998. Esta ley y la ley 1341 de 2009 consagraron que la reversión de frecuencias no requiere de ningún acto administrativo especial. Antes de la ley 422 de 1998, la infraestructura se revertía al Estado.

³⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-555 del 22 de agosto de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

reversión de los bienes afectos al servicio ya los contratistas habían incluido que fuesen amortizados durante su ejecución.

En resumen, a juicio de la Corte, el Legislador actuó dentro del ámbito de configuración constitucional, la decisión de excluir de la reversión los bienes afectos al servicio de telecomunicaciones, para ordenar sólo la devolución de las frecuencias radioeléctricas, persiguió un fin legítimo, incentivar la participación en los procesos licitatorios. La Corte consideró que el Legislador, en el ámbito de su libertad de configuración, concluyó que era mejor para los inversionistas participar en el sector con la certeza de que los bienes destinados al servicio los conservarían, aspecto que esta Coproración consideró, contribuiría a una mayor libertad de competencia y mejor prestación del servicio³⁴⁹.

Respecto a la normatividad andina, la Resolución 432 de 2000 sobre interconexión, hace parte del conjunto de reglas que rigen el sector de las telecomunicaciones, por lo tanto, Colombia como parte de la Comunidad Andina de Naciones, tiene la obligación de acoger las decisiones y resoluciones de este organismo subregional.

De esta manera, la referida resolución contempló expresamente que las administraciones tienen un papel determinante en la garantía de una interconexión adecuada de las redes, con el fin de facilitar un desarrollo auténtico de las telecomunicaciones en la Subregión Andina³⁵⁰.

³⁴⁹ El Actor hace referencia a que no se puede revertir al Estado lo que nunca ha dejado de pertenecerle. Sobre este aspecto se aclara que este recurso escaso como lo es el espectro Radioeléctrico que hace parte del Espectro Electromagnético como está previsto en la Constitución no es del Estado, es de la Nación y así está consagrado expresamente en los artículos 101 y 102. El Espectro es un bien público y junto con el territorio y otros bienes públicos todos pertenecen a la Nación. Por ese motivo el título que habilita su uso, no es la concesión sino un permiso, pues el Estado quien lo administra no es su titular.

³⁵⁰ Las resoluciones son emitidas por la Secretaria General de la Comunidad Andina. La Resolución 432 fue proferida el 2 de octubre del 2000.

En concreto sobre la interconexión, esta norma consagró que la misma debe garantizar unas comunicaciones satisfactorias para los usuarios, el fomento y desarrollo justo y adecuado de un mercado competitivo de telecomunicaciones armonizadas, el establecimiento y desarrollo de redes, así como la interoperabilidad de los servicios y el acceso a dichas redes. Igualmente, el mandato contenido en la Decisión CAN 462 exigió que todos los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones debían interconectar obligatoriamente sus redes³⁵¹.

La Resolución 432 del 2000, anteriormente mencionada, en el artículo 7 estableció que los operadores de redes públicas de telecomunicaciones están obligados a interconectar sus redes o servicios y, además, a permitir el acceso a dichas redes, en condiciones equivalentes para todos los operadores que lo soliciten.

Igualmente, la norma andina consagró que la solución de controversias surgidas en la ejecución de la interconexión, estaría a cargo de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se perfeccionó la misma.³⁵²

Así mismo, y guiado por la continuidad el servicio, el artículo 33 de la Resolución 432, contempló que ninguna controversia, conflicto o incumplimiento de los operadores de redes públicas de telecomunicaciones que se interconecten, podrá dar lugar a la desconexión, salvo que la Autoridad de Telecomunicaciones competente disponga lo contrario, en cuyo caso esta

³⁵¹ La decisión fue proferida por la Comisión de la Comunidad Andina, el 25 de mayo de 1999

³⁵² La Autoridad de Telecomunicaciones competente deberá decidir dentro de un plazo máximo de 45 días calendario contados a partir de la recepción de la consulta.

autoridad deberá dictar las medidas previas que se aplicarán con la finalidad de minimizar los efectos negativos para los usuarios de una o ambas redes.

En todo caso, la interconexión sólo podrá ser interrumpida o terminada, previa autorización de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del respectivo país, de conformidad con las causales establecidas en los correspondientes acuerdos de interconexión o en su legislación interna.

Ahora, si las partes que se encuentran en conflicto no llegan a un acuerdo, o la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país miembro donde se realiza la interconexión no aprueba las condiciones del mismo, ésta última podrá, de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes, fijar las condiciones de la interconexión, de acuerdo con la normatividad andina y el procedimiento establecido en su legislación interna. En este caso, la Autoridad de Telecomunicaciones competente deberá pronunciarse en un plazo máximo de 90 días calendario, contados a partir de la fecha en que se solicite la aprobación o se inicie el procedimiento administrativo.

Este procedimiento, y tal como lo tiene previsto esta resolución andina, fue consagrado en la Ley de Telecomunicaciones, tema que se examinará más adelante.

Sumado a lo anterior es necesario hacer referencia al *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios* que hace parte de nuestra normativa, de acuerdo con la Ley 671 de 2001, que aprobó el Cuarto Protocolo Anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia Anexa, hecho en Ginebra el 15 de abril de 1997.

El Anexo contempló definiciones y principios relativos al marco reglamentario de los servicios de telecomunicaciones básicas, incluyendo aspectos

relacionados con la misma autoridad de reglamentación y su independencia al momento de tomar decisiones, así como el exhorto para que los procedimientos aplicados sean imparciales con respecto a todos los participantes en el mercado.

El referido instrumento normativo entendió la interconexión como el enlace con los proveedores que suministran redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones, con el objetivo de que los usuarios de un proveedor se comunicaran con los usuarios de otro, y de esta manera, tener acceso a los servicios suministrados por este, según los compromisos específicos contraídos.

En cuanto a la solución de diferencias surgidas de la interconexión, consagró que todo proveedor de servicios podrá presentar recurso en cualquier momento o después de un plazo razonable que se haya dado a conocer públicamente, ante un órgano nacional independiente que podrá ser el órgano de regulación, quien a su vez cuenta con un plazo razonable para adoptar la decisión respecto a los términos, condiciones y tarifas apropiados de interconexión, siempre que éstos no hayan sido establecidos previamente³⁵³.

³⁵³ Para mayor ilustración sobre la Interconexión, artículo 2.2 del Anexo Documento de Referencia de la Ley 671 de 2001: la interconexión se facilitará: a) En términos y condiciones (incluidas las normas y especificaciones técnicas) y con tarifas que no sean discriminatorias, y será de una calidad no menos favorable que la facilitada para sus propios servicios similares o para servicios similares de proveedores de servicios no afiliados o para sus filiales u otras sociedades afiliadas; b) En una forma oportuna, en términos y condiciones (incluidas las normas y especificaciones técnicas) y con tarifas basadas en el costo que sean transparentes y razonables, tengan en cuenta la viabilidad económica, y estén suficientemente desagregados para que el proveedor no deba pagar por componentes o instalaciones de la red que no necesite para el suministro del servicio; y c) Previa solicitud, en puntos adicionales a los puntos de terminación de la red ofrecidos a la mayoría de los usuarios, a un precio que refleje el costo de construcción de las instalaciones adicionales necesarias.

2.3 Disponibilidad pública de los procedimientos de negociación de interconexiones

Se pondrán a disposición del público los procedimientos aplicables a la interconexión con un proveedor importante.

2.4 Transparencia de los acuerdos de interconexión

Se garantiza que todo proveedor importante pondrá a disposición del público sus acuerdos de interconexión o una oferta de interconexión de referencia.

En detalle, las redes de telecomunicaciones, como medio para prestar el servicio público de telecomunicaciones, deben ser interconectadas para permitir que los usuarios de una red puedan comunicarse con los usuarios de otra como ya se había expresado³⁵⁴.

De esta manera, la interconexión es un concepto que va más allá de normas técnicas sobre vinculación lógica y funcional de redes de operadores monopólicos y es, más bien, una obligación bajo el principio de red abierta, que facilita la apertura de las redes, y se constituye en garantía para una competencia real y efectiva en la prestación de los servicios de telecomunicaciones³⁵⁵. En otras palabras, la interconexión es un deber legal para los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, que se constituye en instrumento para cumplir objetivos inherentes a la finalidad social del Estado, como la prestación del servicio público de telecomunicaciones a todos los habitantes del territorio nacional³⁵⁶.

Es necesario poner de presente que la interconexión está atada a derechos y deberes, por una parte, el derecho de los usuarios, y por otra, la obligación de los operadores de servicios de telecomunicaciones, para asegurar el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de los distintos servicios.

³⁵⁴ Definición de Red de telecomunicaciones del Estado: Es el conjunto de elementos que permite conexiones entre dos o más puntos definidos para establecer la telecomunicación entre ellos, y a través de la cual se prestan los servicios al público. Según Decreto Ley 1900 de 1990.

³⁵⁵ GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. Regulación Básica de las Telecomunicaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. Págs. 24- 25.

³⁵⁶Al respecto es importante tener en cuenta que todos los usuarios de cualquier servicio tienen iguales derechos y deben contar con la posibilidad de cursar comunicaciones a otras personas dentro y fuera del país.

La interconexión es relevante cuando los servicios públicos son prestados en un modelo de competencia, donde participan pluralidad de operadores y de redes de telecomunicaciones, bajo la premisa de duplicidad de red, según la cual, aunque operan como una sola, cada operador puede instalar y operar su red, así existan redes similares.

La posibilidad de instalar múltiples redes va de la mano con la necesidad de que estas funcionen como una unidad operativa, sin importar su titularidad, ni quien la opere. En suma, la interconexión de las redes, es la condición necesaria para que en un país se preste el servicio público de telecomunicaciones de manera armónica, coordinada e inclusiva, así como para garantizar cobertura, continuidad y calidad del servicio³⁵⁷.

Desde el Libro Verde de la Comisión Europea sobre el desarrollo del mercado común de servicios y equipos de telecomunicaciones de 1987, se observaba cómo uno de los principales aspectos dentro de las pautas promovidas, era la interconexión, respecto de la cual se contemplaba que las administraciones podrían hacer exigencias sobre el uso de las redes a los proveedores del servicio, y se analizaba su obligatoriedad³⁵⁸.

³⁵⁷ Como lo afirmaban en las clases sobre Redes de telecomunicaciones en el programa de Especialización en Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Alfredo Fajardo y Felipe Tovar, sobre la interconexión: “Por el contrario el concepto, no tiene mayor importancia a nivel interno en aquellos países que organizan sus servicios públicos bajo modelos de monopolio, pues en tal evento existe por lo general un solo operador o, en el mejor de los casos un número limitado de ellos. Pero sea que el sector internamente se organice en competencia o en monopolio, el concepto de interconexión conserva su importancia desde el punto de vista internacional, por cuanto desde esta perspectiva siempre existirán multiplicidad de operadores y redes, que por mandato del Reglamento de las Telecomunicaciones Internacionales de la UIT deben asegurar la prestación de los distintos servicios públicos a escala mundial.”

³⁵⁸ ALFONSO VELÁSQUEZ, Olga Lucía. “La Interconexión de Redes de Telecomunicaciones” Zaragoza: REUS, 2006. Pág. 54. La citada autora transcribe literalmente un aparte del Libro Verde en la cual se expresa la importancia de su obligatoriedad. El texto contempló lo siguiente: “Ello tendrá que llevar consigo obligaciones claras de interconexión y de acceso impuestas por las administraciones de telecomunicación a los prestatarios de servicios de otros países, a fin de evitar infracciones al tratado” Así mismo destaca como en el año de 1996 se profiere la Directiva 96/2/CE Posteriormente la Comisión Europea aprueba una Directiva en el año 96 en la cual se eliminan restricciones en cuanto a la

A continuación se transcriben para mayor ilustración definiciones de interconexión, tomadas de diferentes fuentes, entre otras, de la Directiva de acceso de la Unión Europea del año 2002, la ley aprobatoria del IV Protocolo Anexo al Acuerdo de Servicios de la OMC, la resolución del MINTIC en desarrollo del mandato de la Ley 1341 de 2009 de expedir un glosario, la Resolución CRC 3101 de 2011 sobre el régimen de la interconexión, la normatividad andina y la doctrina.

En primer lugar, la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso)³⁵⁹ consideró que la interconexión es:

“La conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por una misma empresa o por otra distinta, de manera que los usuarios de una empresa puedan comunicarse con los usuarios de la misma empresa o de otra distinta, o acceder a los servicios prestados por otra empresa. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red. La interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas”.

A su turno, la Ley 671 de 2001, que aprobó el Cuarto Protocolo Anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC, indicó que:

“2. Interconexión: 2.1 Este artículo se refiere al enlace con los proveedores que suministran redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones, con objeto de que los usuarios de un proveedor puedan comunicarse con los usuarios de otro proveedor y tener acceso a

interconexión entre operadores de diferentes servicios e impulsa a los Estados a autorizar la interconexión directa entre redes de comunicaciones móviles y fijas.

³⁵⁹ La definición de la Ley 9 de 2014 de telecomunicaciones de España es igual a la definición de la Directiva del 2002 salvo por la palabra empresa, pues en la recién expedida ley de España se refiere a los operadores y no a empresas.

los servicios suministrados por otro proveedor respecto de los que se contraigan compromisos específicos”.

Por su parte, de acuerdo con el glosario expedido por el MINTIC y la CRC, en la Resolución 202 de 2010, en cumplimiento del mandato del artículo 6 de la Ley 1341 de 2009, se entendió que: *“Interconexión: Es la vinculación de recursos físicos y soportes lógicos de las redes, incluidas las instalaciones esenciales, necesarias para permitir el interfuncionamiento de los servicios y/o aplicaciones y la interoperabilidad de plataformas.”*

A su vez, el numeral 3.7 de la Resolución CRC 3101 de 2011, por medio de la cual se expidió el régimen de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones, afirmó que:

“Interconexión: Es la vinculación de recursos físicos y soportes lógicos de las redes de telecomunicaciones, incluidas las instalaciones esenciales, necesarias para permitir el interfuncionamiento de redes y la interoperabilidad de plataformas, servicios y/o aplicaciones que permite que usuarios de diferentes redes se comuniquen entre sí o accedan a servicios prestados por otro proveedor. La interconexión de las redes implica el uso de las mismas y se constituye en un tipo especial de acceso entre Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones”.

Sobre la definición de interconexión Montero³⁶⁰, consideró lo siguiente:

“La legislación define el acceso como la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. (...) La interconexión de redes constituye probablemente la principal modalidad de acceso (...) En términos de la CMT, la interconexión es “la forma en que un operador utiliza y puede utilizar la red de otro””.

³⁶⁰ MONTERO PASCUAL, Juan José. Obligaciones de los operadores. En: Derecho de las Telecomunicaciones, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. Págs. 202-203.

En el marco de la Comunidad Andina de Naciones, la Decisión Andina 462 de 1999 de la CAN, definió la interconexión como: *“Todo enlace con los proveedores que suministran redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones, con objeto de que los usuarios de un proveedor puedan comunicarse con los usuarios de otro proveedor y tener acceso a los servicios suministrados por otro proveedor respecto de los que se contraigan compromisos específicos”*.

Así mismo, el artículo 8 de la Resolución 432 de 2000 de la CAN dispuso que todo proveedor de redes públicas de telecomunicaciones está obligado a interconectarse con todo proveedor que lo solicite, de modo que los proveedores involucrados en la interconexión garanticen el interfuncionamiento de sus redes y la interoperabilidad de los servicios.

A partir de la liberalización del sector de las telecomunicaciones, creció la importancia de las redes y su interconexión, como medio y obligación de los operadores para la prestación de un servicio público de titularidad estatal. Así mismo, aumentó la necesidad y el deber de la administración de hacer seguimiento del cumplimiento de normas relacionadas con la infraestructura, la interconexión, la prestación de los servicios, de los operadores, de los usuarios y del mercado.

En este escenario se considera que la autoridad de telecomunicaciones debe tomar medidas en relación con la promoción de la competencia, los posibles abusos de la posición dominante, y por tanto, le corresponde regular los mercados de redes y servicios de comunicaciones, los cuales se erigen en aspectos que, sin duda, están relacionados con la interconexión. Es en este sentido que el Ente Regulador se dota de la facultad para resolver las controversias que se presenten entre los operadores de servicios de

telecomunicaciones, a propósito del cumplimiento de ese deber y también del de la imposición de servidumbres de acceso, uso e interconexión.

Bajo este contexto, se abordarán en los siguientes apartados, los principios de la interconexión, bajo la óptica de los principios orientadores de la ley, los principios en particular de la interconexión, los principios relativos a la interconexión de la Decisión 462 de la CAN, y los principios y obligaciones de la interconexión según la regulación de la CRC, así como, los acuerdos de interconexión, la Oferta Básica de la Interconexión y aportes doctrinarios alrededor de esta obligación.

La interconexión de redes de telecomunicaciones en Colombia esta irradiada por los principios orientadores en el sector de las TIC, que se constituyen en aquellos conceptos y valores que dirigen la acción, orientan el quehacer y conciben un fin para el servicio público de telecomunicaciones, en un escenario de habilitación general, bajo una concepción de Estado constituido para servir al interés general.

En Colombia, la prestación de los servicios de telecomunicaciones, en general, y en particular la interconexión de redes, como obligación de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, están irradiadas por los principios orientadores de la Ley 1341 de 2009. Así mismo, la interconexión se nutre por los principios de acceso, uso e interconexión de esta misma norma, por los principios del régimen de interconexión de acuerdo con la regulación de la Comisión de Regulación de Comunicaciones y por aquellos consagrados en la normatividad andina.

De esta forma se plasmará en cuatro apartes, el análisis de los principios bajo la perspectiva legal, cuyas reglas y fines rigen para todo el cuerpo normativo, existiendo además unos principios exclusivos para la interconexión, sumados

a los previstos en la regulación y los consagrados en la normativa comunitaria, de la mano con los acuerdos de interconexión y la OBI.

1.1 Principios Orientadores de la Ley. Los principios de la interconexión. Las reglas nacionales y comunitarias.

La Ley 1341 de 2009 incluyó unos principios orientadores que la interconexión debe atender, teniendo en cuenta que las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades, a todos los habitantes del territorio nacional. Estos se constituyen en la base y el soporte de la obligación de los operadores, toda vez que se erigen como un deber, el poner a disposición de los otros operadores sus redes y la infraestructura en general³⁶¹.

Esta normativa consagró el uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos y reconoció al Estado como un ente de fomento para que se concrete

³⁶¹ Para mayor ilustración se citan apartes de un escrito de María Nieves de la Serna que ilustran sobre la diferencia entre red e infraestructura: *Lo característico de una red de comunicaciones electrónicas es la transmisión de señales, es decir, la acción de transportar información convertida en señal, con o sin almacenamiento intermedio, de un punto a otro punto u otros puntos. Para ello, la red debe contar con recursos técnicos conectados entre sí, de tal forma que las señales puedan viajar a través de la red entre los diferentes puntos solicitados. Igualmente, es necesario que aquellos recursos técnicos se extiendan por el territorio – subterráneo o aéreo- a través de las infraestructuras que las soporten ya sea por medio de canalizaciones, conductos, mástiles, etc., que ocupan o hacen uso del territorio de tal forma que la información generada en un punto se recogida, transmitida y entregada en el o en los puntos que la han solicitado. Todo el proceso antes señalado implica contar con una red y una infraestructura que la soporte y ambas son objeto de regulación (...)*. La citada autora toma la definición del Diccionario de la Real Academia Española y afirma: (...) *podemos decir que comprende un conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación o funcionamiento de una organización cualquiera.*

DE LA SERNA BILBAO, María Nieves. Despliegue de Redes e infraestructuras de telecomunicaciones. En: DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomas, (Director), VIDA FERNÁNDEZ, José (Coordinador). Derecho de la Regulación Económica. Tomo IV Telecomunicaciones, Madrid: IUSTEL, 2009. Págs. 444 - 452.

Otra definición corresponde a la *red de telecomunicaciones, como la infraestructura encargada del transporte de la información*. Fuente: <http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/sites/ciencia/html/fisica.html> (citado en 20 de abril de 2015)

el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar³⁶². Del mismo modo, promovió el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos con el ánimo de generar competencia, calidad y eficiencia, en beneficio de los usuarios, he incentivó a la inversión, la neutralidad tecnológica, el derecho a la comunicación, a la información y a la educación, así como, los servicios básicos de TIC³⁶³.

Los principios de intervención del Estado en la economía, según la Constitución Política, y los fines consagrados en la ley, sumados a los principios de la interconexión, configuraron el marco que garantiza la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, así como el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones necesarios para promover la provisión y comercialización de servicios, contenidos y aplicaciones que usen TIC³⁶⁴.

En particular, el estatuto de las telecomunicaciones contempló los lineamientos que deben guiar el acceso, uso e interconexión entre los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST), quienes

³⁶² Ley 1341 de 2009, numeral 3 del artículo 2.

³⁶³De acuerdo con el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009, la remuneración de la infraestructura, debe corresponder a costos de oportunidad, si es técnicamente factible, y no degrada la calidad de servicio que el propietario de la red viene prestando a sus usuarios y a los terceros. Así mismo, no debe afectar la prestación de sus propios servicios y contar con suficiente infraestructura, teniendo en cuenta la factibilidad técnica y la remuneración a costos eficientes del acceso a dicha infraestructura. Para tal efecto, dentro del ámbito de sus competencias, las entidades del orden nacional y territorial están obligadas a adoptar todas las medidas que sean necesarias para facilitar y garantizar el desarrollo de la infraestructura requerida, estableciendo las garantías y medidas necesarias que contribuyan en la prevención, cuidado y conservación para que no se deteriore el patrimonio público y el interés general.

³⁶⁴ El término TIC, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 1341 de 2009, es entendido como el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes.

deberán permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales, a cualquier otro proveedor que lo solicite³⁶⁵.

Por tanto, la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) debe ejercer su función normativa, proponiendo términos y condiciones para asegurar que no haya trato discriminatorio entre los operadores, que se cobre según el principio cargo igual-acceso igual³⁶⁶, con transparencia, según precios basados en costos más una utilidad razonable, en un escenario de promoción de la libre y leal competencia, que evite el abuso de la posición dominante, y garantice que en el lugar y tiempo de la interconexión, no se apliquen prácticas que generen impactos negativos en las redes³⁶⁷.

La Ley incluyó un párrafo de tal modo que las contravenciones o la infracción a estos objetivos o principios por parte de los PRST, son sancionadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Así mismo, hizo especial mención al incumplimiento de la orden de interconexión, declarada en el acto administrativo de fijación de condiciones provisionales o definitivas de acceso, uso e interconexión, así como aquellos de imposición de servidumbre provisional o definitiva de acceso, uso e interconexión³⁶⁸.

³⁶⁵ La definición de Instalaciones Esenciales según el Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, aprobado por la Ley 671 de 2001: *se entiende toda instalación de una red o servicio públicos de transporte de telecomunicaciones que: a) Sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un proveedor o por un número limitado de proveedores; y b) Cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico.*

³⁶⁶ Para mayor ilustración, la definición de Acceso igual - Cargo igual, según la Resolución CRT 087 de 1997: Acceso Igual es el que se presta a los operadores de características similares en las mismas condiciones de calidad y especificaciones técnicas. Cargo Igual es una misma remuneración por el acceso y utilización que se causa cuando se cumplen las condiciones de acceso igual.

³⁶⁷ La redacción del artículo 5o de la Ley, hace referencia a los principios, sin embargo, el contenido se concentra en la obligación de permitir la interconexión y el uso de las instalaciones esenciales, y luego propone los objetivos a lograr del numeral 1 al 6, que tendrían más contenido de principio o regla a seguir y no de objetivo o deseo para alcanzar.

³⁶⁸ Según la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión, las sanciones consistirán en multas diarias hasta 500 SMMLV, por cada día en que incurra en la infracción, sin perjuicio de las acciones judiciales que adelanten las partes.

En cuanto a la normatividad andina, la Decisión 462 proferida por la Comisión de la Comunidad Andina tuvo como objeto regular el proceso de integración y liberalización del comercio de los servicios de telecomunicaciones, contemplando condiciones para la interconexión³⁶⁹.

En particular, consagró principios relativos a la interconexión, y en lo que respecta a los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones, les ordenó que interconecten obligatoriamente sus redes con las de los proveedores que hayan homologado sus títulos habilitantes, de acuerdo a la normativa nacional de interconexión de cada país miembro.

La norma andina estableció que la interconexión debe proveerse en condiciones que no sean discriminatorias, incluidas las normas, especificaciones técnicas y cargos. Así mismo, exigió que la calidad con la que se proporciona la interconexión, no sea no menos favorable que la facilitada a sus propios servicios similares, ni a servicios suministrados por empresas filiales o asociadas y por empresas no afiliadas.

De otra parte, en cuanto a los cargos de interconexión, estableció que sean transparentes y razonables, que estén orientados a costos y tengan en cuenta su viabilidad económica. Además, que estén suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión, no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio.

³⁶⁹ Norma comunitaria Andina proferida por la Comisión de la Comunidad Andina, el 1 de junio de 1999, cuyo objeto es regular el proceso de integración y liberalización del Comercio del Servicio de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina.

La interconexión puede darse a solicitud del PRST, en puntos adicionales a los puntos de terminación de la red, ofrecidos a la mayoría de los usuarios sujeta a cargos que reflejen el costo de construcción de las instalaciones adicionales necesarias, y debe proporcionarse en forma oportuna.

Respecto a la competencia para someter la negativa de un proveedor a la interconexión, la Decisión Andina contempló que será la autoridad nacional competente del país la que determine su procedencia.

1.2 Principios y obligaciones del acceso y de la interconexión del régimen regulatorio

Según la Ley 1341 de 2009 es tarea de la CRC promover y regular la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas. Lo anterior, mediante regulaciones de carácter general y particular, con la facultad de proponer reglas de comportamiento según la posición de los proveedores, claro está, previa determinación de una falla en el mercado.

Así mismo, es función de la Comisión expedir toda la regulación de carácter general y particular en los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, los recursos físicos y soportes lógicos, así como la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, expedir el régimen de acceso y uso de redes, y solucionar las controversias que se presenten entre los proveedores de redes y servicios de comunicaciones.

En cumplimiento de su obligación legal y en desarrollo de la función normativa, la Comisión expidió el régimen de acceso, uso e interconexión, con el fin de proporcionar el marco regulatorio, y establecer las obligaciones a cargo de los

PRST, según una lista de principios y de obligaciones³⁷⁰, que se resumen en nueve numerales, que a continuación se analizan:

- 1) Libre y leal competencia: con el fin de propiciar escenarios que incentiven la inversión actual y futura en el sector de TIC, y que permitan la concurrencia al mercado.
- 2) Trato no discriminatorio con acceso igual –carga igual: los PRST deberán dar un trato igual a los proveedores. Las condiciones de acceso e interconexión, no deben ser menos favorables que las que utilice para sí mismo. Las condiciones de remuneración de la red, deben ser similares cuando de por medio se presentan condiciones de acceso e interconexión equivalentes.
- 3) Remuneración orientada a costos eficientes: sea por el acceso y/o la interconexión, los costos corresponden a aquellos en los que se incurren en el proceso de producción de un bien o servicio de telecomunicaciones, que conciernan a una situación de competencia y que incluya todos los costos de oportunidad del PRST, lo cual implica la obtención de una utilidad razonable.
- 4) Separación de costos por elementos de red: los costos para la provisión de los elementos para efectuar el acceso y/o la interconexión deben estar separados, de tal manera, que los proveedores no deban pagar por

³⁷⁰ Artículo 4 de la Resolución CRC 3101 de 2011. La citada resolución contempla dentro de las consideraciones para su expedición, el compromiso de Colombia según el Acuerdo sobre Telecomunicaciones Básicas, adoptado en el marco de la Organización Mundial del Comercio, aprobado por medio de la Ley 170 de 1994. En particular, Colombia se comprometió a eliminar paulatinamente las barreras a la competencia en el mercado de redes y servicios de transporte de telecomunicaciones.

instalaciones de la red, que no necesiten para la prestación de sus servicios.

- 5) Publicidad y Transparencia: corresponde al deber de suministrar información técnica, operativa y de costos asociados, que requieran los demás proveedores en la relación de acceso y/o interconexión.
- 6) Buena fe: derecho y obligación del proveedor en la celebración y ejecución de los acuerdos de acceso e interconexión de redes de otros proveedores³⁷¹. Las demoras injustificadas, y la obstrucción de las negociaciones previas a lograr acuerdos, se tendrán como indicio en contra de la buena de fe.
- 7) Eficiencia: los PRST tienen la obligación de proveer el acceso y la interconexión a otros proveedores, en términos de oportunidad, recursos y especificaciones técnicas.
- 8) Neutralidad Tecnológica: es un deber de los proveedores preservar la interoperabilidad³⁷² de plataformas, servicios y/o aplicaciones y el interfuncionamiento³⁷³ de redes. Los PRST pueden utilizar cualquier tecnología, para prestar los servicios.

³⁷¹ También llamados operadores de telecomunicaciones. Desde la expedición de la Ley 1341 de 2009 se introdujo el término Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones.

³⁷² Se entiende por interoperabilidad: el correcto funcionamiento de plataformas, servicios y/o aplicaciones que se prestan sobre redes interconectadas, a partir del intercambio mutuo de la información y de la utilización de la misma. Artículo 3.12 de la Resolución CRC 3101 de 2011.

³⁷³ Interfuncionamiento es la interacción entre redes, entre sistemas finales o entre parte de los mismos, con el propósito de proporcionar una entidad funcional capaz de soportar extremo a extremo (UIT-T Y.2261). Artículo 3.11 de la Resolución CRC 3101 de 2011.

- 9) No restricción: los PRST no pueden imponer limitaciones a los servicios, aplicaciones o contenidos de otros proveedores. Solo por disposición legal, reglamentaria o regulatoria, se podría dar impedimento.

En síntesis, la ley de telecomunicaciones reiteró los principios de la interconexión de las normas que le preceden, y aquellos plasmados en la norma Andina y en el Acuerdo General de Servicios de la OMC, como el trato no discriminatorio, el cargo igual-acceso igual, la transparencia, precios basados en costos más utilidad razonable, la promoción de la libre y leal competencia, evitar el abuso de la posición dominante y garantizar que en el lugar y tiempo de la interconexión, no se apliquen prácticas que generen impactos negativos en las redes³⁷⁴.

Cabe recordar que la facultad normativa de expedir regulación de carácter general y particular, sobre aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso a las instalaciones esenciales, está en cabeza de la CRC, y que quien controla el incumplimiento en el acceso, uso e interconexión de redes, es el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

La obligación de interconexión trae consigo la celebración de acuerdos entre los diferentes proveedores de redes y servicios, que serán fruto de un proceso de negociación entre las partes, con libertad negocial limitada por los parámetros propuestos por el Regulador y bajo un esquema de costos eficientes³⁷⁵.

³⁷⁴ La Ley 72 de 1989, Decreto-Ley 1900 de 1990, Ley 142 de 1994, Ley 37 de 1993, Ley 422 de 1998, Ley 555 de 2000.

³⁷⁵ Artículo 22 de la Ley 1341 de 2009.

Ahora bien, de no lograrse un acuerdo, el Regulador debe proceder a imponer de oficio o a solicitud de parte, la servidumbre de acceso, uso e interconexión, o las condiciones de acceso y uso de instalaciones esenciales, de ser el caso, y señalar la parte responsable de cancelar los costos respectivos.

1.3 Los acuerdos de interconexión y los límites de la regulación

Respecto a los convenios o contratos de interconexión entre los operadores de telecomunicaciones, la libertad negocial y la autonomía de la voluntad deberá acompasarse con la normatividad en cuanto a los deberes y obligaciones que se desprenden de las disposiciones legales y regulatorias.

La Resolución CRT 087 de 1997 definió el contrato de acceso, uso e interconexión, como un negocio jurídico que establece los derechos y obligaciones de los operadores, solicitante e interconectante³⁷⁶, respecto al acceso, uso e interconexión de sus redes de telecomunicaciones y las condiciones de carácter legal, técnico, comercial, operativo y económico que gobiernan el acceso, uso e interconexión.

La Ley de Servicios Públicos Domiciliarios consagró a los contratos de interconexión como contratos especiales, y autorizó su celebración, dentro del régimen de actos y contratos de las empresas, para la gestión de los servicios públicos. Las partes habilitadas para celebrar este tipo de contratos eran las entidades prestadoras de servicios públicos principalmente, no obstante,

³⁷⁶ Equivale al operador que permite que se conecten a su red. También puede ser el operador incumbente o establecido.

podían ser celebrados igualmente entre estas y grandes proveedores o usuarios³⁷⁷.

El objetivo de estos acuerdos estaba dirigido a regular el acceso compartido o de interconexión de bienes que se consideran indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable. En caso de no lograrse el convenio entre las partes, la CRT podía imponer una servidumbre de acceso o de interconexión a quien tuviese el uso del bien.

La Resolución CRT 087 de 1997 consagró unos aspectos mínimos en cuanto a la información que debe contener un contrato de interconexión, una Oferta Básica de Interconexión y las servidumbres de interconexión³⁷⁸. Primero, una parte general que incluyó la descripción de los servicios y facilidades de interconexión, de los servicios adicionales y de la provisión de instalaciones no esenciales, precios desglosados y los procedimientos que serían utilizados para el intercambio de la información. Sumado a lo anterior, el contrato debía incluir los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión, un anexo técnico operacional sobre información referente a las características técnicas y ubicación geográfica de los puntos de interconexión,

³⁷⁷ MORENO, Luis Ferney. Servicios Públicos Domiciliarios. Perspectivas del Derecho Económico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001. Págs. 135 - 136. Los contratos celebrados entre empresas de servicios públicos domiciliarios, están sometidos al derecho privado, sin importar la naturaleza jurídica de estas, y las Comisiones de regulación interviene en ellos por medio de la regulación. Al respecto Ferney Moreno considera que por medio de la regulación se establecen obligaciones legales a los operadores, que viene a limitar la autonomía privada de las partes y se justifica por el ejercicio de orientación y promoción de la intervención del Estado. Al respecto, cita la Sentencia del Consejo de Estado. Auto del 8 de febrero de 2001. M.P. Ricardo Hoyos Duque, en la cual se afirma que no importa la naturaleza de las empresas de servicios públicos domiciliarios, si privada, pública o mixta, pues los contratos que suscriben son privados y están sometidos al derecho privado, y los conflictos que se deriven son resueltos por la justicia ordinaria. Sin embargo en este caso el Consejo de Estado afirmó que las controversias de los contratos de derecho privado donde sea parte una entidad pública se pueden dirimir en la justicia contencioso administrativa.

³⁷⁸ Artículo 4.4.11 de la Resolución CRT 087 de 1997.

y por último, el anexo económico financiero, en especial, con los cargos de acceso y las bases para la liquidación de los mismos³⁷⁹.

Respecto a la terminación de la interconexión³⁸⁰, esta norma consagró que las partes pueden terminar el contrato de común acuerdo, siempre que no se afecten los derechos de los usuarios, previo aviso y con autorización por parte de la Comisión de Regulación.

Posteriormente, se expidió la Ley 422 de 1998, la cual modificó la Ley de Telefonía Móvil Celular y consagró expresamente que los operadores de cada red estaban obligados a conectar sus redes, para permitir el intercambio de telecomunicaciones entre ellos. Esta obligación regía para los operadores de TPBCL, TPBCLE, TMC y TPBCLD. Así mismo, incluyó la obligación específica para el operador que origina la comunicación de proporcionar el servicio de facturación y recaudo, que corresponde a una instalación esencial, ya prevista desde la Resolución CRT 087 de 1997³⁸¹.

Ahora bien, esta ley consagró como tarea del Ministerio de Comunicaciones, fijar las condiciones por medio de un acto administrativo, en el evento de que no se lograra un acuerdo entre las partes sobre el recaudo y la transferencia de los respectivos recursos, provenientes de la prestación del servicio a los usuarios.

En cuanto a las normas andinas, la Resolución 432 de la CAN estableció que la interconexión podría realizarse a través de un acuerdo negociado entre las

³⁷⁹ La CRT tenía competencia para modificar los contratos de interconexión cuando contenga acuerdos o prácticas contrarias a libre competencia, implique discriminación o sea necesaria para garantizar interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de los servicios. Artículo 4.4.12 de la Resolución CRT 087 de 1997.

³⁸⁰ *Ibíd.* Artículo 4.3.5.

³⁸¹ En cuanto el valor a pagar, debería incluir el costo del servicio, más una utilidad razonable.

partes, es decir, entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones, o por medio de una Oferta Básica de Interconexión (OBI), que presente un operador de redes a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente y que sea aprobada por ella, en nuestro caso, dicha entidad es la Comisión de Regulación de Comunicaciones³⁸².

En el año 2000, se expidió la Ley 555, que reiteró la competencia de la CRT para expedir el régimen de interconexión y la obligación de todos los operadores de interconectarse. En el mismo sentido, esta norma contempló que la Comisión podía ordenar servidumbres en los casos que sean necesarios, y reafirmó la competencia de la Comisión para dirimir, en vía administrativa, los conflictos que se presenten entre los operadores de servicios de telecomunicaciones³⁸³.

A su turno, la Ley 1341 de 2009, con el fin de garantizar la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, así como el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones, dentro de las funciones otorgadas a la CRC, contempló que ningún acuerdo entre proveedores podría menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria ni la de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, tampoco el principio de la libre competencia. Aspecto que como se verá más adelante fue objeto de pronunciamiento por la

³⁸² El regulador puede hacer observaciones sobre los contratos y las OBI, que de no ser atendidos, el tendrá competencia para determinar las condiciones mínimas aplicables y serán de obligatorio cumplimiento.

³⁸³ Expresamente la Ley 555 de 2000, artículo 15 consagra que al momento de la CRT expedir las normas que regulan la interconexión, debe tener en cuenta los principios de neutralidad y acceso igual-cargo igual, con el fin de evitar, tratos asimétricos para los operadores.

Corte Constitucional, en la sentencia C-186 de 2011³⁸⁴, que declaró exequible el numeral 9 del artículo 22, sobre esta facultad³⁸⁵.

Por otra parte, dentro de las reglas de solución de controversias en materia de interconexión, la Ley 1341 de 2009 contempló un plazo para que las partes se acerquen y solucionen sus diferencias, antes de acudir al Regulador. Esta etapa de negociación directa es requisito indispensable, en caso de que una de las partes quiera dar inicio al trámite administrativo de solución de controversias por la CRC³⁸⁶.

En caso dado de que vencido el plazo no se logre el acuerdo o se logre parcialmente, a solicitud de parte, el Director Ejecutivo de la CRC iniciará el trámite administrativo para dirimir en la vía administrativa la controversia surgida.

La solicitud del interesado debe constar por escrito, y en ella debe manifestarse que no ha sido posible llegar a un acuerdo. Además, es menester indicar los puntos en los que se logró acuerdo, los puntos de discrepancia, y presentar la respectiva oferta final³⁸⁷. Dentro de este trámite administrativo ya iniciado, el acta en la cual se incluyan los acuerdos logrados, prestará mérito ejecutivo.

³⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del C-186 del 16 de marzo de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto.

³⁸⁵ La Ley 1341 de 2009 contempló expresamente, como ya se había mencionado en el Capítulo anterior, que el régimen jurídico de los PRST de los actos y contratos cualquiera que sea su naturaleza, se rige por normas de derecho privado.

³⁸⁶ Se trata de un plazo de 30 días calendario desde la fecha de la presentación de la solicitud con los requisitos exigidos en la regulación que sobre el particular expida la CRC.

³⁸⁷ Si alguna de las partes no presenta su oferta final en el plazo establecido, la CRC decidirá la controversia teniendo en cuenta solamente la oferta de la parte que cumplió y lo que esté previsto en la regulación, con lo cual se le da fin al trámite.

1.4 La competencia de la CRC frente a la Oferta Básica de Interconexión

Se hace referencia a la Oferta Básica de Interconexión (OBI) por ser obligatoria para los PRST, y por considerarla como un instrumento que facilita la negociación entre los operadores, quienes por su naturaleza y para prestar el servicio tienen la obligación de relacionarse entre sí.

La OBI corresponde a una lista de elementos y sus respectivos valores, que facilita la realización de acuerdos entre los operadores que agiliza y prepara el terreno entre los PRST para lograr la interconexión, o en caso dado, el acceso a elementos de red. Una OBI completa que incluya los diferentes elementos de red e infraestructura previene la existencia de conflictos entre operadores.

Esta oferta es el proyecto de negocio que un Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones pone en conocimiento general, constituido por la definición de todos los elementos mínimos necesarios para el acceso y/o interconexión a su red, sometido a la aprobación de la CRC³⁸⁸.

La obligación de la OBI estará a cargo de los operadores si se cumple alguna de las siguientes condiciones: i) que el PRST sea asignatario de numeración según el plan nacional de numeración, ii) que los operadores provean interconexión a otros Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, y iii) para todos aquellos que dispongan de instalaciones esenciales de acuerdo con lo establecido en el artículo 30.1 del Régimen de Interconexión de la CRC.³⁸⁹

³⁸⁸ Artículo 51, Parágrafo 1 de la Ley 1341 de 2009. Artículo 3.14 de la Resolución CRC 3101 de 2011.

³⁸⁹ Instalaciones esenciales para el acceso y/o la interconexión: sistemas de apoyo operacional para facilitar, gestionar y mantener las comunicaciones, los elementos de infraestructura civil como derechos de vía, ductos, postes, torres, energía e instalaciones físicas en general (que puedan ser usados por ambas partes al mismo tiempo y cuando sea factible técnica y económicamente), la facturación, distribución y

Las instalaciones esenciales están definidas como toda instalación de red o servicio de telecomunicaciones que sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de PRST, y cuya sustitución, con miras al suministro de un servicio, no sea factible en lo económico o en lo técnico³⁹⁰.

La OBI está consagrada en la Ley 1341 de 2009, la cual contempló la obligación de hacer una oferta de interconexión por parte de los PRST, de ponerla a disposición del público y de mantenerla actualizada. Cualquier persona tiene acceso a esta información y a la totalidad de los elementos necesarios y sus precios, que con la simple aceptación por parte de un proveedor, generará un acuerdo de acceso, uso e interconexión.

La CRC tiene en su lista de tareas las de aprobar las OBI de los PRST. La Ley 1341 de 2009 fijó un plazo de 45 días, a partir de su entrada en vigencia, para ser registradas por los proveedores³⁹¹. La OBI puede ser modificada por el proveedor, y cada cambio requiere la aprobación del Regulador.

La OBI aprobada por el Regulador tiene efectos vinculantes respecto de los PRST.

recaudo, así como toda aquella información necesaria para poder facturar y cobrar a los usuarios, el espacio físico y los servicios adicionales necesarios para la colocación de equipos y elementos necesarios para el acceso y/o la interconexión, cabezas de cable submarino y la base de datos administrativa requerida para el correcto enrutamiento de comunicaciones en un ambiente de portabilidad numérica de acuerdo con la regulación aplicable en la materia.

³⁹⁰ Artículo 3.6 de la Resolución CRC 3101 de 2011

³⁹¹ La Ley 1341 de 2009 entró en vigencia el 30 de julio de 2009. Los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 36, 68 con excepción de su inciso 1°, empezaron a regir a partir de los seis (6) meses siguientes a su promulgación. Se trataba de la habilitación general, acceso al uso del ERE, plazo y renovación de los permisos para el uso del ERE, contraprestación económica por la utilización del ERE, inhabilidades para acceder a los permisos para el uso del ERE, registro de proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, contraprestación periódica a favor del FONTIC, de las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones (Régimen de transición).

La CRC con base en la misma impondrá la servidumbre de acceso, uso e interconexión provisional, y fijará las condiciones provisionales de acceso, uso e interconexión³⁹².

La normatividad andina, expresamente la Resolución 432 de la CAN³⁹³, contempló la Oferta Básica de Interconexión, la cual definió como aquella “presentada por un operador de redes públicas de telecomunicaciones a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente y aprobada por ella, pudiendo las partes establecer mejores condiciones a través de un acuerdo negociado, el cual deberá regirse por lo establecido en la presente norma”.

Así mismo, estableció esta obligación para todos los operadores de redes públicas de telecomunicaciones, la cual debe ser plasmada en un documento integrado por el detalle de elementos y servicios de apoyo mínimos que el operador ofrece para la interconexión.

Dicha norma consagró la obligación de la Autoridad de Telecomunicaciones competente de revisarla y aprobarla, además, estableció que en razón de su naturaleza de oferta, tiene efecto vinculante entre el operador que hace la oferta, y cualquier operador de redes públicas de telecomunicaciones solicitante que se acoja a la misma. La OBI es de carácter público, y deberá contemplar condiciones generales, técnicas y económicas³⁹⁴.

³⁹² Artículo 51 de la Ley 1341 de 2009.

³⁹³ Artículos 13, 15 y 16.

³⁹⁴ Solo aspectos que la autoridad de telecomunicaciones considere como confidenciales podrán tener reserva.

Ahora bien, de no cumplirse con esta obligación, no se eximiría al operador de telecomunicaciones de la obligación de interconectarse, y para ello puede la autoridad imponer unas condiciones mínimas de interconexión, las cuales serán de obligatorio cumplimiento.

En la práctica, al revisar las resoluciones de aprobación de las OBI por parte de la CRC, se puede encontrar que el Regulador aprobó parcialmente algunas ofertas.

Ahora bien, suele suceder que al momento de la revisión de una OBI, la CRC considere que la oferta está incompleta o no está ajustada a las condiciones mínimas que exige la regulación, y no la apruebe³⁹⁵.

Entonces, el Órgano Regulador tiene la facultad para hacer las observaciones a la OBI, y en caso que el operador no las subsane, puede determinar de manera unilateral las condiciones mínimas, como ya se había mencionado.

Al respecto, algunos operadores consideran que la CRC no tiene facultad para esta intervención regulatoria, pues suponen que el Órgano Regulador no debe analizar ni pronunciarse sobre divergencias contractuales en relación con el alcance y aplicación de las cláusulas dispuestas en sus diferentes acuerdos, respecto de la existencia o no de una obligación asociada a dichos contratos, o sobre el valor que debe reconocerse y pagarse.

Un operador, al cual no se le aprobó su OBI, manifestó en el recurso que interpuso contra la decisión del Regulador, que la función de la CRC en materia de solución de controversias estaba enmarcada por el alcance y la naturaleza

³⁹⁵ Para mayor ilustración ver página de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Fuente: <https://www.crcom.gov.co/es/pagina/inicio>

de sus competencias legales, es decir, dicha solución de controversias comporta una intervención de naturaleza regulatoria, de tal suerte que la misma dirime conflictos asociados al alcance y efecto de la regulación imperativa de carácter general respecto de las relaciones de interconexión, y no respecto de las divergencias contractuales o eminentemente dinerarias que puedan generarse en el desarrollo de una relación de interconexión³⁹⁶.

En el mismo sentido, sostuvo un operador³⁹⁷ al cual la CRC le fijó algunas condiciones de manera unilateral en la OBI, que esta autoridad mediante su interpretación amplió lo establecido en el numeral 10 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009³⁹⁸, y que ni esta norma ni lo consagrado en el artículo 51 de la misma ley³⁹⁹ le otorgan competencias para modificar de forma unilateral las

³⁹⁶ Para mayor ilustración extraído de la Resolución CRC 2660 de 2010. La CRC manifiesta que si las partes del trámite administrativo de solución de controversias, tiene una divergencia contractual en relación con el alcance y aplicación de las cláusulas dispuestas en sus diferentes acuerdos respecto de la existencia o no de una obligación asociada a dichos contratos o sobre el valor que deben reconocerse y pagarse, dichas controversias, por no ser de naturaleza regulatoria, no corresponde a la CRC, ni analizarlas ni pronunciarse sobre las mismas. La CRC aclara que en materia de solución de controversias, está enmarcada por el alcance y naturaleza de sus competencias legales. Es decir, sus competencias corresponde a la intervención de naturaleza regulatoria, para dirimir conflictos asociados al alcance y efecto de la regulación imperativa de carácter general, en las relaciones de interconexión y no respecto de divergencias contractuales o las dinerarias que se generan en una relación de interconexión.

³⁹⁷ Para mayor ilustración Resolución CRC 3644 de 2012. Se trata de argumentos del operador INFRACEL, frente a las observaciones realizadas por la CRC al aprobar la OBI.

La CRC manifestó que las condiciones reportadas por los PRST en la OBI, deben guardar plena armonía con el régimen normativo del sector, y que por ese motivo la Comisión tiene la tarea de revisar y aprobar que las condiciones sean acordes, no contradictorias y que en caso tal que así lo sean, la CRC deberá fijar de oficio las condiciones de acceso, uso e interconexión, según el artículo 22 Numeral 10 de la Ley 1341 de 2009.

³⁹⁸ Numeral 10 del artículo 22 ya citado: *Imponer de oficio o a solicitud de parte, las servidumbres de acceso, uso e interconexión y las condiciones de acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión, y señalar la parte responsable de cancelar los costos correspondientes, así como fijar de oficio o a solicitud de parte las condiciones de acceso, uso e interconexión. Así mismo, determinar la interoperabilidad de plataformas y el interfuncionamiento de los servicios y/o aplicaciones.*

³⁹⁹ Artículo 51 de la Ley 1341 de 2009: *Oferta Básica de Interconexión –OBI–: Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán poner a disposición del público y mantener actualizada la Oferta Básica de Interconexión –OBI– para ser consultada por cualquier persona. Para tales efectos, en la OBI se definirán la totalidad de elementos necesarios, incluidos los precios, para que con su simple aceptación por parte de un proveedor se genere un acuerdo de acceso, uso e interconexión. Parágrafo 1°. La Comisión de Regulación de Comunicaciones deberá aprobar la OBI de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Para el efecto, la OBI deberá ser registrada*

condiciones establecidas por los operadores en sus ofertas básicas de interconexión, razón por la cual la CRC se extralimitó en sus competencias legales.

Adicionalmente, consideró que la función que le asiste a la Comisión radicó única y exclusivamente en aprobar o no las OBI que le son presentadas por los diferentes PRST, sin que ello implique que esté facultada para modificar unilateralmente las condiciones consignadas en las mismas, pues de admitirse esta facultad, se estaría impidiendo a los proveedores ejercer su derecho a la defensa, toda vez que no se está ante una actuación administrativa iniciada por la CRC, que les permita pronunciarse respecto de cada condición impuesta por dicha entidad.

Frente a este argumento del operador, el Regulador hizo las siguientes consideraciones respecto a la norma andina ya mencionada. En primer lugar, afirmó que la Resolución 432 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) estableció que la interconexión entre las redes de los PRST a realizarse en los países miembros, puede llevarse acabo de conformidad con lo dispuesto en la legislación de cada uno, por medio de un acuerdo negociado entre los operadores de redes de telecomunicaciones o a través de la OBI, que debe ser sometida a consideración y aprobación de la autoridad de telecomunicaciones competente.

dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguiente a la entrada en vigencia de la presente ley. En caso de presentarse modificaciones a la OBI registrada, las mismas deberán ser debidamente remitidas a la CRC para su respectiva aprobación.

Parágrafo 2°. Una vez la OBI haya sido aprobada por la CRC, la misma tendrá efectos vinculantes respecto de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y con base en la misma la CRC impondrá la servidumbre de acceso, uso e interconexión provisional, y fijará las condiciones provisionales de acceso, uso e interconexión.

Aunado a lo anterior, el Regulador precisó que el artículo 15 de la Resolución 432 de 2000 de la CAN, al imponer a los proveedores de redes públicas de telecomunicaciones la obligación de elaborar la OBI, facultó a la Autoridad de Telecomunicaciones competente, para que lleve a cabo la revisión y aprobación de su contenido, la cual una vez aprobada adquiere efectos vinculantes entre los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones. Así mismo, la CRC aclaró que el inciso final de esa resolución otorgó amplias facultades a las autoridades de telecomunicaciones de cada país miembro para que, en caso que el proveedor no subsane las observaciones hechas por dicha entidad en el proceso de revisión de la OBI, determinen las condiciones mínimas de la oferta, unilateralmente⁴⁰⁰.

Al respecto la CRC consideró que el recurrente no tenía la razón al decir que el Órgano Regulador se extralimitó en sus funciones, o que hizo una interpretación subjetiva, pues para esta autoridad no había duda de que tenía toda la facultad para aprobar las OBI y complementarlas. De manera que esa potestad se enmarcaba en las normas de la Comunidad Andina y debía llevarse a cabo según el artículo 15 mencionado en el párrafo anterior⁴⁰¹.

Para el año 2012, varios operadores remitieron su OBI a la CRC para su aprobación, sobre las cuales, la Comisión realizó consideraciones de carácter técnico y por lo tanto fueron objeto de ajustes⁴⁰².

⁴⁰⁰ Resolución CRC 3644 de 2012. Ya citada.

⁴⁰¹ La CRC reiteró que tiene plenas facultades para determinar de manera unilateral las condiciones mínimas que comprende una OBI, que ha sido sometida a su revisión, si los proveedores no han subsanado las observaciones hechas, tal como lo consagra la norma. Ejemplo: PRST: INFRACEL. La CRC requirió a este operador en dos oportunidades para que modificara el contenido de la OBI y no lo hizo. (Diciembre de 2009 y abril de 2010). Por lo anterior, la CRC la modificó de oficio.

⁴⁰² Lista ilustrativa de OBI's sobre las cuales se pronunció la CRC. Corresponde al año 2012, y se cita el número de la resolución para obtener mayor información: 3641, 3642, 3643, 3644, 3646, 3647, 3648, 3649, 3650, 3651, 3652, 3653, 3654, 3655, 3711, 3713, 3714, 3715, 3716, 3717, 3718, 3719, 3720, 3721, 3722, 3768, 3858 y 4044. Las ofertas fueron radicadas por los siguientes operadores: Telefónica de Pereira, Teleintel, Infracel, Edatel, Une, Gilat, Telejamundi, Telecartago, Telegirardot, Telepalmira,

Un ejemplo de un aspecto de la OBI no aprobada por la CRC fue el plazo propuesto para realizar un acuerdo entre operadores. En este caso, de manera oficiosa, el regulador fijó condiciones de acceso, uso e interconexión, y específicamente modificó el plazo propuesto para el acuerdo por un operador, que era de un mes, el cual, debido a que según lo consagrado en la Resolución CRC 3101 de 2011, debe permitirse la comunicación entre los usuarios con una vocación de permanencia y continuidad, y que así mismo, la relación entre usuario y proveedor de servicio es de ejecución sucesiva, por lo que no debe verse afectada por los acuerdos con periodos cortos entre los operadores.

La CRC consideró que los acuerdos deberían tener una duración mínima de cinco (5) años, para evitar que se afecte la prestación del servicio público de telecomunicaciones y los derechos de los usuarios⁴⁰³.

Ahora bien, la duración del acuerdo no interfiere con la posibilidad que tienen las partes de suspenderlo o terminarlo, según las causales previstas en el Régimen de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones⁴⁰⁴, conforme a las cuales, los acuerdos de interconexión pueden terminarse por el cumplimiento del plazo o de sus prórrogas, por la extinción de la calidad de Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones de cualquiera de las partes, por la imposibilidad de cualquiera de estas para continuar ejerciendo

Caucatel, Unitel, Telefónica Móviles, Avantel, Comcel, ETB, Emcali, entre otros. Los temas más comunes que fueron modificados por la CRC, fueron los siguientes: sobre instalaciones esenciales, como facturación, recaudo, sistemas de señalización, bases de datos, infraestructura civil, cargos de acceso, cláusula penal, garantía, nodos de interconexión.

⁴⁰³ Resolución CRC 3641 de 2012. Es posible que el operador se haya equivocado, y en vez de incluir la duración del acuerdo, incluyó el término para la negociación directa entre los proveedores de redes y servicios, como paso previo a la solución de un posible conflicto entre los ellos.

⁴⁰⁴ Resolución CRC 3101 de 2011

su objeto social o por la no transferencia de los saldos netos provenientes de la remuneración de la interconexión, siempre previa aprobación de la CRC⁴⁰⁵.

Dentro de los requisitos generales que debe tener la Oferta Básica de Interconexión, llama la atención los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con el acceso y la interconexión⁴⁰⁶, y dentro de los requisitos financieros, el de los cargos de acceso, por ser uno de los aspectos que han sido objeto de controversias entre los operadores de telecomunicaciones, que posteriormente serán abordadas en esta investigación.

1.5 La interconexión. Doctrina sobre la relación privada en la que puede intervenir el Estado

A propósito del análisis que hace Bermúdez Odriozola, sobre la intervención estatal en una relación en principio privada como lo es la interconexión, este doctrinante se pregunta si tiene algún sentido la intervención específica estatal, en esta relación de interconexión que es una relación entre partes generada por el vínculo jurídico, que es privado y no público, y de la cual se pueden derivar diferentes conflictos de diversa naturaleza⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Cuando las partes terminan el acuerdo de interconexión por mutuo acuerdo, deben solicitar a la CRC con 3 meses de anticipación, su autorización. Lo anterior, para que no se afecten los derechos de los usuarios.

⁴⁰⁶ Esta es una lista de los requisitos generales de la OBI: descripción de la red de telecomunicaciones, y/o de los recursos susceptibles de acceso por parte de otro proveedor, la identificación de recursos físicos y lógicos sobre los que recae el acceso y/o la interconexión, el cronograma de actividades necesarias para habilitar el acceso y/o la interconexión, el cual no podrá ser superior a 30 días, el plazo sugerido del acuerdo, el procedimiento para revisar el acuerdo, las causales de suspensión o terminación, el mecanismo para garantizar la privacidad de las comunicaciones y la información, el procedimiento y mecanismos para garantizar el adecuado funcionamiento de las redes y servicios, y los instrumentos que contengan las garantías para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo.

⁴⁰⁷ BERMÚDEZ ODRIOZOLA, Luis. Artículo 14. Resolución de Conflictos. En: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomas (Coordinadores), Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32 de 2003, de 3 de noviembre, 236 - 264. Madrid: THOMSON

Aclara que aunque hay otras vías de solución de controversias, en el caso de la interconexión, se presenta un componente *ius privatista*, y uno de fuerte carga de intervención pública, y afirma que los contratos de interconexión se pueden calificar como contratos normados.

Al respecto considera que hay unas obligaciones de interés público que confluyen sobre la voluntad libre de las partes, como la obligación que tienen las partes de negociar la interconexión y el acceso, principio que destaca, fue recalcado en las Directivas del 2002 en especial en la Directiva de Acceso⁴⁰⁸. Sin embargo, también debe decirse que la interconexión es un derecho de los operadores que tiene un reflejo en el deber de negociar. Al respecto Bermúdez hace las siguientes consideraciones, por una parte, que el contrato de interconexión puede llegar a ser un contrato forzoso para las partes, que no queriendo negociar o interconectarse, deban hacerlo para garantizar, entre otros, el principio de interoperabilidad; por otra parte, que el contenido de los contratos está predeterminado en ciertos aspectos mínimos, que en cualquier caso deben concurrir. Todo lo anterior, sin perjuicio de las obligaciones que en esos contratos se puedan imponer para garantizar la libre competencia y las que puedan recaer sobre el operador dominante.

A continuación se proponen tres aportes de doctrinantes en cuanto a las redes, y la interconexión como un presupuesto de la competencia, frente a la

CIVITAS, 2004. Págs. 236 - 268. Sobre este aspecto afirma Bermúdez que lo natural en las relaciones entre privados es que los conflictos que puedan generarse se diriman de otra manera, y hace referencia al arbitraje y a la jurisdicción civil.

⁴⁰⁸ Directiva 19/2002/CE. en el aparte sobre los derechos y obligaciones de las empresas. Artículo 4.1 Los operadores de redes públicas de comunicaciones tendrán el derecho y cuando así lo soliciten otras empresas igualmente autorizadas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público con vistas a garantizar el suministro de servicios y su interoperabilidad en toda la Comunidad. Los operadores ofrecerán acceso e interconexión...”

multiplicidad de redes, la promoción de la competencia en un entorno de redes de nueva generación y la correlación entre operadores.

1.5.1 La multiplicidad de redes y una sola red

Considera Montero Pascual que la reforma de la gestión de los servicios de interés general en Europa, cuya principal meta es la apertura de los mercados, con el objetivo de que la competencia entre diversos actores aumente la eficiencia y abarate las tarifas, ha traído de la mano nuevas relaciones y nuevos conflictos, los cuales deben ser resueltos. Dichos conflictos son generados, precisamente, por la existencia de varios competidores en el mercado, a raíz de procesos que denomina como liberalización, privatización o desregulación, de los cuales Montero considera que liberalización, es el que mejor describe las transformaciones que se evidencian, y que han permitido la entrada de nuevos actores⁴⁰⁹.

Al respecto, se propone reflexionar acerca de si la multiplicidad de redes promueve la competencia o si por el contrario, conlleva más controversias que soluciones. En este sentido, los conflictos pueden presentarse por la presencia de operadores que por su tamaño pueden llegar a abusar de su posición y limitar la entrada de otros operadores, por tanto, por la naturaleza de los conflictos, es el Regulador quien debe conocer de todos las controversias que se presenten a raíz de la obligación de interconexión y, de este modo, establecer si el mercado debía ser abierto a la competencia.

⁴⁰⁹ MONTERO PASCUAL, Juan José. Titularidad Privada de los Servicios de Interés General. En: CREMADES, Javier (Coordinador). *Derecho de las Telecomunicaciones*, Madrid: La Ley-Actualidad, S.A, 1997. Págs. 1217 - 1241. Para mayor ilustración, Montero define *Liberalización* como, acabar con monopolios legales y permitir la entrada de nuevos competidores. *Desregulación*, proceso de relajación del control ejercido por las comisiones de regulación. *Privatización*, traspasar activos de manos públicas a manos privadas.

Valdría la pena pensar si la posibilidad de separar la red del servicio, con el fin de que la primera sea gestionada de manera independiente, podría traer como consecuencia que se disminuyan los litigios y las controversias entre operadores por temas de servidumbre, de cargos de acceso, de competencia del Regulador, e incrementar así la participación de más actores, que en principio, tenían la limitante económica por los altos costos relacionados con la infraestructura, en particular la de red⁴¹⁰.

1.5.2 Promoción de la competencia en un entorno de redes de nueva generación

En este punto De la Quadra, considera a raíz de los cambios tecnológicos, del comportamiento del sector y de la llegada de redes de cuarta y quinta generación⁴¹¹, que ofrecerán mayor velocidad y capacidad de datos, que es el momento para analizar la ruta más conveniente en cuanto a promover la libre competencia y la protección de los usuarios, en un sector transversal como lo es el de las telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas.

Sobre este tema de gran actualidad, De la Quadra citó una resolución que expidió la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de España

⁴¹⁰MONTERO. *Ibídem*.

⁴¹¹ Redes que ofrecen mayor velocidad y capacidad de transporte de datos. Se afirma por Ganuza y otros, que estas redes tendrán un gran impacto en nuevas aplicaciones, productividad, innovación, aumento en la productividad y creación de empleo y cambios en la estructura del sector de las telecomunicaciones. Para mayor ilustración: *“las NGANs representan un «nuevo mundo» que cambiará completamente la cadena de valor y al que los operadores tradicionales de telecomunicaciones tendrán que saber adaptarse para mantener una posición de liderazgo en el mercado. En particular, se identifican y analizan cuatro elementos que sustentan esta afirmación: 1) la descentralización y viabilidad de redes pequeñas, 2) la separación estructural, 3) la intervención pública y 4) el impacto de los mercados online.* GANUZA, Juan José. PERCA, Karla. VIECENS, María Fernanda. *Las Redes de Nueva Generación: ¿un nuevo modelo para las telecomunicaciones en España?* En: Cuadernos Económicos de ICE N° 81. Madrid. 2011. Pág. 246. Disponible en: http://www.revistasice.com/CachePDF/CICE_81___11FC7CEFE35C9D2C3C8A7CD8CF008822.pdf

en el año 2009⁴¹² sobre las redes de nueva generación, en la cual el Regulador le da una solución al operador Telefónica, que aunque de carácter individual, viene a ser válida y aplicable para otros operadores.

El Regulador y los operadores se enfrentaron a un cambio tecnológico con las redes de nueva generación, donde se presentaron nuevos problemas y no había aún un marco normativo reformado. En el ejemplo tomado, la CMT decide que la empresa Telefónica deberá dar acceso directo a otros operadores hasta una cantidad de 30 megas y estará obligada a brindar acceso indirecto de ahí en adelante de 100 megabytes. Esta resolución, la toma el citado maestro como un ejemplo de un conflicto donde se profiere una decisión particular que en la práctica se vuelve un marco regulatorio general, respecto del cual podríamos pensar la decisión del Regulador creó una norma⁴¹³.

Al respecto se reflexiona sobre si el Regulador, como autoridad administrativa, tiene potestad para construir una solución que no está en la ley ni en las normas regulatorias⁴¹⁴.

⁴¹² Resolución CMT del 21 de enero de 2009 sobre Redes de NGN.

⁴¹³ En concreto respecto a las redes de nueva generación, De la Quadra, considera que hay dos posibles soluciones relacionadas con la regulación de estas redes: Por una parte, regular la separación funcional de la red: "...tal modelo, que partiría de la constatación de la inexistencia de competencia en redes y por ello se invoca la separación funcional, obligaría a dar un tratamiento al uso de la red basada en precios orientados a costes -aunque hayan de tener en cuenta para fijar tales precios los riesgos en que incurren los inversionistas- distinto del que corresponde a un modelo en el que se creía que la competencia en redes era posible, aunque durante un tiempo la regulación pretendiera corregir las posiciones de poder significativo en el mercado que pudiera ostentar alguna de las empresas". "Otra solución sería regular Infraestructuras Comunes, Infraestructuras civiles. Aunque en la práctica serán pocos los que quieran extender una red por los costos", "La cuestión es que la iniciativa privada ha sido invitada a ejercer su libertad de empresa y, ahora, la cuestión consiste en saber si tal libertad es, en realidad, posible desde el punto de vista económico".

Entrevista realizada al Profesor de Tomas De la Quadra en el mes de octubre del 2013 en la Universidad Carlos III de Madrid, Sede Getafe. Entrevistadora: Luz Mónica Herrera.

⁴¹⁴ Se reflexiona frente a este nuevo y factible escenario, sobre el cambio que puede darse en la interconexión, en los asuntos centrales de las controversias, las partes en conflicto, los actores del sector, teniendo en cuenta que se estará ante una sola entidad y un solo operador de red. También en este caso de un único operador, posiblemente se modificarían las calidades técnicas, económicas, jurídicas,

De esta manera, se hacen las siguientes preguntas frente a los conflictos con los que se puede encontrar el Regulador, cuyas soluciones pueden aplicarse a diferentes casos⁴¹⁵. La Autoridad se preguntará si hay una norma que ampare la decisión, o si está creando una norma; si la solución del conflicto va más allá de lo que la norma permite, si hay manera de constatar que efectivamente la ha creado; y en qué medida la potestad de resolución de conflictos tiene un alcance mayor para la autoridad administrativa.

1.5.3 La competencia o correlación entre operadores

Esteve Pardo hace referencia a las relaciones que se generan en la prestación de los servicios de interés general. En especial se refiere a un doble frente, a un nuevo eje, una nueva dimensión, que toma en consideración *relaciones y correlaciones*, las relaciones verticales entre operador y usuario, y las relaciones horizontales entre los operadores, en este modelo de regulación dado a la competencia⁴¹⁶.

Como antecedente, analiza este doctrinante las relaciones en un mercado que era cerrado para la competencia con operadores *únicos o limitados*, cuyas relaciones eran entre los operadores y los usuarios, donde lo que estaba por resolver en general eran las tarifas por referencia a costos, y la calidad de las prestaciones. Por lo tanto, en esta etapa, no se percibía una relación horizontal

parámetros para su escogencia, regulación, entre otros aspectos como los conflictos por valor del cargo de acceso, la competencia del regulador para dirimir, temporalidad de la medida de una sola red, los riesgos de tener una sola red, y la protección de un mercado de provisión de servicios en competencia, en general, los cambios legales y regulatorios que se requieren.

⁴¹⁵ *Ibidem*. Entrevista.

⁴¹⁶ ESTEVE PARDO, José. La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias. *En*: MUÑOZ MACHADO, Santiago y ESTEVE PARDO, José (Directores). Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación, Madrid: IUSTEL, 2009. Págs. 293 - 347.

entre operadores, por no existir pluralidad o porque aunque existían, no se originaban situaciones que presentaran tensión entre ellos.

Como lo afirma el mismo autor, en un modelo en competencia, es donde con mayor intensidad se da la actividad reguladora, e insiste que más que la competencia entre operadores, es la correlación entre ellos. Se suma a lo anterior, que la competencia perfecta no se da en los sectores sujetos a regulación, por lo tanto el esfuerzo se torna en *recrear* la competencia, y en los espacios donde no se logra, debe proceder a regular⁴¹⁷. Entre los temas más intensos de la regulación, donde los operadores son protagonistas, está el acceso a redes, la interconexión y la desagregación de actividades⁴¹⁸.

La regulación abre caminos y posibilita la concurrencia de operadores como es el libre acceso a redes sin discriminación alguna, en concreto Esteve Pardo se refiere al acceso a redes sin restricciones, la interconexión, la venta de activos y las reventas de servicios. En cuanto al acceso a redes sin restricciones, este autor hace referencia a la Ley de Telecomunicaciones de 1996 de Estados Unidos, que establecía la obligación para los titulares de las redes de permitir el acceso a cualquier operador en condiciones que habrían de ser justas, razonables y no discriminatorias⁴¹⁹.

Sobre la interconexión, se refiere a la telefonía fija, donde por una parte, establecían los operadores locales, y por otra, los operadores de larga

⁴¹⁷ Afirma Pardo, *que hay puntos de relación intensa, compleja y no pocas veces conflictiva, de los operadores que tiene un marco propio, distinto del que se advierte en el libre mercado.*

⁴¹⁸ *Ibíd.* Esteve utiliza el término *unbundling*, para referirse a la desagregación de actividades. La separación de elementos y servicios, es una medida que en las relaciones entre los operadores de acceso e interconexión, permitirá la competencia entre ellos donde sea posible.

⁴¹⁹ Este autor trae como ejemplo el caso del sector eléctrico, el cual fue reestructurado en el año de 1996 en Estados Unidos, por medio de una orden que prohibió a las compañías que operan la fase de transmisión o transporte de energía utilizar su posición de monopolio, (pues lo reconoce esta fase como un monopolio natural), ejercer influencia sobre las compañías que operan en las fases de generación y de distribución a usuarios finales.

distancia, que al momento de querer actuar en el espacio de los locales se enfrentaban a barreras que la FCC reguló estableciendo la obligación general de interconexión de las redes locales con las de larga distancia⁴²⁰.

Para el caso de grandes operadores, se pueden tomar medidas que buscan la protección de la competencia, y que pueden llegar a imponer a las grandes empresas operadoras vender parte de sus activos. Para la reventa de servicios, el Regulador obliga a los operadores grandes a vender sus servicios a otros actores que se toman como clientes, y que luego venden estos servicios al usuario final^{421 422}.

Por último, redes, interconexión, competencia, relaciones entre operadores tendrán un papel crucial como lo afirma De la Serna para soportar la demanda

⁴²⁰ En el sector de las telecomunicaciones la obligación de interconexión tienen un carácter recíproco, pues como lo afirma Esteve Pardo, se conectan una red con otras que resultan así operativas en ambos planos o direcciones, mientras que en el sector de la energía es el libre acceso a redes lo más usual.

⁴²¹ Esteve Pardo los denomina como “resale obligations” para superar cuellos de botella dados por el monopolio, sino también por sectores de mercado en los que es necesario brindar el servicio a usuarios que por su ubicación geográfica y altos costos asociados, en principio los operadores no atienden.

⁴²² Para mayor ilustración se transcribe aportes de Esteve Pardo, sobre el caso de los Estados Unidos: *Se disponía ya de experiencias desde 1976 cuando la Federal Communications Commission (FCC) eliminó la prohibición de reventa de los servicios prestados por la compañía monopolista, American Telegraph & Telephone. Aparecieron así compañías de revendedores, “resellers”, que adquirirían servicios a bajo precio, por las grandes cantidades y proporciones de su demanda, para luego revenderlos a pequeños usuarios finales.*

Esta práctica fue validada por la Federal Communications Commission, al entender que con ella se reducían las barreras de entrada en el segmento de comunicaciones a larga distancia y ello a través de dos vías fundamentales. Primero, reducía las exigencias de capital necesarias para nuevos entrantes que podrían ofrecer servicio regional e incluso el de alcance nacional sin necesidad de construir sus propias estructuras e infraestructuras. Segundo, reducía los incentivos de AT&T para imponer precios discriminatorios al dar garantías a los nuevos entrantes de que serán capaces de competir con razonables posibilidades de éxito (...)

Más tarde, la Telecommunications Act de 1996 que en su sección 251 impone a los grandes operadores, que disponen de redes de gran alcance, la obligación de permitir a otras compañías la reventa de sus servicios y a esas compañías deben ofrecerles precios razonables y no discriminatorios. De esta forma las obligaciones de reventa o resale se presentan como una fórmula introducida por el propio Legislador –junto con las de igualdad de acceso a redes y las relativas al unbundling- para potenciar la competencia sobre todo en el ámbito local y en el nivel de servicio más próximo al usuario.

futura en todo aquello que se derive en la sociedad entorno a la *economía digital*⁴²³⁴²⁴.

2. Funciones de la Comisión relativas a las controversias entre los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones

Este aparte se concentra en el régimen jurídico de la facultad de solución de controversias del Ente Regulador entre los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, y como se anunció en el Capítulo anterior, su importancia crece, teniendo en cuenta que el modelo actual de gestión es de libre competencia, con múltiples actores, para la prestación del servicio de telecomunicaciones, considerado como un servicio público en Colombia.

Las relaciones entre los operadores o Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones y la obligación de interconexión para garantizar la competencia y la comunicación entre los usuarios, generan múltiples conflictos, como la remuneración de los cargos de acceso que se pagan entre los operadores, por cursar tráfico entre sus redes.

⁴²³ De la Serna afirma que: *Con redes avanzadas se pueden desarrollar con mayor facilidad nuevos modelos de negocios más eficaces y eficientes; nuevas formas de producir y comercializar productos y servicios; nuevas formas de comunicaciones y relación entre ciudadanía, empresa y Administraciones; nuevas formas de ser más productivos y de construir la vida en común.* DE LA SERNA, Maria Nieves. La Conectividad digital y los desafíos en el despliegue de redes e infraestructuras en el interior de las edificaciones; el nuevo régimen legal. *En*: Derecho de las Telecomunicaciones. Editorial Civitas. Madrid. 2015. Págs. 526-527.

⁴²⁴ En el documento de la CRC, se citó la definición de la OCDE sobre Economía Digital, así: *“como el resultado de un proceso de transformación desencadenado por las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–...”* (OCDE, 2015. *Digital Economy Outlook*”. Disponible en: <http://www.oecd.org/science/oecd-digital-economy-outlook-2015-9789264232440-en.htm>. COMISIÓN DE REGULACION DE COMUNICACIONES. Hacia Una Medición de la Economía Digital en Colombia. Documento de Consulta. Agosto de 2016. Otra definición de la CEPAL: *“La economía digital está constituida por la infraestructura de telecomunicaciones, las industrias TIC (software, hardware y servicios TIC) y la red de actividades económicas y sociales facilitadas por Internet, la computación en la nube y las redes móviles, las sociales y de sensores remotos”*. CEPAL. Economía digital para el cambio estructural y la igualdad. Chile. 2013. Disponible en: <http://www.cepal.org/Socinfo>

A manera de ejemplo, la regulación de las instalaciones esenciales estableció que en caso de ser necesarias para un operador, deben ser dispuestas para uso por parte de quien las posee.

Aunado a lo anterior, cabe resaltar los conflictos que se generaron por la expedición de normas regulatorias de carácter general, y su aplicación a contratos que se encontraban en ejecución. Aspecto que, como se verá más adelante, generó múltiples conflictos, en temas relacionados con los modos de remuneración de los cargos de acceso por tiempo y por capacidad, y que ha traído como consecuencia variadas decisiones de tribunales de arbitramento, del Consejo de Estado, fallos de tutela, e interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁴²⁵.

2.1 La normativa nacional: Ley de Servicios Públicos Domiciliarios y Ley de TIC

La función de solución de controversias entre operadores ha estado en cabeza del Órgano Regulador a nivel legal, desde la Ley 142 de 1994⁴²⁶, permaneció en el Decreto 1130 de 1999, y fue reiterada en la Ley 555 del 2000, que reguló la prestación de servicios de comunicación personal, e incluyó un artículo relacionado con las competencias de la CRT, en el que le dio facultad para ser el Regulador de todos los servicios de telecomunicaciones, y no solo de los domiciliarios, como estaba previsto en la Ley 142 de 1994.

⁴²⁵ En la Tercera Parte de esta investigación se incluye el análisis de los diferentes pronunciamientos que han rodeado un de los casos, cuyo tema del conflicto está relacionado con los cargos de acceso, y la aplicación del contrato versus los efectos de una norma regulatoria que modifica el esquema de pago entre los operadores

⁴²⁶ Primer antecedente, el Decreto 2122 de 1992, sobre el cual se hizo referencia en el Capítulo anterior.

Así mismo, esta norma consagró que el Regulador tendría la competencia para resolver conflictos entre todos los operadores de operadores de servicios de telecomunicaciones, aspecto que hoy se mantiene en el actual estatuto del sector, Ley 1341 de 2009.

En suma, como antecedente, la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios otorgó expresamente la función de solución de controversias a la CRT, dentro de las facultades generales, y como función especial, la de resolver conflictos a petición de cualquiera de las partes, que surgiesen entre empresas por razón de los contratos o servidumbres entre ellas⁴²⁷.

Posteriormente, esta ley consagró⁴²⁸ funciones especiales para el sector de las telecomunicaciones, como la facultad de resolver los conflictos que se presentaran entre operadores, en aquellos casos en los que se requiriera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector, y de eficiencia en el servicio⁴²⁹.

Hay quienes consideran que las materias reguladas en la Ley 142 de 1994 hacen parte de la órbita competencial de la justicia ordinaria y que por tal motivo no deberían ser de conocimiento de un Ente Regulador que ejerce funciones administrativas, aspecto sobre el cual ya se pronunció la Corte

⁴²⁷ Artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994, hacia la salvedad de que el conflicto no correspondiera decidir a otra autoridad administrativa.

⁴²⁸ Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, y la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones.

⁴²⁹ Ob. cit. MONTAÑA PLATA, Alberto. El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo. Págs. 173 - 175. En su obra sobre los servicios públicos Montaña consideró que se otorgan a las comisiones reguladoras una facultad que en orden a la importancia de la función reguladora del ejecutivo es necesario que organismos administrativos especializados, y altamente técnicos, que sean la instancia idónea para la actuación en un sector de gran trascendencia para la economía y para las finalidades estatales.

Constitucional reiterando que la naturaleza de las funciones y de sus decisiones son de carácter administrativo⁴³⁰.

Finalmente, a raíz de la expedición de la Ley 1341 de 2009, esta norma de servicios públicos domiciliarios no sería aplicable a las telecomunicaciones, ni a las empresas que prestaban los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia⁴³¹. La Ley de telecomunicaciones dejó atrás la división entre servicios domiciliarios y no domicilios, y consagró las funciones de la Comisión bajo una nueva denominación, Comisión de Regulación de Comunicaciones, y expresamente facultó a esta autoridad administrativa, para dirimir las controversias entre los operadores de telecomunicaciones, así ⁴³²:

“9. Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones. Ningún acuerdo entre proveedores podrá

⁴³⁰ VELÁSQUEZ RESTREPO, Gabriel Jaime. La competencia de la comisión de regulación de telecomunicaciones para resolver los conflictos entre los operadores. En: Letras Jurídicas. Telecomunicaciones. EEP de Medellín. Volumen 8 No 2, septiembre de 2003. Págs. 51 - 64.

En ese sentido un doctrinante planteó que podría darse a discreción de las partes, es decir de los operadores, cabida a un mecanismo alternativo de resolución de conflictos a cargo del regulador, que se constituiría en una *heterocomposición regulatoria*, según la cual los operadores de común acuerdo solicitan que el Ente Regulador solucione sus conflictos sobre servidumbres, usuarios, contratos, entre otros. Aspecto que considera este autor, estaría dado en su momento por las normas de la Ley 142 de 1994, que otorgaron competencia a los reguladores para resolver disputas y que se constituiría como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, que no estaría regulado en los estatutos sobre el tema, y que no tendría base constitucional, pues podría invadir la órbita de las funciones jurisdiccionales. El citado autor afirma que dentro de los estatutos de los métodos de alternativos de administración de justicia, no se encuentra la Ley 142 de 1994, que le da facultades a las comisiones para dirimir como tercero calificado o heterocomponedor controversias de un sector regulador, además considera que la ley olvida el carácter dispositivo de estos métodos pues, la norma podría interpretarse en ese sentido. Cita el artículo 74 3 literal b), en el cual se prevé un actuar oficioso: *b) Resolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio.*

⁴³¹ La norma hizo la siguiente salvedad, en cuanto aplicar la Ley 142 a las empresas, así: *... en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículo 4° sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público.*

⁴³² Artículo 22. Funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia”.

La norma consagró el término PRST, en vez de operadores de servicios de telecomunicaciones, como se les denominaba anteriormente⁴³³.

El artículo que otorgó la competencia a la CRC de dirimir conflictos entre los PRST fue declarado exequible por la Corte Constitucional, cuyo pronunciamiento es analizado en esta parte de la investigación.

Pese a lo anterior, hay quienes consideran que aunque la actividad del Regulador debe estar guiada por los principios, falta claridad en el alcance de su intervención, para garantizar la libre competencia y la eficiencia en la prestación del servicio de telecomunicaciones.

Por otra parte, algunos afirman que las competencias de la CRC son cuasi judiciales, y que la diferencia entre la función de resolución de conflictos de la Comisión y las funciones jurisdiccionales, es que el regulador no es un árbitro en estricto sentido⁴³⁴. Llama la atención que la Comisión no solo dirime un

⁴³³ La Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, se refería a la solución de controversias entre operadores o entre empresas.

⁴³⁴ PIMIENTO ECHEVERRY, Julián Andrés. La Regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. En: Revista Digital de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. No 9, Primer semestre. 2013. Págs. 15 - 40.

El citado autor trae a colación la Sentencia de la Corte Constitucional C- 1120 de 2005. Así mismo al referirse al término cuasijudicial, afirma que: *la función cuasijudicial que deben cumplir dichos entes parte del supuesto esencial de la intervención del Estado en la economía, una intervención técnica que cumple una finalidad distinta de la que realiza el juez natural del contrato*. Pimiento cita al autor Francés Jacques Chevallier, en su obra del año 2004, *L'État post-moderne*, 2.^a ed. París: Igdj., así: *En efecto, “La autonomización también está presente por la naturaleza intrínseca de la actividad de regulación: la capacidad de arbitraje requiere de una competencia técnica, una independencia de espíritu, una autoridad moral, que transforma al ‘experto’ en ‘sabio’, por lo que tendría una especie de altura de vista necesaria para ejercer su función; pero la regulación supone también un conocimiento íntimo del sector que se está regulando, contactos estrechos con sus representantes, que imponen un procedimiento de acercamiento con el medio y la distancia correlativa de los límites que resultan de su pertenencia al aparato burocrático”.*

conflicto, sino que su actuar está atado a un rol funcional en el ordenamiento jurídico, en el cual debe dar prevalencia al interés general frente a los intereses particulares⁴³⁵.

Por lo tanto, esta posición vincula las tareas de la Comisión de Regulación de Comunicaciones con ser el garante de la libre competencia en el mercado regulado, y llama la atención sobre la posición de la Comisión *en el complejo entramado de las competencias de las distintas autoridades administrativas y judiciales en el sector*, en el cual se demanda dilucidar cuáles son los supuestos en los que puede intervenir la Comisión⁴³⁶.

El Estatuto de las Telecomunicaciones previó un procedimiento que deben tener en cuenta las partes y seguir la CRC para iniciar la actuación administrativa de solución de controversias, que contiene las reglas para dirimir conflictos en materia de interconexión, y que se aplican para la fijación de condiciones de acceso, uso e interconexión, e imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión, adelantados de oficio o a solicitud de parte ante la CRC, el cual se analizará a continuación⁴³⁷.

⁴³⁵ El citado autor afirma que el actuar de la Comisión debe estar guiado por los principios consagrados en la Ley 1341 de 2009, para el acceso, uso e interconexión, los que considera rigen las finalidades de la resolución de conflictos en materia de interconexión: * trato no discriminatorio, con cargo igual acceso igual, * transparencia, * precios basados en costos más una utilidad razonable, * promoción de la libre y leal competencia, * evitar el abuso de la posición dominante, * garantizar que en el lugar y tiempo de la interconexión no se aplicarán prácticas que generan impactos negativos en las redes.

⁴³⁶ Considera Pimiento que los principios orientadores de la ley de TIC, son la guía para la intervención de la CRC, y que esta debe darse solo en aquellos casos en los que sea necesaria la regulación del mercado.

⁴³⁷ En el Tratado de libre Comercio suscrito por Colombia y Estados Unidos, se incluyó en el Capítulo Catorce sobre Telecomunicaciones, en el cual se consagró el artículo 14.12 “Solución de controversias de telecomunicaciones”. En particular esta normativa tiene previsto que las partes acudan al organismo regulador, para resolver las controversias relacionadas con acceso y uso de los servicios públicos, sobre obligaciones relativas a los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones, sistemas de cables submarinos, entre otros. Así mismo, los proveedores que hayan solicitado interconexión a un proveedor importante, podrán pedir al regulador que se les resuelvan las controversias sobre términos, condiciones y tarifas de la interconexión. El artículo 14.7 sobre definiciones contempla la definición de “Proveedor Importante”: significa un proveedor de servicio público de telecomunicaciones, que tiene la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación (desde el punto de vista de los precios

2.2 Reglas procedimentales de solución de controversias en materia de interconexión y normas comunes sobre interconexión (Resolución 432 CAN)

La normatividad andina hace parte de la legislación que rige en Colombia⁴³⁸, y su aplicación tiene unas características en la integración con nuestro sistema jurídico.

En particular el Consejo de Estado afirmó que el Derecho Comunitario Andino es un ordenamiento jurídico al cual están sujetos los Estados miembro. En este sentido destacó, que ese cuerpo normativo es fruto del “sistema de integración económica en un escenario de ampliación democrática”.

En esta línea la citada Corporación hizo referencia a un fallo de la Corte Constitucional en el cual se reconoció que la decisión de integración económica de unos Estados, no puede conducir a la imposición de un modelo de régimen político que contradiga la voluntad soberana del pueblo manifestado en una Constitución. Así, el Derecho Comunitario Andino que rige a nuestro país es fruto de “un sistema de integración económica en un escenario de ampliación democrática”⁴³⁹.

y del suministro) en el mercado relevante de servicios públicos de telecomunicaciones, como resultado de: a). control de instalaciones esenciales o b). la utilización de su posición en el mercado. (Ley 1520 de 2012 *por medio del cual se implementan compromisos adquiridos por virtud del “Acuerdo de Promoción Comercial”, suscrito entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, y su “Protocolo Modificadorio en el Marco de la Política de Comercio Exterior e Integración Económica”*).

⁴³⁸ Como principales características del Derecho Comunitario Andino: (i) *la supranacionalidad*; (ii) *integración con los sistemas jurídicos internos*; (iii) *la aplicabilidad y efectos directos o inmediatos* y (iv) *su intangibilidad y autonomía*. Para mayor ilustración consultar la Sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Sala Plena del 9 de agosto de 2012. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad No: 110010326000201200013 00 (43.045)

⁴³⁹ Sentencia de la Corte Constitucional, C-644 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, citada en el fallo del Consejo de Estado del 9 de agosto de 2012. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Es necesario resaltar que este derecho tiene unos rasgos o características principales como la supranacionalidad, subsidiariedad, efecto directo, uniformidad, armonización e integración normativa que componen aquellos aspectos que facilitan la coordinación entre los operadores jurídicos, y el orden jurisdiccional comunitario y nacional⁴⁴⁰.

La supranacionalidad significa que los Estados acuerdan transferir facultades a un organismo externo a ellos, con el fin de regular de igual manera materias precisas que definen entre ellos⁴⁴¹.

La Subsidiariedad apunta a que el organismo comunitario en este caso la CAN actúa en relación a los Estados, cuando el trabajo unido y conjunto es más propicio, a que cada país lo haga por su parte⁴⁴². En cuanto al efecto directo, la norma es de aplicación inmediata, y sin un mecanismo previo para la incorporación del ordenamiento comunitario al nacional.

⁴⁴⁰ La Corte Constitucional resaltó los siguientes atributos del derecho comunitario andino y lo asimiló al derecho comunitario europeo: *a.) se trata de un derecho internacional regional, o propio a una sub-región como la andina (Cita No 1); b.) es un derecho cuya producción normativa deriva del seno de una organización internacional (Comunidad Andina); c.) la razón de ser de las normas comunitarias andinas se encuentran en los Tratados constitutivos y en los procedimientos de elaboración normativa; y, d.) el derecho comunitario andino es una rama, o sub-materia del derecho internacional público (Cita No2).*

Cita No 1: DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de derecho internacional público. Madrid, Tecnos, 2003, p.81. Cita No 2: ACOSTA ESTEVEZ, José. "El derecho internacional, el derecho comunitario europeo y el proyecto de constitución europea", en [The Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series is produced by the Jean Monnet Chair of the University of Miami, in cooperation with the Miami European Union Center. Vol.4, No.3, 2004; <http://aei.pitt.edu/8117/1/acostafinal.pdf>].

⁴⁴¹ En este sentido la Corte afirmó: *Por una parte, esta legislación tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando ésta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) -dentro del efecto conocido como preemption- a la norma nacional".* Corte Constitucional. Sentencia C-137 de 1996.

⁴⁴² Para mayor ilustración consultar <http://www.comunidadandina.org/funcionamiento.aspx>

Por último, otra característica está dada por la integración normativa entre las normas nacionales y comunitarias, que se da de tal forma que no llega a confundirse entre ellas, ni derogarse, pues en caso tal de una contradicción aplica el principio de primacía del derecho comunitario⁴⁴³.

Dicho lo anterior, en particular en el sector de telecomunicaciones la Comisión de la Comunidad Andina profirió normas andinas que regularon el proceso de integración y la liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina⁴⁴⁴. El propósito de los países miembros era estimular el fortalecimiento y diversificación de los servicios y armonizar las políticas nacionales sectoriales⁴⁴⁵.

La Secretaria General de la Comunidad Andina, consagró la facultad de solución de controversias expresamente en la Resolución CAN 432, y en concreto, contempló que la autoridad competente para solucionar el conflicto entre las partes durante la ejecución de la interconexión sería la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones.

⁴⁴³ Al respecto el fallo del Consejo de Estado ya citado del 9 de agosto de 2012, trajo a colación un aparte de la Sentencia de la Corte Constitucional C- 228 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell, así: *“La integración comunitaria que comporta el Acuerdo de Cartagena y los demás instrumentos que lo han desarrollado, y especialmente las competencias normativas que se reconocen a los órganos comunitarios, encuentran un fundamento de validez en las normas de la Constitución de 1991. La integración comunitaria responde y se afianza sobre la concepción moderna de la soberanía relativa, que ya no la reconoce como un poder supremo absoluto e ilimitado del Estado, sino como algo limitado y restringido por la interacción de los demás Estados dentro de la comunidad internacional, lo cual obviamente implica la reasignación de específicas competencias de los Estados en organismos comunitarios con el fin de hacer viable los procesos de integración económica”*.

⁴⁴⁴ Decisión 462 CAN

⁴⁴⁵ La Decisión 439 sobre el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina. El objetivo de general: *Artículo 1.- El presente Marco General tiene como objetivo establecer un conjunto de principios y normas para la liberalización progresiva del comercio intrasubregional de servicios, a fin de alcanzar la creación del Mercado Común Andino de Servicios, mediante la eliminación de las medidas restrictivas al interior de la Comunidad Andina.*

Es importante resaltar que cuando las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino abordan temas específicos, como es el caso del contrato de interconexión, y los cargos de acceso, las partes deben regirse por la norma comunitaria andina y en lo no previsto en esta, por la legislación de cada país.

Así mismo es necesario recalcar que 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 andino, acudan a solicitar la interpretación prejudicial (IP) por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), quien tiene la misión de asegurar la aplicación uniforme en el territorio de los países miembros⁴⁴⁶.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el Proceso 57-IP-2012, hizo una interpretación extensiva del concepto de juez nacional del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la cual consideró a los árbitros o tribunales de arbitramento como jueces nacionales. El TJCA afirmó que cuando los jueces son de única o última instancia y fallan en derecho, tienen la obligación de solicitar la Interpretación Prejudicial (IP), a propósito de la acción de incumplimiento según el Proceso 03-AI-2010⁴⁴⁷, interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB) contra la República de Colombia, Sección Tercera del Consejo de Estado, por supuesto incumplimiento de la obligación objetiva de solicitar interpretación prejudicial obligatoria⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ El concepto de juez nacional cobija a los tribunales de arbitramento.

⁴⁴⁷ Para mayor ilustración: Decisión del TJCA, sobre la Acción de incumplimiento Proceso 03-AI-2010 del 26 de agosto de 2011. Presidente del TJCA: Ricardo Vigil Toledo. Magistrados: Leonor Perdomo, Carlos Jaime Villarroel, y José Vicente Troya.

⁴⁴⁸ Interpretación prejudicial prevista según artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Este aspecto hace parte del estudio de caso y de los recientes laudos e interpretaciones prejudiciales analizadas en esta investigación, alrededor de los conflictos entre los PRST, lo cual se desarrollará en la Segunda Parte, correspondiente a los obstáculos a la eficacia de la solución de controversias de los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones.

En Colombia, la Comisión de Regulación de Comunicaciones dirime controversias como resultado del camino recorrido por las partes de acuerdo con la normativa, en el cual, como primera medida debe surtirse una etapa de negociación directa sin intervención de terceros, posteriormente, a solicitud de parte, se da inicio a la actuación administrativa liderada por el Director Ejecutivo del Órgano Regulador, quien recibirá el escrito del interesado manifestando que no fue posible llegar a un acuerdo, indicando los puntos de divergencia, los temas sobre los que se logró concertar y la oferta final⁴⁴⁹.

Según el procedimiento, hay una etapa de mediación luego de presentadas las ofertas finales, en la cual se facilita un espacio para que las partes consignen los acuerdos logrados y lleguen a acuerdos sobre nuevos puntos, y se levanta un acta en la cual, también constan los temas sobre los cuales permanece el desacuerdo⁴⁵⁰.

Para adoptar la decisión que solucione la controversia de interconexión, hay un plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario, y para la fijación de condiciones o imposición de servidumbre de interconexión⁴⁵¹, la CRC contará

⁴⁴⁹ Las partes deben presentar su oferta final a la CRC dentro del plazo establecido, de 5 días hábiles. La CRC decidirá la controversia teniendo en cuenta únicamente la oferta de la parte que cumplió, en caso de que una de las partes no la haya entregado a tiempo, y claro está, lo previsto en la regulación, con lo cual se le da fin al trámite.

⁴⁵⁰ Esta acta prestará mérito ejecutivo.

⁴⁵¹ Amaris destaca que La Ley de TIC trajo varias denominaciones relacionadas pero no iguales, sobre solución de controversias, la fijación de condiciones de acceso, uso e interconexión, y la imposición de servidumbre. En particular, sobre solución de controversias, afirma que existe relación de interconexión

con un plazo de noventa (90) días calendario contados desde la fecha de inicio del trámite administrativo⁴⁵².

La normatividad andina expresamente consagró que la Autoridad de Telecomunicaciones competente debe decidir dentro de un plazo máximo de 45 días calendario contados a partir de la recepción de la consulta.

De esta forma, si transcurrió el plazo previsto que corresponde a 60 días y las partes no llegan a un acuerdo, o la Autoridad de Telecomunicaciones competente del País Miembro donde se realiza la interconexión no aprueba las condiciones del mismo, ésta puede de oficio o a solicitud de cualquiera de

haya un contrato escrito o no. Sobre la fijación de condiciones de acceso, uso e interconexión, y de instalaciones esenciales permanentes o provisionales, considera que se da cuando no hay relación de interconexión entre las redes, situación que puede traer como consecuencia que los usuarios no puedan comunicarse. En este punto resalta que no hay Oferta Básica de Interconexión, no hay contrato escrito y puede existir una relación de interconexión directa, en la cual puede existir la necesidad de instalaciones esenciales, o necesariamente no esenciales, que corresponden a recursos que poseen otros operadores. En cuanto a la imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión definitiva o provisional, se puede llegar como consecuencia de la inexistencia de relaciones de interconexión entre las redes de los operadores, en una situación donde hay usuarios del servicio público de telecomunicaciones que no pueden comunicarse entre sí. Todas estas situaciones pueden traer como consecuencia la modificación del contrato en caso de que exista, o una orden del Regulador para cumplir las condiciones fijadas al operador involucrado. AMARIS HERNÁNDEZ, Carmiña. Reglas Aplicables a las actuaciones administrativas de solución de controversias en materia de interconexión. En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC (Ley 1341 de 2009), Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010. Págs. 836 - 880.

⁴⁵² AMARIS. Ob. cit. Pág. 854. En particular en cuanto a la fijación de condiciones de acceso, uso e interconexión, así como la participación de otros actores dentro de la relación entre los operadores, Amaris, hace un análisis de la función de solución de controversias según la norma regulatoria anterior, Resolución 1941 de 2008 y la Ley 1341 de 2009. La Resolución del 2008, en la cual se contemplaba que el proceso de resolución de conflictos relativos a interconexión entre operadores de telecomunicaciones, podía iniciarse a solicitud de parte, y dejaba abiertas las puertas para que otras personas pudieran tener el derecho a la acción, como los proveedores de redes o proveedores de instalaciones esenciales. En ese orden de ideas, tendrían derecho a iniciar el proceso administrativo de solución de controversias, los proveedores de servicios y de redes, no solo en temas relacionados con la interconexión de redes, sino con elementos como bienes e infraestructura necesaria para la interconexión. De esta manera, la Ley 1341 de 2009 se refiere específicamente al conflicto de interconexión de redes entre operadores y no a controversias con terceros por uso de postes y ductos, sin embargo, dio facultad a la CRC para definir bajo un esquema de costos eficientes, condiciones en las cuales se utilicen infraestructuras y redes de otros servicios en la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

las partes, fijar las condiciones de la interconexión, de acuerdo con la normatividad andina y con el procedimiento establecido en su legislación interna.

La norma comunitaria consagró que la Autoridad de Telecomunicaciones competente debe pronunciarse en un plazo máximo de 90 días calendario, contados a partir de la fecha en que se solicitó la aprobación o se inició el procedimiento administrativo.

Este numeral ilustró sobre el ordenamiento de las telecomunicaciones, el cual está dado por un cuerpo normativo comunitario y las leyes nacionales y por una regulación específica respecto de los lineamientos en particular los procedimentales, en este caso, las etapas que se deben surtir por las partes para que sus disputas sean resueltas por el regulador, bajo un debido proceso, reconociendo siempre como primera opción el arreglo directo entre las partes⁴⁵³.

Dicho lo anterior, en el siguiente punto se analizarán los aportes doctrinarios de autores nacionales e internacionales que han estudiado la función del Regulador de solucionar controversias entre operadores, y luego se hará un análisis jurisprudencial sobre las consideraciones de la Corte Constitucional, respecto a esta materia a propósito de la normativa en particular de la función en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios y la Ley de TIC frente al tema.

⁴⁵³ Artículo 42 Ley 1341 de 2009. Artículo 32 de la Resolución 432 de la CAN.

2.3 Doctrina sobre la facultad de resolución de controversias de telecomunicaciones entre operadores

La facultad de dirimir controversias entre operadores de telecomunicaciones por parte de una autoridad administrativa es una potestad de la administración relativamente nueva que transita varios estadios, entre el legislativo, ejecutivo y jurisdiccional.

Algunos autores consideran que la misión del Ente Regulador debe estar guiada por los fines del Estado en la intervención en los servicios públicos, y que en particular como agente que dirime conflictos, su labor no está dada de forma similar a la de un juez de un contrato, que direcciona su actuar hacia la posición contractual de las partes y sus intereses, sino que por el contrario, el regulador como organismo técnico y especializado debe promover la protección de los usuarios y de la competencia bajo un enfoque social y de mercado⁴⁵⁴.

De esta forma, a continuación se abordan diferentes tópicos sobre los cuales los doctrinantes se han pronunciado y que se traen a colación para brindar un mayor espectro y análisis sobre esta función, que concentra en mayor grado el devenir de las relaciones de la interconexión entre las partes, como una obligación y un acuerdo, que inicia en una relación privada, y que trasciende esta orbita por involucrar interés superiores.

⁴⁵⁴ DUQUE DEL VECCHIO, Lina María. La autonomía de la voluntad privada y la intervención del Estado sobre la Economía. El Caso de los contratos de acceso uso e interconexión en el sector de telecomunicaciones en Colombia. Bogotá, 2016. Trabajo de grado (Maestría en Derecho Administrativo). Disponible en la biblioteca de la Universidad Externado de Colombia. Págs. 46-47.

Para ser más específicos, el análisis que se encuentra a continuación se estructuró bajo un criterio de clasificación que obedece al objetivo, creación, alcance de la función, su naturaleza y la ubicación en la estructura estatal, que vienen corresponder a planteamientos con diferentes matices, cuya línea principal descarta que se trate de una función judicial como tal.

De esta manera, se plasman varios aportes que se consignaron de la siguiente manera: van desde la facultad otorgada a una autoridad reguladora; el regulador dirime o arbitra. Intervención subsidiaria; la actividad administrativa conlleva resolución de una controversia; la intervención vinculante del ente regulador; la intervención pública del regulador; la resolución del conflicto - un procedimiento triangular; la división de poderes y el límite para resolver controversias; los límites para actuar; y la revisión judicial no es segunda instancia, la ampliación material de la jurisdicción contenciosa.

De esta manera se proponen tres aspectos principales, desagregados en ocho numerales, enmarcados en la actividad administrativa, los límites del regulador, y el control de legalidad, para enriquecer el estudio de los tópicos en torno a la función.

2.3.1. La actividad administrativa conlleva la resolución de una controversia

En cuanto a la función de resolver controversias y su encaje con la estructura de poderes del Estado, Andrés Ospina afirma que se trata de “la actividad contenciosa de la administración”, donde esta profiere decisiones que tienen una “lógica parajudicial”, y que no cabe en la lectura clásica de la tridivisión de poderes, sino que corresponderían a lo que denomina como un “ejercicio

multiorgánico de funciones de poder público⁴⁵⁵". Así reitera que la actividad de la administración, es "parajurisdiccional" pues los que tienen una disputa, la encomiendan a la decisión administrativa que se podría haber atribuido a una jurisdicción, pero por varias razones, incluyendo la eficiencia, se justificó recurrir a la función administrativa⁴⁵⁶.

2.3.2. La solución de controversias. Manifestación necesaria de la función regulatoria

Es tarea de todos los poderes públicos, advierte Montaña, velar por la realización del valor justicia, de forma que la Administración Pública no puede concebirse como intrusa cuando la norma le otorga funciones de solucionar controversias entre los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, como actividad regulada. Se destaca en esta reflexión, que concuerda con la posición de la Corte Constitucional, según este autor que "la superación de una visión exclusivista de la actividad contenciosa en cabeza de los jueces; y la constatación de que el ejercicio de la autonomía de la voluntad puede y debe limitarse para la realización de principios superiores en un estado social y de derecho como el colombiano"⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ OSPINA GARZÓN. Ob. Cit. Pág. 846.

⁴⁵⁶ Sobre aspectos relacionados con la resolución de controversias por parte de organismos administrativos, Daniel Nallar manifestaba que en toda la actividad administrativa se encuentra la resolución de una controversia, y que todo acto administrativo dirime intereses contrapuestos, pues siempre hay "una dicotomía entre el interés público y el o los intereses particulares, o, en su caso, entre intereses particulares contrapuestos". En el mismo sentido, indicaba que desde antes del nacimiento del acto administrativo, se puede constar un conflicto entre el interés público y los particulares, y que finalmente la importancia de ello es resolverlo. NALLAR DERA, Daniel Mauro. "Los Entes Reguladores y la Función Jurisdiccional" en Regulación y Control de los Servicios Públicos. Argentina. Marcial Pons, 2010. Págs. 74 - 77.

⁴⁵⁷ MONTAÑA PLATA, Alberto. Retos actuales de la Regulación, Judicialización y crecimiento Económico (Ponencia). VIII Congreso Iberoamericano de Regulación Económica y Servicios Públicos. La Serena, Chile en Noviembre de 2013. Sentencias C-1120 de 2005 y C-186 de 2011.

2.3.3 Facultad de solución de conflictos. Una función regulatoria

Se considera que dentro de los principales objetivos de esta función está promover la competencia, proteger a los usuarios y al interés general económico, afirma Lorenzo Villegas⁴⁵⁸.

En principio, los conflictos por regla general son dirimidos por un juez, el cual por medio de la función judicial imparte justicia para un caso en concreto, según las normas jurídicas⁴⁵⁹.

Sin embargo, esta función de solución de controversias, está a cargo de un organismo de naturaleza administrativa, y por tanto, tiene como guía otros fines relacionados no con los beneficios para las partes, sino con valores superiores como el interés general, la protección de los derechos de los usuarios, la promoción de la competencia y el mantenimiento del mercado.

Considera Villegas que la facultad de solucionar los conflictos ya señalados es una función regulatoria, mientras que si la facultad se da en torno a los intereses privados es una función jurisdiccional⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ VILLEGAS CARRASQUILLA. Ob cit. Págs. 533.

⁴⁵⁹ VILLEGAS cita a Ugo Rocco: que en su tratado de derecho procesal civil define la función jurisdiccional como “la actividad con que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, interviniendo a petición de los particulares, sujetos de intereses jurídicamente protegidos, se sustituye a los mismos en la actuación de la norma que tales intereses ampara, declarando, en vez de dichos sujetos, qué tutela concede una norma a un interés determinado, imponiendo al obligado, en lugar del titular del derecho, la observancia de la norma y realizando mediante el uso de su fuerza coercitiva, en vez de titular del derecho, directamente a aquellos intereses cuya protección está legalmente declarada”. Ya citado anteriormente.

⁴⁶⁰ Se transcribe la cita de la sentencia ya reseñada por Villegas: En este sentido, ha dicho la Corte Constitucional, en la sentencia C-029 de 1995, que “cuando los intereses individuales o colectivos tutelados por el derecho objetivo no se satisfacen espontáneamente por aquellos obligados por la norma, el Estado provee a su realización por medio de la actividad jurisdiccional. El objeto de ésta es “la

Al respecto, Edgar González también sostiene que la función es regulatoria, en este sentido, considera la tesis relacionada con la transformación de las instituciones básicas del Derecho Administrativo, y afirma que se ha dado un replanteamiento del modelo entre los sujetos, objetos, medios e instrumentos y los límites que los rigen, así también para el ejercicio de las nuevas funciones, específicamente de los entes regulatorios, que intervienen en sectores especializados, de forma que considera que son función regulatoria en gran parte traídas de las agencias del derecho anglosajón, y que tienen funciones denominadas *cuasi legislativa* y *cuasi judicial*⁴⁶¹⁴⁶².

En este punto vale la pena resaltar que la tarea de dirimir controversias por parte del Regulador es una nueva atribución, que ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina, desde diferentes ópticas, pues en su desarrollo algunos la asimilan a las características que pueden tener las decisiones de los organismos del Estado dentro de la estructura de división de los poderes públicos.

declaración de certeza o la realización colectiva y concreta de los intereses tutelados en abstracto por las normas de derecho objetivo, cuando, por falta de certeza o por inobservancia de las dichas normas, no quedan ellos directamente satisfechos por aquellos a quienes se dirigen las normas jurídicas” (ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil, tomo I. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1969, pág. 48.)

⁴⁶¹ GONZÁLEZ. Ob. Cit. Explica el termino cuasi legislativa, para referirse a los actos que expiden las *Administraciones Independientes*, que son similares a normas de carácter general, y la facultad de resolución de conflictos entre operadores, como actividad cuasijudicial, en su trabajo de tesis doctoral sobre *La Potestad Reglamentaria de las Comisiones de regulación como Autoridades Administrativas Independientes* del año 2013. GONZALEZ LÓPEZ, Edgar. *La Potestad Reglamentaria de las Comisiones de regulación como Autoridades Administrativas Independientes: Sección B. La Jurisprudencia y Doctrina sobre las Facultades Reglamentarias de las Comisiones*. Bogotá. 2013. Trabajo de Grado (Doctor en Derecho). Universidad Externado de Colombia. Doctorado en Derecho. Disponible en la Biblioteca de la Universidad Externado.

⁴⁶² La jurisprudencia norteamericana afirma su naturaleza mixta. Por otra parte, la Corte Constitucional afirmó en el fallo del 2005 que se trata de una función arbitral. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1120 de 2005.

2.3.4 El acuerdo entre las partes. La mínima intervención del regulador

En este sentido Montero Pascual⁴⁶³ considera que al margen del momento en que se encuentre el acuerdo de interconexión entre las partes, el ente regulador puede intervenir en diferentes situaciones, sea porque el acuerdo no se alcanzó para constituir la interconexión, o para incluir alguna modificación en concreto, o ya hay un acuerdo, pero no se tiene la misma interpretación sobre una medida regulatoria, o se quiere modificar una cláusula. Así, afirma que la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de España, trató de intervenir solo en caso de que la revisión de las cláusulas tuviese que ver con la interoperabilidad de los servicios o con prácticas contrarias a la libre competencia⁴⁶⁴. Finalmente, el regulador español estableció, como presupuesto para la intervención, que se hayan surtido formalmente las negociaciones entre las partes y que las mismas no hayan llegado a un acuerdo⁴⁶⁵.

De esta manera Montero, trae a colación la filosofía de la CMT en cuanto a la resolución de los conflictos, que se resume así: “fiel al principio de mínima

⁴⁶³ MONTERO PASCUAL, Juan José. Derecho de las Telecomunicaciones. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007. Págs. 212 - 217. Otros autores sobre el regulador español: SALA ARQUER, José Manuel. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Madrid: Civitas, 2000; SÁNCHEZ BLANCO, Miguel y SOLER MATUTES, Pere. Autoridades de Reglamentación y Telecomunicaciones: Las organizaciones públicas y su regulación. Especial referencia a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En: Derecho de la Regulación Económica. Tomo IV Telecomunicaciones, De la Quadra-Salcedo, Tomas, (Director), Vida Fernández, José (Coordinador). Madrid: IUSTEL, 2009. Págs. 209 - 231; y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús. Análisis Específico de la Administración Independiente de Telecomunicaciones la CMT. En: Derecho de las Telecomunicaciones Nuevo Derecho y Nuevo Mercado, de Antonio Jesús Sánchez Rodríguez. Madrid: DYKINSON, 2002. Págs. 174 - 195.

⁴⁶⁴ En forma cautelar la intervención para que se haga efectiva la interconexión.

⁴⁶⁵ Para mayor ilustración, Montero cita: *Así lo ha confirmado la CMT: “esta comisión no puede entrar a resolver el supuesto conflicto [...] sin que dicho conflicto se haya suscitado en efecto, mediante la oportuna solicitud de acceso que dicha entidad plantee al titular de una red pública de telecomunicaciones seguida de la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre el acceso reclamado.”*

intervención de esta comisión en la negociación de los AGIs⁴⁶⁶, es aconsejable respetar en la medida de lo posible las condiciones alcanzadas por las partes en los restantes puntos del acuerdo, y proceder (...) a fijar las condiciones de interconexión únicamente en los citados aspectos de discrepancia entre las partes⁴⁶⁷.

2.3.5 Resolución del conflicto. Un procedimiento triangular

En relación con la actividad del ente regulador, Gaspar Ariño manifiesta que en los procesos regulatorios, por ejemplo, la fijación de precios o tarifas, la asignación de derechos de acceso a las redes, o el establecimiento de cuotas de conexión y ordenes de ampliación del servicio, esta autoridad debe tratar de llegar a un acuerdo con los operadores interesados, pues se considera que en la mayoría de los casos se trata de procedimientos triangulares ante la Administración que se plantean bilateralmente, por lo tanto, la intervención del regulador previene conflictos e incluso impugnaciones o apelaciones judiciales, que se alargan en el tiempo y con altos costos.

Ahora bien, Ariño destaca que el acto que resuelve las controversias no es igual al resto de actos administrativos y, además, que no se da la “tipicidad” esperada en la cual el acto se ajusta perfectamente al supuesto de hecho que se contempla en la norma.

En estos casos existe un margen de discrecionalidad económica y técnica, en la cual el ente regulador toma decisiones fruto de ponderar diferentes elementos económicos, sociales, técnicos y relacionados con el medio

⁴⁶⁶ La sigla *AGIs*, significa: acuerdos generales de interconexión.

⁴⁶⁷ MONTERO PASCUAL, Juan José. Ob. Cit. Pág. 217.

ambiente, que sin duda escapan a la previsión normativa, exegéticamente considerada⁴⁶⁸.

2.3.6 Los límites del regulador para actuar resolviendo controversias

La función de dirimir controversias, según las investigaciones doctrinales, presenta más interrogantes que respuestas. En este sentido, De la Quadra-Salcedo⁴⁶⁹ plantea que el Derecho tiene una misión difícil, pues se le encargan unos cánones que no son fáciles de precisar, además de que debe establecer límites a los órganos políticos, como podría ser el caso del poder ejecutivo o el legislativo. En este sentido, resalta este autor que las decisiones del regulador *“no pueden agotar toda la sustancia política de una decisión que tiene un importante componente discrecional y fundada además en criterios de ponderación de valores de oportunidad y realización del Estado de bienestar susceptibles de múltiples lecturas”*⁴⁷⁰.

Esta reflexión aplica para el caso de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, que como autoridad administrativa con competencia legal para resolver conflictos entre operadores, se ve avocada a actuar dentro de unos límites que la misma ley no alcanza a acotar, por ese componente discrecional que está inmerso en decisiones cuya naturaleza es administrativa y técnica, y que tiene una gran similitud con medidas de carácter jurisdiccional.

⁴⁶⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El nuevo servicio público. En: Principios de Derecho Público Económico. Universidad Externado de Colombia y Fundación de Estudios de Regulación. 2003. Págs. 632 - 637.

⁴⁶⁹ DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomas. Liberalización de las Telecomunicaciones, Servicio Público y Constitución Económica Europea. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. Págs. 148 - 157.

⁴⁷⁰ DE LA QUADRA-SALCEDO. Ibidem. Pág. 149.

Es importante tener presente que aunque en principio los conflictos son de conocimiento de los jueces, también han sido de competencia de organismos administrativos que regulan un sector, y que por su especialidad tienen funciones similares a aquellos que administran justicia. Vale la pena precisar en este punto, que la red es el medio para prestar los servicios de telecomunicaciones y que ésta es de propiedad privada, puesto que fue liberalizada, y por tanto, ya no está bajo la titularidad estatal. En este escenario, se evidencia que en el mercado ha crecido el número de redes, cuyos titulares, en caso de querer prestar un servicio a terceros, tienen la obligación de la interconexión con las otras⁴⁷¹.

Esta situación, en la que se incrementó el número de actores, refleja el aumento las relaciones entre los operadores, así mismo, de los conflictos a solucionar por parte de la autoridad administrativa, en nuestro caso la CRC, y por parte de los jueces, incluidos los árbitros. Lo anterior, trae la necesidad de reflexionar hasta dónde estas diferencias son de conocimiento de un organismo administrativo que regula un sector, o si es el juez el llamado a solucionarlos.

2.3.7 El regulador dirime o arbitra. Intervención subsidiaria

La tesis de José María Chillón, nos muestra como a unas relaciones que en principio eran privadas y que estaban solo sometidas a la ley de autonomía en la contratación, el órgano regulador les impone una resolución que es

⁴⁷¹ DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomas. Revisión del marco regulador de las telecomunicaciones. Nuevas redes y nuevos servicios. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago (Director). Derecho de la Regulación Económica IV. Telecomunicaciones, de Colección Madrid: IUSTEL, 2009. Págs. 661 - 723.

obligatoria, en la cual se dirime o arbitra un conflicto *inter-privatos*, al resolver sobre las pretensiones de las partes⁴⁷².

Al respecto, resalta la facultad del regulador español que además de la función de dirimir conflictos tenía la posibilidad de resolverlos previa solicitud de las partes, por medio de una decisión de naturaleza jurisdiccional, en la cual el regulador actúa como un árbitro de derecho común, aspecto que considera este autor podría contrariar los mandatos constitucionales que orientan la actuación administrativa al cumplimiento del interés general⁴⁷³.

Ahora bien Chillón considera que la intervención del regulador como autoridad administrativa debe ser subsidiaria respecto del acuerdo de las partes. De esta manera afirma que aunque la garantía del interés general se instituye en uno de los principales objetivos a conseguir por parte del Regulador, la facultad de solución de controversias, aunque guiada por este principio constitucional, debe además, no sacrificar los acuerdos entre las partes que respetan la libre competencia.

⁴⁷² CHILLÓN MEDINA, José María. Unidad Didáctica 10. Los Organismos Reguladores de las Telecomunicaciones. En: CHILLÓN MEDINA, José María. Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, 2004. Págs. 278 - 281.

⁴⁷³ En este sentido otras publicaciones del citado autor: CHILLÓN MEDINA, José María. Estado Regulador y Administración de Telecomunicaciones. En: Curso de Derecho de las Telecomunicaciones, de José Fernando Merino Merchán y María Pérez-Ugena y Coromina (Coordinadores). Madrid: DYKINSON, 2000. Págs. 185 - 211; CHILLÓN MEDINA, José María. Funciones de Resolución de Controversias en la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. En: Telecomunicaciones, Infraestructura y Libre Competencia, de Enrique Gómez-Reino y Carnota (Coordinador). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. Págs. 229 - 262; CHILLÓN MEDINA, José María. Unidad Didáctica 13. Los Organismos Reguladores de las Telecomunicaciones. En: Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información, de José María Chillón Medina, República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, 2004. Págs. 331 - 353; CHILLÓN MEDINA, José María, y Escobar Roca, Guillermo. Resolución de Conflictos. En: La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de José María Chillón Medina y Guillermo Escobar Roca, Madrid: Dykinson, S.L., 2001. Págs. 227 - 261.

Por lo tanto su postura acoge la tesis la actuación del regulador subsidiaria, que cubra los aspectos que no han sido objeto de acuerdo entre las partes interesadas en la interconexión, cuyo actuar va orientado a llenar los vacíos que las partes no definieron. De esta manera, la respuesta del Regulador, por medio de una resolución que dirime un conflicto, viene como consecuencia de la no existencia del contrato de interconexión, o porque no se perfeccionó el mismo dentro de los plazos dispuestos en la ley, o no se logró de la manera esperada para alguna de las partes, o aún con acuerdo, algunos aspectos se consideran violatorios de la normatividad que los rige⁴⁷⁴.

En este acápite el aporte de Chillón nos ilustra como la autonomía de las partes viene a restringirse, sin embargo su tesis apunta a que se respeten sus acuerdos en el marco de una intervención subsidiaria del regulador. Los roles que puede tener a cargo un regulador según las funciones que le otorgue la ley dentro de la configuración del legislador, sería por una parte, como autoridad administrativa que regula, y por otra, como un árbitro, sobre el cual no hay duda sobre el efecto entre partes que tiene su decisión, su naturaleza jurisdiccional, así como el cuestionamiento de esta potestad frente a la protección de los intereses superiores⁴⁷⁵.

En Colombia la Comisión de Regulación de Comunicaciones no tiene facultad arbitral, su intervención es regulatoria y principal, no requiere de la voluntad de la partes para actuar. En especial, cuando resuelve controversias con

⁴⁷⁴ CHILLÓN, José María. Op. Cit.

⁴⁷⁵ Según consulta realizada por quien realiza este trabajo de tesis al Dr. Ángel García Castillejo Comisionado de la CMT en el año 2013, en la cual se preguntó si en la practica el regulador resolvía casos como árbitro por solicitud de los operadores de telecomunicaciones? El Comisionado informó que estos no acuden al regulador para que actúe en calidad de árbitro para que resuelva sus controversias. Una de las razones puede estar dada por la falta de recurso para revisar de fondo la decisión contenida en el laudo arbitral.

ocasión de la ejecución de la interconexión, ella y solo ella puede resolver los conflictos que allí se presenten⁴⁷⁶.

2.3.8 La ampliación material del objeto de la jurisdicción contencioso administrativa

En este punto, es necesario dar una mirada sobre dos aspectos planteados por Montaña, en una ponencia del año 2013⁴⁷⁷, en la cual llamó la atención sobre la función de solución de controversias de la CRC, por tratarse de un trámite de naturaleza administrativa que no tiene segunda instancia, sino que la única posibilidad que tiene quien quiere su revisión, es el control de legalidad por medio de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶Lo dicho tiene soporte en las interpretaciones prejudiciales del TJCA, que en varias ocasiones se ha pronunciado sobre el tema. Nota: Se dio un reciente cambio normativo comunitario, que ampliaría en principio esta posibilidad a otras autoridades.

⁴⁷⁷ MONTAÑA PLATA, Alberto. Retos actuales de la Regulación, Judicialización y crecimiento Económico (Ponencia). VIII Congreso Iberoamericano de Regulación Económica y Servicios Públicos. La Serena, Chile en Noviembre de 2013.

⁴⁷⁸ Esteve Pardo destaca sobre la Revisión Judicial: “*Se trata entonces de establecer criterios de aplicación del derecho Público a sujetos privados. La jurisprudencia tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido ha reconocido en diversas ocasiones que ciertos sujetos privados en la medida que realizan funciones públicas o reciben fondos públicos han de ajustar su actividad o parte de ella al derecho público. La consecuencia más relevante de esa sujeción es la posibilidad de revisión judicial (judicial review) que es la característica determinante del Administrative Law. En ese entorno conceptual, la jurisprudencia había mantenido la adscripción al criterio tradicional de activación del control judicial, que es la concurrencia del vicio de ultravires: cuando la agencia o la administración excede en el ejercicio de sus poderes las facultades conferidas o delegadas mediante statute, mediante ley, por el Congreso. Sin embargo la doctrina y la jurisprudencia más reciente consideran que este criterio tradicional que se inserta en la teoría clásica de la revisión judicial, no alcanza a dominar toda una serie de actuaciones de sujetos privados en el ejercicio del poder público cuando tales cometidos no se han atribuido mediante ley o por decisión del legislativo (statute), sino mediante actos o decisiones de las propias Agencias y Administraciones, a través de concesiones (grants), contratos (contracting out) y también en ciertos casos en los que se otorgan fondos públicos para la realización de determinadas actividades por sujetos privados. Es justamente por estas vías por las que mayormente discurre el proceso de privatización y externalización de funciones públicas. Si se mantiene a ultranza el criterio de ultravires, que presupone la atribución de funciones por una norma, quedarán por fuera de la revisión judicial y de la aplicación del Derecho público, todas las actuaciones de sujetos privados que fueron facultadas por una decisión de la Administración.*

Es por ello que recientemente se tiende a utilizar criterios funcionales, que reparan por tanto en el tipo de función que realiza el sujeto privado-considerando particularmente su posible relevancia o significación pública- para determinar la procedencia de la revisión judicial y la aplicación del derecho público. ESTEVE PARDO, José. La Extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria. En:

Al respecto afirma este autor, que:

“toda vez que cuando se ha entendido que se trata de funciones judiciales, se ha señalado que la doble instancia de casos que se ventilen ante las administraciones públicas, debe corresponder a estructuras judiciales, mientras que cuando no se reconoce la naturaleza judicial sino administrativa de la función de solución de controversias, lo que en sentido lógico y estricto se presenta, no es una instancia, sino la revisión judicial de un acto administrativo por parte de la jurisdicción contencioso administrativa”.

Lo anterior trae como consecuencia que la tarea del juez contencioso, se orienta a revisar si el ejercicio de la facultad que fue asignada por ley al ente regulador ha sido en ejercicio de funciones judiciales o administrativas, y que de paso, deba considerar si esto atenta contra la seguridad jurídica, lo cual traería como consecuencia que cada caso sea susceptible de interpretación y determinación judicial, aspecto que Montaña considera de difícil comprensión, así mismo, plantea la posibilidad que en caso dado se llegue a considerar el efecto de cosa juzgada para algunas de estas decisiones, aspecto que no cree llegue a ocurrir.

Luego de analizar los diversos aportes doctrinarios, a continuación se propone el examen de los fallos constitucionales que determinaron la exequibilidad de las normas que contemplaron la función.

Revista de Administración Pública No 189. Septiembre- Diciembre, 2012. Págs. 32 - 33. Otro título del autor relacionado: ESTEVE PARDO, José. La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional. En: Derecho de la Regulación Económica. Tomo I Fundamentos e Instituciones de la Regulación, de Muñoz Machado, Santiago y Esteve Pardo, José (Directores). Madrid: IUSTEL, 2009. Págs. 881 - 921.

3. El estado de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la función de solución de controversias del Regulador de telecomunicaciones

Los pronunciamientos de esta Corporación han considerado que las facultades de resolución de controversias, en cabeza del Regulador, se encuentran ajustadas a la Constitución Política y, aunque tienen similitud en alguna medida a los pronunciamientos de otras ramas del poder público, la Corte reitera que la naturaleza de los pronunciamientos son de carácter administrativo, y los vincula a la potestad de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos.

Así mismo, la Corte considera que las funciones de solución de controversias, dadas por ley a la CRC, están acordes a la norma constitucional, igualmente, que limitan la autonomía contractual y la libertad de empresa, justificada por la consecución de fines constitucionalmente legítimos dentro del marco de la ley.

El contexto de interpretación de las normas cambia de una decisión a la otra, teniendo en cuenta que las relativas a la ley de servicios públicos domiciliarios están atadas al artículo 370 constitucional en cuanto a que esta norma se consideró como el fundamento por el cual el Presidente de la República como rector de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y de acuerdo con el artículo 68 consagrado en la mencionada ley, delegó funciones las Comisiones de Regulación.

Por su parte, el contexto de interpretación para la norma que otorgó la facultad de resolver conflictos al regulador según Ley 1341 de 2009, es otro teniendo en cuenta que esta normativa eliminó la clasificación de los servicios de telecomunicaciones y en particular la división entre domiciliarios y no domiciliarios, y expresamente consagró que la ley de servicios públicos no

sería aplicable en general para los servicios de telecomunicaciones. Por lo tanto en este contenido, la delegación de funciones del Presidente de la República quedó atrás, pues la ley directamente habilitó a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para ejercer sus tareas regulatorias.

En este sentido Montaña, manifestó que el fundamento de la función regulatoria se encuentra en el artículo 365 constitucional, y no en el artículo 370, pues solo el legislador es quien está facultado para crear el régimen respectivo, como efectivamente se dio en el caso de la denominada Ley de TIC⁴⁷⁹.

Seguidamente, se encuentra las principales consideraciones de las decisiones de la Corte sobre la constitucionalidad de la normativa que consagró la función, sentencias C-1120 de 2005 y C-186 de 2011.

3.1 Primera época de la jurisprudencia, conforme a la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios

La Sentencia C-1120 del 1 de noviembre de 2005⁴⁸⁰, sobre la función de solución controversias de la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, la profirió la Corte Constitucional en vigencia del Decreto-Ley 1900 de 1990, antiguo Estatuto General de las Telecomunicaciones, y de la Ley 142 de 1994, norma de servicios públicos que regía los servicios de TPBC para la época.

⁴⁷⁹ MONTAÑA PLATA, Alberto. Tecnologías de la información y las comunicaciones y servicios públicos. Fundamentación de la intervención del Estado en el sector. En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC (Ley 1341 de 2009). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010. Págs. 188-189.

⁴⁸⁰ Sentencia C-1120 del 1 de noviembre de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería.

El demandante cuestionó la constitucionalidad de las normas demandadas por considerar que estas lesionan los derechos a la igualdad y al debido proceso de las empresas de servicios públicos domiciliarios, otorgando funciones de resolver conflictos a comisiones de regulación, en aras de obtener decisiones ágiles y oportunas y dejando solo de manera subsidiaria la posibilidad de acudir al juez, medida que resulta desproporcionada y que pone en inferioridad de condiciones a las partes por la naturaleza de la decisión del regulador como autoridad administrativa⁴⁸¹, en suma, se consideró que las partes estarían ante una “garantía inferior a la que confiere directa e inmediatamente la jurisdicción”⁴⁸².

En esta sentencia, se declaró la exequibilidad de los artículos 73, numeral 73.8 y 73.9, y artículo 74, numeral 74.3, literal b), de la Ley 142 de 1994 que otorgaban a la Comisión la función de dirimir las controversias entre empresas o entre operadores. A continuación se hará un análisis del problema jurídico planteado y de las principales consideraciones de esta Corporación⁴⁸³:

Corresponde a la Corte establecer si al disponer el Art. 73 de la Ley 142 de 1994 que las Comisiones de regulación de servicios públicos

⁴⁸¹ El demandante propuso las siguientes opciones frente a la función en manos de la Comisión de Regulación: *por ejemplo, delegando funciones jurisdiccionales en las comisiones de regulación, estableciendo un procedimiento preferente o suprimiendo la segunda instancia.*

⁴⁸² El demandante afirmó que habría: mayor onerosidad procesal, necesidad de desvirtuar la presunción de legalidad, el carácter ejecutivo y ejecutorio del acto (CCA Artículo 64, y caducidad de 4 meses para instaurar la acción, artículo 136).

⁴⁸³ Artículos demandados de la Ley 142 de 1994: 73.8. *Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. (...); 73.9. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. La resolución debe atender, especialmente, al propósito de minimizar los costos en la provisión del servicio; (...)74.3. b) Resolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio.*

domiciliarios tendrán competencia para resolver los conflictos que surjan entre empresas por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y acerca de quién debe servir a usuarios específicos o en qué regiones deben prestar sus servicios, y al atribuir el Art. 74 de la misma ley a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones la función de resolver los conflictos que se presenten entre operadores para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio, se vulneran los principios de igualdad y del juez natural y el derecho de acceso a la administración de justicia.

De esta manera se evidencia que la Corte consideró que la función de regulación de las actividades económicas, por parte de las autoridades del Estado, constituye una modalidad de la potestad de su intervención, cuyo propósito general es lograr la efectividad de los fines sociales y corregir los defectos o imperfecciones del mercado.

En este fallo hizo referencia a pronunciamientos anteriores, específicamente a la Sentencia C-150 de 2003, en concreto sobre la importancia de la regulación como instrumento para alcanzar los fines en un Estado Social de Derecho, que dividió en dos clases, unos sociales y otros económicos, siendo los primeros aquellos que el legislador define como prioridad dentro del orden político y con un plazo para alcanzarlos, y los segundos, aquellos que procuran que el mercado funcione adecuadamente en beneficio de todos, y hace referencia especialmente a aquellos que ocupan una posición especial de poder, en razón a su superioridad económica, tecnológica o en razón a su acceso especial al proceso de toma de decisiones públicas en el órgano legislativo como en los órganos administrativos. Así, afirmó que la regulación busca garantizar la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento de aquella como mecanismo de intervención del Estado.⁴⁸⁴

⁴⁸⁴ Sentencia C-150 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; Salvamento Parcial de Voto de Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández; Salvamento de Voto de Jaime Araujo Rentería.

Así mismo, en relación con las formas de regulación económica, esta Corporación consideró, en la misma sentencia que según las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector regulado, la función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos.

Por una parte, se encuentra la facultad normativa de regulación, y por otra, se ubican facultades que en principio, carecen de efectos jurídicos. Respecto a la facultad normativa, el Regulador adopta normas que concretan reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados y dentro del marco de la ley.

Dentro de esas facultades del Regulador diferentes a la normativa se encuentran varias actividades, entre otras, solicitar información a los agentes regulados, rendir conceptos, emitir recomendaciones, adoptar medidas individuales, hacer seguimientos a los comportamientos de los agentes, emitir órdenes de hacer y no hacer, presentar denuncias, iniciar acciones judiciales, imponer sanciones administrativas y definir tarifas.

En general, manifestó la Corte que corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración, y claro está, respetando los límites constitucionales, determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones, en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican la existencia de estas autoridades.

Esta sentencia incluyó dentro de los elementos de la función estatal de regulación, la necesidad de proteger los derechos de las personas, aspecto que se da en el sector de los servicios públicos, donde la Constitución ha protegido específicamente los derechos de los usuarios.

Este aspecto trae como consecuencia ámbitos de la función de regulación orientados constitucionalmente al logro de unos fines sociales específicos de redistribución y solidaridad en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios o el de acceso universal en todos los servicios⁴⁸⁵.

Ahora bien, la Corte, refiriéndose en concreto a la función de la CRC de resolver conflictos, partiendo de lo señalado por el actor, que consideró que materialmente se trata de funciones judiciales y no administrativas, y que como tales deben ser ejercidas por los jueces, o por autoridades administrativas en virtud de atribución expresa por parte del legislador, de conformidad con lo previsto en el artículo 116 de la Constitución, hizo las siguientes consideraciones:

*8. Respecto de la distinción entre la actividad administrativa y la actividad judicial, desde el punto de vista del contenido o materia, la Corte Constitucional ha señalado que aunque ha existido y existe controversia, en últimas lo que permite diferenciarlas, por referirse ambas a la aplicación o ejecución de la ley y tener por tanto un alcance particular, es el **carácter provisional de la primera, sujeta por regla general al control de la segunda, y la índole definitiva de ésta.** (Negrilla fuera del texto original)*

La Corte en esta oportunidad citó apartes de la Sentencia C-189 del 6 de mayo de 1998⁴⁸⁶, fallo cuyas normas acusadas correspondían a dos artículos de la Ley 42 de 1993, sobre organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen, y en la cual se abordó entre otros temas, la

⁴⁸⁵ La Corte cita los artículos de la C.P: artículo 78 (Control y calidad de los bienes y servicios ofrecidos), artículo 367 (sobre las competencias y responsabilidades de la prestación de los servicios públicos domiciliarios), artículo 369 (sobre los deberes y derechos de los usuarios), y artículo 365 (sobre los servicios públicos).

⁴⁸⁶ Sentencia C-189 del 6 de mayo de 1998. M. P. Alejandro Martínez Caballero

distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional. En la referida sentencia se indicó que⁴⁸⁷:

*“9- La doctrina jurídica ha tenido muchas dificultades para precisar qué se entiende por función administrativa por dos razones básicas. De un lado, por cuanto no es fácil diferenciarla de las otras tareas clásicas del Estado, a saber de la legislación y, en especial, de la función judicial con la cual comparte muchos rasgos. Por ejemplo, un autor de la talla de Kelsen -y en este punto es seguido por muchos otros doctrinantes-, ha sostenido que no existe materialmente ninguna diferencia entre la labor administrativa y la labor judicial pues ambas son la producción de una norma singular (sentencia o decisión administrativa) dentro del marco de posibilidades establecido por una norma general (ley). Para Kelsen, la diferencia entre la administración y la jurisdicción tiene razones históricas y no conceptuales, y se relaciona más con la naturaleza de los órganos que ejecutan el derecho: **la aplicación es administrativa si es desarrollada por funcionarios jerárquicamente organizados, mientras que es judicial si los aplicadores gozan de independencia funcional.** Así las cosas, según estas corrientes, la única diferencia material que se puede establecer es entre la legislación, que consiste en crear normas generales y abstractas, y la ejecución, que produce normas individuales dentro de los marcos permitidos por la norma general. Por ello Kelsen concluye que la función administrativa sólo puede definirse residualmente, esto es, como aquella actividad del Estado que no es ni legislación ni jurisdicción”.*

“(…)

*“11- Para responder a esa pregunta, la Corte debe estudiar qué sentido tiene que la ley atribuya a un acto singular de un determinado órgano estatal una naturaleza administrativa. Ahora bien, **esa caracterización tiene como consecuencia, entre otras cosas, que éste, por oposición a los actos jurisdiccionales, no tiene la fuerza de cosa juzgada, pues no sólo es revocable y modificable por la propia administración, como es obvio, dentro de ciertas condiciones sino que, además, puede ser revisado por las autoridades judiciales, en virtud del principio de legalidad. Por el contrario, el acto jurisdiccional, una vez ejecutoriado, es definitivo, pues tiene la virtud de la cosa juzgada.** Por eso, amplios sectores de la moderna doctrina jurídica consideran que si bien es muy difícil encontrar elementos sustantivos que distingan un*

⁴⁸⁷ Cita de cita realizada en la Sentencia C-189 de 1998. *Sobre este punto, en la doctrina internacional, ver KELSEN, Hans. Teoría General del derecho y del Estado. México: Utaria, 1950, p 288 y ss. Ver igualmente Y en la doctrina nacional, ver UPRIMNY, Leopoldo. “La ambigüedad e inconveniencia de los términos ‘jurisdicción’, ‘función jurisdiccional’ y ‘rama jurisdiccional del poder público’” en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá: enero, junio de 1997, No 215-216-217, pp. 376 y ss., y pp. 409 y ss. Sobre las garantías orgánicas que debe tener un juez para cumplir sus funciones, ver, entre otros, FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Trotta, 1995, pp. apartado 40.*

*acto administrativo de uno jurisdiccional, pues ambos en el fondo son la producción de una norma singular dentro del marco de posibilidades establecido por una norma general, lo cierto es que existen elementos formales que permiten establecer una diferencia entre ambos tipos de actos. De un lado, **por sus efectos, pues el acto administrativo no goza de fuerza de cosa juzgada mientras que el jurisdiccional es definitivo, por lo cual el primero puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada, mientras que el acto jurisdiccional, una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, es irrevocable.** De otro lado, estos actos también se diferencian **por la naturaleza del sujeto que los emite, pues sólo puede producir actos judiciales un funcionario que tenga las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces, En efecto, lo propio del juez es que no sólo debe estar previamente establecido por la ley (juez natural) sino que, además, debe ser ajeno a las partes en la controversia (imparcial), sólo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de los otros poderes (independiente), y goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad).** Por el contrario, el funcionario administrativo carece de algunos de esos rasgos.”*
(Negrillas fuera del texto original)

En esta oportunidad, la Corte examinó las funciones de resolución de conflictos, a cargo de las comisiones de regulación, entre las empresas de servicios públicos domiciliarios, y consideró que las funciones de regulación de las Comisiones son funciones de intervención del Estado en las actividades económicas, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución Política⁴⁸⁸. Al respecto dijo:

*En efecto, las facultades de resolver tanto los conflictos por razón de los contratos o servidumbres (Num. 73.8 del Art. 73) como los conflictos acerca de quién debe servir a usuarios específicos o en qué regiones deben prestar sus servicios (Num. 73.9 del Art. 73) **son desarrollo de la***

⁴⁸⁸ Artículo 334 de la C.P: *La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.*

función general prevista en el inciso 1º del mismo artículo, en virtud del cual a las comisiones de regulación corresponde regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.⁴⁸⁹

En estas condiciones, tales funciones de resolución de conflictos quedan materialmente comprendidas en las de regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de las comisiones de regulación, con el fin de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los mismos, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 370 superior y de acuerdo con el contenido de las atribuciones de regulación señalado en repetidas ocasiones por esta corporación.

Lo mismo puede afirmarse sobre los conflictos entre operadores en los casos en que se requiera garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio, cuya resolución asigna el Art. 74, Num. 74.3, de la Ley 142 de 1994 como función especial a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones. (Negrilla fuera del texto original)

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

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

⁴⁸⁹ En este sentido tienen relevancia especial los Arts. 34 y 133 de la misma Ley 142 de 1994, que tratan, respectivamente, de la prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas y del abuso de la posición dominante.

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

En este orden de ideas, tales disposiciones no vulneran tampoco el principio del juez natural, que forma parte integrante del principio del debido proceso judicial, ni el derecho de acceso a la administración de justicia. (Negrilla fuera del texto original)

En resumen, la función de resolver conflictos por parte del Regulador por razón de los contratos o servidumbres, o por controversias sobre quién debe servir a usuarios específicos o en qué regiones deben prestar sus servicios, está dentro de la misión general de los reguladores, de promover la competencia y evitar el abuso de la posición dominante.

Así mismo, se reiteró que las funciones de resolución de conflictos están materialmente comprendidas en las de regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, a cargo de las comisiones de regulación, y que estas son parte de la tarea del Presidente de la República, cuando el artículo 370 de la Carta Política le ordena hacer las políticas generales de administración y control de eficiencia de estos servicios.

En este sentido, esta Corporación hizo claridad sobre los conflictos a los que hace referencia la función, dentro de los cuales estarían incluidos tanto los que se presentan por razón de los contratos o servidumbres, o por controversias sobre quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios, y por los conflictos entre operadores en los casos en que

se requiera garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio, como función especial de la CRC.

Por otra parte, la Corte se refiere a la naturaleza de las decisiones que deben adoptar las comisiones de regulación en la solución de los conflictos, pues para esta Corporación no hay duda que tienen carácter de actos administrativos, y que la función de solucionar conflictos es de naturaleza administrativa, y concluye manifestando que la función de resolver conflictos por las comisiones de regulación es una función cuya naturaleza no es judicial.

Ahora bien, en esta decisión se manifestó que la actividad de resolver conflictos corresponde a la denominada función arbitral de los mismos, aspecto que nos siembra duda en cuanto a su interpretación, pues la función arbitral corresponde a la función de administrar justicia por particulares que son habilitados por las partes, según el artículo 116 de la CP.

Para la Corte la función de solución de controversias a cargo de las comisiones, no implica un trato diferente en la administración de justicia que se surte respecto de las empresas y las demás personas, con relación a la que se desarrolla frente a las empresas de servicios públicos domiciliarios. De esta manera, aclaró que los conflictos entre los operadores son objeto de una decisión administrativa reguladora y que no se trata de una decisión judicial.

De esta manera se afirmó que no se violó el principio de igualdad pues, en esta ocasión se dio un trato diferente a sujetos que se encuentran en una situación distinta, puesto que el Legislador proporcionó este tratamiento a sujetos que son prestadores de servicios públicos. La Corte manifestó que no es procedente efectuar el examen de igualdad conforme a la jurisprudencia constitucional. Sumado a lo anterior, reiteró que las normas demandadas no

violaban el principio de juez natural, el cual hace parte del principio del debido proceso judicial.

Para finalizar, se soportó la constitucionalidad de la facultad asignada a la Comisión, de solucionar conflictos entre operadores, en la necesidad de satisfacer la finalidad relacionada con señalar políticas generales de administración y control en los servicios públicos.

En resumen, la Corte consideró que las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios tenían competencia para resolver los conflictos que surgieran entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existieran entre ellas, y acerca de quién debía servir a usuarios específicos o en qué regiones debían prestar sus servicios. Así mismo, afirmó que la atribución dada a la CRT, de resolver los conflictos que se presentasen entre operadores para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio, no vulneraba los principios de igualdad, del juez natural ni el derecho de acceso a la administración de justicia.

3.2 Segunda época de la jurisprudencia conforme a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

La Sentencia C-186 de 16 de marzo de 2011⁴⁹⁰, sobre la función de dirimir controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, se da dentro de un nuevo cuerpo normativo del sector de las telecomunicaciones, bajo el marco de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y la Sociedad de la Información, como respuesta legislativa al cambio de paradigma que se gestó con la digitalización de las comunicaciones, la

⁴⁹⁰ Sentencia C-186 del 16 de marzo de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

convergencia de las tecnologías de la información, las telecomunicaciones, la radiodifusión y la competencia plena de los actores⁴⁹¹.

Sobre la función de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones de la Ley 1341 de 2009, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del aparte demandado del numeral 9 del artículo 22⁴⁹², “Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones”.

A continuación se hace un análisis de las principales consideraciones de la Corte: El fallo giró en torno a la autonomía de la voluntad privada, la libertad económica, la reserva de ley en materia de restricción de derechos fundamentales, las comisiones de regulación y la intervención estatal en la economía, así mismo, sobre el derecho de acceso a la administración de justicia en relación a la justicia arbitral.

El demandante consideró que la norma vulneraba la autonomía privada, por considerar que hay desconocimiento de los acuerdos celebrados por los particulares para someter sus diferencias a arbitramento, frente a lo que la Corte hizo las siguientes consideraciones:

La Corte analizó como esta figura de la autonomía de la voluntad privada ha evolucionado a través del tiempo, y parte de su origen, como postulado nacido de la doctrina civilista francesa de finales del siglo XVIII, fue definida así: “[E]l poder otorgado por el Estado a los particulares para

⁴⁹¹ Exposición de motivos de la Ley 1341 de 2009.

⁴⁹² Ley 1341 de 2009, artículo 22. Funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones las siguientes: (...) 9. Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones. Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia.

*crear, dentro de los límites legales, normas jurídicas para la autorregulación de sus intereses*⁴⁹³. Luego, continúa referenciando su concepción en el Estado Liberal para, enseguida, aterrizarlo en el momento histórico del Estado Social del Derecho.

*Para la Corte, el concepto bajo los lineamientos del Estado Liberal tenía las siguientes características: (i) El reconocimiento de una plena libertad para contratar o no, en principio en virtud del solo consentimiento; (ii) la libertad de los individuos de determinar el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; (iii) la actividad negocial se dirigía exclusivamente a la regulación de los intereses particulares, es decir, a la consecución de un estado de felicidad individual; (iv) en caso de duda, en la interpretación de una manifestación de voluntad, siempre debía estarse a la voluntad de los contratantes, sin que el juez pudiese proceder a determinar otro tipo de efectos jurídicos*⁴⁹⁴.

Enseguida, la Corte relacionó la evolución del modelo de Estado liberal al Estado Social de Derecho, lo que trajo consigo un mayor reconocimiento del poder de intervención estatal en la economía, con el fin de proteger el interés general y los derechos de los sectores más necesitados de la población. Lo anterior, trajo consigo restricción al principio de autonomía de la voluntad y a la libertad contractual de los particulares.

La Corte cita uno de sus fallos donde había identificado el momento en el que surgió la concepción moderna de la autonomía de la voluntad privada⁴⁹⁵, en efecto, se consideró que esta facultad supone la existencia de un poder dispositivo de regulación, sometido a la intervención normativa del Estado. Al respecto manifestó lo siguiente: *“(L) lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la*

⁴⁹³ Cita de cita realizada por la Corte en la Sentencia C – 186 de 2011: Luigi Ferri. La autonomía privada. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957. Pág. 8. (Cita de la sentencia T-668 de 2003 f. j. 12.).

⁴⁹⁴ Cita de cita realizada por la Corte en la Sentencia C-186 de 2011: *Cfr. Sentencias C-341 de 2006 f. j. 14 y T-668 de 2003 f. j. 14.*

⁴⁹⁵ Sentencia T-668 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

*función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado.”*⁴⁹⁶

La Corte reconoció que actualmente la autonomía de la voluntad privada tiene las siguientes manifestaciones, para lo cual citó un aparte de uno de sus fallos⁴⁹⁷:

(i) En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando por ejemplo están en juego derechos fundamentales⁴⁹⁸, se trata de servicios públicos⁴⁹⁹, una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia; (ii) se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; (iii) corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes⁵⁰⁰.

En este sentido, la Corte reiteró que la autonomía de la voluntad privada goza de sustento constitucional, y cita distintos derechos reconocidos en la Carta Política, como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica⁵⁰¹, el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁵⁰², el derecho a la propiedad privada⁵⁰³, la libertad de asociación⁵⁰⁴, la libertad económica, la libre iniciativa

⁴⁹⁶ *Ibíd.*

⁴⁹⁷ *Ibíd.*

⁴⁹⁸ Cita de cita de la Sentencia C-186 de 2011: *Existe una reiterada jurisprudencia de esta Corporación sobre la restricción de la autonomía de la voluntad privada en contratos de medicina prepagada, al respecto cabe mencionar la sentencia C-1158 de 2008.*

⁴⁹⁹ Cita de cita de la Sentencia C-186 de 2011: *Ver sentencias T-668 de 2003 y C-341 y C-993 de 2006.*

⁵⁰⁰ *Ibíd.*

⁵⁰¹ Artículo 14 de la C.P

⁵⁰² Artículo 16 de la C.P. La sentencia C-186 de 2011 incluyó ver *la sentencia C-738 de 2002.*

⁵⁰³ Artículo 58 de la C.P

⁵⁰⁴ Artículos 38 y 39 de la C.P

privada y la libertad de empresa⁵⁰⁵, los cuales les confieren a los asociados, dice la Corte *“la potestad de crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas”*⁵⁰⁶.

En síntesis, para la Corte la autonomía de la voluntad privada debió entenderse como un principio que puede ser limitado por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana.

De otra parte, reflexionó sobre el principio de Estado Social de Derecho, la intervención del Estado en la economía y el alcance de las libertades económicas en materia de servicios públicos, y sobre el tema, afirmó que la C.P. dotó al Estado *“de una serie de instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan los desequilibrios desigualdades que la propia Carta reconoce y se pueda buscar, de manera real y efectiva, el fin ontológicamente cualificado que da sentido a todo el ordenamiento”*, e igualmente concedió *“a los agentes sociales, individuales y colectivos, mayores instrumentos de gestión, fiscalización, control y decisión sobre la cosa pública”*⁵⁰⁷.

Esta Corporación precisó el alcance del artículo 334 de la C.P., afirmando que es en cabeza del Estado que se encuentra la dirección de la economía y que esta facultad le permite la intervención estatal en todas las actividades económicas, e incluye entre otros, los siguientes fines *“conseguir e mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”*.

⁵⁰⁵ Artículo 333 de la C.P

⁵⁰⁶ Cita de cita: *Sentencia T-668 de 2003 f. j. 14.*

⁵⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1041 del 4 de diciembre de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

De esta manera, en su análisis citó la sentencia C-150 de 2003, en la cual la hizo varias consideraciones sobre la intervención estatal, señalando que esta puede obedecer al cumplimiento de distintas funciones según la Constitución. De esta manera planteó una lista de los actos de intervención según su contenido, así:

*Los **actos de intervención** pueden someter a los actores económicos a un régimen de declaración; a un **régimen de reglamentación**, mediante el cual se fijan condiciones para la realización de una actividad; a un **régimen de autorización previa**, que impide el inicio de la actividad económica privada sin que medie un acto de la autoridad pública que lo permita; a un **régimen de interdicción** que prohíbe ciertas actividades económicas juzgadas indeseables; y a un **régimen de monopolio**, mediante el cual el Estado excluye para sí ciertas actividades económicas y se reserva para sí su desarrollo sea de manera directa o indirecta según lo que establezca la ley⁵⁰⁸. (Negrilla fuera del texto original)*

La Corte concluyó que los poderes de intervención del Estado, en materia de servicios públicos, incluyen la facultad de restringir las libertades económicas de los particulares que llevan a cabo su prestación, y que esta facultad viene de la libertad de configuración del Legislador en materia económica y especialmente cuando se trata de la regulación de los servicios públicos.

Para la Corte no hubo duda de que el Estado puede establecer diferentes maneras de intervenir en la economía, claro está, con el respeto de los poderes públicos por los límites constitucionales, así la intervención de las comisiones de regulación, su potestad normativa, y la reserva de ley en materia de restricción de principios y derechos constitucionales. Esta resaltó que la finalidad de la regulación está orientada a corregir las fallas del mercado, delimitar la libertad de empresa, preservar la competencia económica, mejorar la prestación de los servicios públicos y proteger los derechos de los usuarios.

⁵⁰⁸ Sentencia C-150 de 2003.

De igual manera, se refirió al lugar que ocupan los pronunciamientos de la Comisión dentro de la jerarquía normativa, y al respecto reiteró que se trata de una competencia normativa de naturaleza administrativa, sujeta a la ley y a los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República, y carecen de potestades normativas autónomas⁵⁰⁹.

La Corte además reiteró que en materia de servicios públicos existe el principio de reserva de ley, y que en tal sentido ella ha señalado que:

La Constitución extiende el principio de reserva de ley a la determinación del régimen de regulación de la prestación de los servicios públicos. Ello obedece a la importancia de tales servicios no sólo en el ámbito económico sino social, en especial en cuanto al acceso a ellos es necesario para que las personas puedan gozar efectivamente de sus derechos. La reserva de ley en estos ámbitos, como expresión del principio democrático, busca que el régimen de los servicios públicos sea el resultado de un proceso de deliberación pluralista, público, abierto a la participación de todos y responsable ante las personas que sean usuarios de dichos servicios.⁵¹⁰

Ahora bien, además de la configuración a cargo del Legislador, esta función se complementa con la del Presidente de la República, quien como dice la Corte, participa en la configuración de algunos aspectos relativos a la prestación de los servicios públicos.

En detalle, afirmó esta Corporación que además de ejercer la potestad reglamentaria sobre las leyes en materia de servicios públicos, el Presidente de la República tiene a su cargo las funciones específicas de ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos, y de señalar,

⁵⁰⁹ La Corte hace diferencia de esta facultad con la de organismos autónomos de origen constitucional como el Banco de la República y la antigua Comisión Nacional de Televisión que sí tienen potestades normativas autónomas.

⁵¹⁰ La Corte cita apartes de la sentencia C-150 de 2003.

con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

Avanzando sobre la función de regulación, la Corte manifestó que la posibilidad de configuración normativa no está reservada únicamente para el Legislador y el Presidente de la República, toda vez que la ley puede prever la creación de órganos especializados para ejercer dicha función estatal. En este caso, la Ley 1341 de 2009 atribuyó esta misión a la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

La Corte reiteró lo dicho en la sentencia C- 150 de 2003⁵¹¹, en la cual afirmó que las Comisiones tienen potestades normativas, y que su existencia se debe a que la regulación es una actividad continua que hace seguimiento de la evolución del sector correspondiente, y que este seguimiento implica la adopción de decisiones y actos adecuados, cuyo objetivo corresponde a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican, así como permitir el curso de la actividad socio-económica respectiva.

En el fallo citado describió las distintas facultades e instrumentos dentro de la función de regulación. Esta corporación consideró que existen dos extremos, uno en el cual se encuentra la facultad normativa, por medio de la cual se adoptan las reglas de juego en el marco de la ley, y el otro, que hace referencia a unas funciones que en principio carecen de efectos jurídicos, como es la divulgación de información sobre el sector. Ahora bien, como la Corte lo afirma, esta información puede traer como consecuencia que tanto agentes como usuarios puedan modificar su comportamiento.

⁵¹¹ Sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Luego la Corte se concentró en aquellas actividades que son parte del ejercicio la función de regulación:

*(...) Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden **la facultad de conocer información** proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; **la facultad de rendir conceptos** a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; **la facultad de emitir recomendaciones**; **la facultad de adoptar medidas individuales** como autorizaciones o permisos; **la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento** de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle **órdenes de hacer o no hacer** después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; **la facultad de presentar denuncias** o iniciar acciones judiciales; **la facultad de imponer sanciones administrativas** respetando el debido proceso y el derecho de defensa; **la facultad de definir tarifas** dentro del régimen establecido por el Legislador, en fin.*

De todas maneras, insistió que corresponde al Legislador determinar qué facultades son adecuadas para que la autoridad de regulación cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia.

Sumado a lo anterior, para la Corte, en cumplimiento de la C.P. de 1991, la función de regulación en materia de servicios públicos debe cumplir con la finalidad de proteger los derechos de los usuarios, y la redistribución y solidaridad en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios⁵¹² o el de acceso universal en todos los servicios⁵¹³.

La Corte aclaró que no todo acto de intervención estatal que toque a la autonomía de la voluntad privada y a las libertades económicas, tiene que hacerse por medio de una ley. Al respecto, citó el artículo 334 de la C.P., en

⁵¹² Artículo 367 de la C.P

⁵¹³ Artículo 365 de la C.P

el cual se consagró que el Estado intervendrá por mandato de la ley en los servicios públicos y privados, y hace énfasis en que en esa medida le corresponde definir las finalidades, los instrumentos y las facultades de la intervención del Órgano Regulador.

Sobre el asunto, la Corte citó el fallo C-1120 de 2005⁵¹⁴, en el cual realizó el examen de constitucionalidad de los artículos 73.8, 73.9 y 74.3 literal b) de la Ley 142 de 1994, relacionados con la resolución de conflictos entre operadores como facultad general y especial de la Comisión⁵¹⁵ y concluyó que estas normas no violaban la Constitución Política, y que pertenecían a la función de regulación en la prestación de un servicio público, igualmente indicó que la función regulatoria, a su vez, correspondía a la función de intervención estatal en la economía autorizada por el artículo 334 de la C.P.⁵¹⁶.

Por otra parte, en cuanto a la restricción de la autonomía de la voluntad, el derecho de acceso a la administración de justicia y a la justicia arbitral, según los cargos del demandante, esta Corporación consideró que la CRC continuaba detentando competencia para la resolución de controversias, pues, esta autoridad de oficio y discrecionalmente, o incluso a solicitud de cualquiera de las partes del acuerdo podían acudir a ella, proponiendo la resolución del conflicto, y de esta forma desconocer lo pactado, antes y después de convocarse el arbitramento.

⁵¹⁴ Sentencia C-1120 del 1 de noviembre de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁵¹⁵ Hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC).

⁵¹⁶ En esta misma sentencia, la Corte reiteró: *que las decisiones proferidas en ejercicio de esta facultad tienen el carácter de actos administrativos que ponen fin a una actuación administrativa y, por lo tanto, están sometidas al control de legalidad por parte de la jurisdicción, de conformidad con las reglas generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo.*

El actor consideró que *“en ambos casos la norma privilegia la justicia administrativa de la CRC, frente a la competencia de los árbitros para resolver los conflictos por la vía jurisdiccional”*.

Al respecto la Corte reiteró que la ley también puede establecer límites a la autonomía de la voluntad privada para acceder al arbitramento, y citó de nuevo la sentencia C-1120 de 2005⁵¹⁷, en la cual afirmó que la facultad de resolver conflictos debía entenderse como una función de regulación y que no tenía naturaleza jurisdiccional.

Así mismo, puso de presente que una parte del numeral 9 del artículo 22 no fue demandado, en particular este apartado que indica que *“resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones”*, frente al cual no hubo discusión alguna, sin embargo consideró que la parte demandada, la cual indica que, *“ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de regulación de Comunicaciones”*, debería ser ejercida dentro del **marco de las competencias** que tiene el Órgano Regulador.

Para la Corte, se debieron salvaguardar los poderes de intervención que el Legislador asignó a la CRC, y consideró legítima la restricción de la autonomía de la voluntad privada en los acuerdos entre PRST para acudir a la justicia arbitral. En este sentido, consideró que otra interpretación podría traer como consecuencia que los PRST obstaculizaran el cumplimiento de las competencias del Órgano Regulador. Ahora bien, se precisó que la previsión normativa por sí misma no impide que los operadores de telecomunicaciones celebren pactos compromisorios. En suma, la cláusula compromisoria o el

⁵¹⁷ Sentencia ya citada. M.P. Jaime Araujo Rentería.

pacto arbitral las partes los pueden acordar, sin cobijar asuntos de competencia del Regulador.

Por otro lado, el demandante consideró que las limitaciones a la autonomía de la voluntad en materia de justicia arbitral, no podía establecerse en una ley ordinaria, como lo era la Ley 1341 de 2009, sino en una ley estatutaria. Al respecto, la Corte manifestó que así como la autonomía privada puede ser limitada o restringida para proteger el interés general, el orden público o los derechos fundamentales también pueden ser sometidos a restricciones en los acuerdos que celebren las personas para ir al arbitramento. Además, se reiteró que la jurisprudencia constitucional avaló la constitucionalidad de las limitaciones a la autonomía de la voluntad, en el caso específico de aquellos acuerdos dirigidos a someter controversias entre particulares a la justicia arbitral, establecidas mediante leyes ordinarias.

Frente a otro aspecto, la Corte hizo énfasis en que el control de legalidad de los actos administrativos y del pacto arbitral es ejercido por el Estado, teniendo en cuenta que estos están amparados por la presunción de legalidad, y que esta facultad no podía ser derogada por los particulares a través de un pacto arbitral. Al mismo tiempo, manifestó que los árbitros sólo se pueden pronunciar sobre los aspectos de los que pueden disponer las partes en conflicto, y que no podrían hacerlo sobre el orden público normativo.

Finalmente, luego de todas las consideraciones, se declaró exequible la expresión demandada del numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, correspondiente a que “ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones”.

CAPÍTULO TERCERO. EL DESARROLLO DE LA FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE OPERADORES POR PARTE DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

Este Capítulo tiene como objeto brindar un análisis sobre los aspectos más importantes de la función de dirimir conflictos por parte del Regulador de las Telecomunicaciones, teniendo en cuenta las resoluciones proferidas por esta autoridad, las partes intervinientes, la Oferta Básica de Interconexión, y las temáticas más comunes de los conflictos entre los operadores.

Así mismo, este aparte tiene como objetivo realizar un análisis general de los argumentos dados por los operadores sobre los aspectos que están en disputa, y de las consideraciones y decisiones del Regulador, en especial cuando es cuestionada la facultad de la Comisión para dirimir el conflicto.

La metodología utilizada corresponde a la consulta de archivo, para la revisión de las decisiones de la CRC como entidad encargada de dirimir las controversias de los operadores de telecomunicaciones, para lo cual se tomaron las resoluciones de los últimos doce años, que corresponden a un número aproximado de trescientos actos administrativos.

Para el efecto, se dividió en cuatro numerales este Capítulo así: el primero abordará el devenir de la Comisión en cuanto a las relaciones de los operadores dentro de los diferentes servicios de telecomunicaciones, el segundo, las decisiones individuales de la Comisión a propósito de las peticiones de las partes para resolver sus diferencias en su mayoría por las relaciones de interconexión, sobre los tópicos comunes de las disputas entre los PRST, el tercero, sobre las consideraciones de las partes para recurrir las decisiones del Regulador en sede administrativa y ante la jurisdicción; y el

ultimo concierne a las infracciones de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones en cuanto el deber de información e interconexión.

Dentro del desarrollo de la función de la CRC de dirimir controversias, se avanza para conocer quiénes han sido parte del conflicto, la temática de los asuntos más consultados, la temporalidad de estas controversias, y el incumplimiento de las normas, todo ello en el marco de la interconexión de las redes.

1. Un primer paso dentro de la solución de controversias. La participación del regulador

Las decisiones proferidas por el Regulador en respuesta a la petición de solución de controversias por parte de los operadores, vienen a ser en ocasiones el primer pronunciamiento dentro de una cadena de múltiples decisiones frente a un conflicto entre partes. Lo dicho teniendo en cuenta los casos que han sido de conocimiento público⁵¹⁸, por haberse extendido en el tiempo, cuyo inicio fue un acuerdo inter partes, luego en sede del regulador, posteriormente ante un tribunal arbitral, justicia de lo contencioso administrativo, tribunal constitucional por uso de la acción de tutela y el tribunal comunitario⁵¹⁹.

Tal y como se indicó antes, hay un procedimiento que se adelanta en caso de que las partes no se pongan de acuerdo, pues aunque está la posibilidad para que las partes resuelvan de manera directa las diferencias, estas en muchos casos permanecen, no se superan y llegan al Regulador por petición de uno de los operadores para su conocimiento y decisión.

⁵¹⁸ Entre un operador de larga distancia y un operador de telefonía móvil celular.

⁵¹⁹ Por ejemplo, caso COMCEL-ETB y caso Movistar-ETB.

1.1 El Regulador y las decisiones en el marco de sus competencias

Cuando hay inconformidad por algunas de las partes con la decisión del Regulador, se surte el recurso de reposición, el cual es conocido por la misma entidad. No obstante, si una vez resuelto el recurso, alguno de los operadores se encuentra inconforme con la decisión, puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo incoando los medios de control respectivos, por ejemplo nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho.

Lo anterior, corresponde al conducto que por lo general siguen los PRST para lograr la revisión de legalidad del acto administrativo que dirimió su controversia, y si es el caso, que se les restablezcan sus derechos.

Así mismo, se ha evidenciado que los operadores acuden a tribunales de arbitramento para resolver sus conflictos, en virtud de la cláusula compromisoria que suelen incluir en sus contratos de interconexión, para dar cumplimiento a la obligación de determinar los mecanismos de solución de controversias en el contrato⁵²⁰.

Contra el laudo que profiere el tribunal arbitral, es común que la parte vencida interponga, ante el Consejo de Estado, el recurso extraordinario de anulación

⁵²⁰ Aspecto que desde la Resolución 087 de 1997 está previsto, y aun en el régimen de interconexión del 2011 en el contenido de la OBI. Algunos ejemplos: En el contrato de acceso, uso e interconexión celebrado entre la red de TMC y la red de TPBCLD en noviembre de 1998 entre Celumovil S.A. (hoy Telefónica Móviles Colombia S.A) y la ETB. Para mayor ilustración ver Anexo 2 de este trabajo de investigación. Otros ejemplos: En el contrato celebrado entre COMCEL y la ETB también de noviembre de 1998 cuyo objeto era establecer el régimen que regularía las relaciones entre las partes y las condiciones técnicas, comerciales, operativas, financieras, y jurídicas originadas en el acceso, uso e interconexión directa de la red de TPBCLD de ETB, con la red de TMC de COMCEL. Así mismo en contratos celebrados entre: ETB-COLTEL de junio de 1999, COMCEL-UNE EPM TELECOMUNICACIONES de abril de 2005, ETB-TELMEX de agosto de 2006.

en el cual solo puede alegar una o algunas de las causales previstas en la ley de arbitraje, Ley 1563 de 2012⁵²¹. Una de las causales más comunes que recientemente ha sido interpuesta por algunos PRST corresponde a “Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”⁵²².

Como se mencionó anteriormente, el recurso de anulación es extraordinario, es decir, procede excepcionalmente, a fin de corregir violaciones graves y errores de procedimiento en el desarrollo del proceso arbitral, que es de única instancia⁵²³. Generalmente, los operadores alegan la causal correspondiente

⁵²¹ Causales del Recurso de Anulación: Artículo 4:1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> La inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral; 2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia; 3. No haberse constituido el tribunal en forma legal; 4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad; 5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión; 6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral; 7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo; 8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral; 9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento; Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia. La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.

⁵²² Pues bajo la postura del TJCA sobre la competencia del regulador para dirimir los conflictos, algunos árbitros consideraron que tenían la competencia para resolver el conflicto entre los PRST, según la tesis que dividía en conflictos regulatorios y conflictos contractuales, asumiendo que sobre estos últimos tenían competencia. Situación que trajo consigo solicitudes de anulación de los laudos por la parte vencida, argumentando que el Tribunal Arbitral decidió sin tener competencia, pues la interpretación del TJCA es absoluta frente a la competencia exclusiva del regulador.

⁵²³ Para mayor ilustración se transcribe el Artículo 230, derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, sobre el recurso de anulación contra el laudo arbitral. Al respecto, la norma consagra que el recurso debe interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. El recurso se surtirá ante la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y las causales de anulación del laudo, son las siguientes: 1. Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere

a haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido, y la fundamentan en que el tribunal arbitral cuestiona las decisiones del Regulador proferidas sobre el caso en cuestión, al referirse a los actos administrativos que en un primer estadio resolvieron la controversia. Lo anterior, cobra relevancia en la medida en que colisionan la función del Regulador de resolver controversias, la facultad del tribunal arbitral y la autonomía negocial de las partes.

Por otra parte, la Corte Constitucional vía revisión de tutela, ha conocido de decisiones que resuelven controversias entre los operadores, que en primera instancia fueron proferidas por el Regulador, y de pronunciamientos que en sede de la justicia arbitral por posible vulneración de derechos fundamentales, llegaron al Alto Tribunal⁵²⁴.

La tutela aunque es una acción de defensa, un último recurso, un mecanismo extraordinario, en la práctica, en las relaciones entre los operadores del sector de las telecomunicaciones se ha vuelto de uso recurrente, como una acción de defensa judicial, y como mecanismo transitorio, en particular en conflictos relacionados con los cargos de acceso. Como ejemplo, la Sentencia ya mencionada T-058 de 2009 que revocó una decisión del Consejo Superior de la Judicatura, concedió la protección del derecho fundamental al Debido

reclamado en la forma y tiempo debidos. 2. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. 3. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.

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

5. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

⁵²⁴ Estas decisiones hacen parte de los diferentes fallos en el entramado de pronunciamientos que por estar dentro de la materia de estudio de esta investigación, se traen a colación para ser identificados y analizados en la segunda parte de la tesis. Entre otras: Sentencia T-058 del 2 de febrero de 2009. M.P. Jaime Araujo Rentería y T-088 del 5 de febrero de 2004.

Proceso y declaró la nulidad de un laudo entre dos compañías de telecomunicaciones⁵²⁵.

Sumado a lo anterior, y a partir de tres decisiones del Consejo de Estado del año 2012, en acatamiento de una Acción de Incumplimiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), el Consejo de Estado anuló tres laudos y dejó sin efecto decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, y ordenó que de nuevo se constituyeran los respectivos Tribunales de Arbitramento en los cuales obligatoriamente se debía consultar al TJCA para obtener una Interpretación Prejudicial (IP). Todos estos aspectos de gran actualidad, y que a manera de estudio de caso, se abordarán por traer consigo un desarrollo con fallos disímiles, que generan expectativa, interrogantes, incertidumbre y gran inseguridad jurídica para los actores del sector⁵²⁶.

1.2 Las relaciones de interconexión. Sujetos y servicios

Sobre las partes del conflicto y la prestación, es importante tener presente que existen múltiples actores involucrados en las relaciones de interconexión por cuanto al tratarse de un servicio público, como es el caso de las telecomunicaciones, los operadores tienen el deber de cumplir las normas que rigen al sector, específicamente, la obligación de interconexión para un efectivo interfuncionamiento de redes e interoperabilidad de los servicios, que frente a los usuarios se traduce en la prestación de servicios eficientes, continuos y de calidad.

⁵²⁵ En la Sentencia T-058 de 2009, la Corte consideró que la CRT fue más allá de sus competencias, alterando con sus decisiones contratos que se encontraban vigentes.

⁵²⁶ Decisión del TJCA por Acción de Incumplimiento interpuesta por la ETB de agosto de 2011, y tres decisiones del Consejo de Estado de agosto de 2012 acatando esta decisión del máximo órgano jurisdiccional de la CAN, que traen como consecuencia constituir nuevos tribunales arbitrales y conocer de asuntos que ya habían sido decididos pero que finalmente fueron anulados. En detalle las decisiones analizadas se encuentran en la Segunda Parte de la investigación.

Los operadores de los servicios de telecomunicaciones están habilitados bien sea porque se les otorgó una concesión o porque la ley los autorizó, de acuerdo con la Ley 1341 de 2009 que contempló que la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, quedaba habilitada de manera general⁵²⁷.

Así mismo consagró que esta actividad generaría una contraprestación periódica⁵²⁸ a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FONTIC), y aclaró que dicha habilitación no incluiría el derecho al uso del espectro radioeléctrico⁵²⁹.

La habilitación de la Ley 1341 de 2009 comprende la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público.

⁵²⁷ Vale la pena mencionar el antecedente normativo del Decreto 2870 del 31 de julio de 2007, por medio del cual se adoptaron medidas para facilitar la convergencia de los servicios y redes en materia de Telecomunicaciones, cuyo objeto era establecer un marco reglamentario que permitiera la convergencia en los servicios públicos de telecomunicaciones y en las redes de telecomunicaciones del Estado, asegurar el acceso y uso de las redes y servicios a todos los habitantes del territorio, así como promover la competencia entre los diferentes operadores. Este Decreto aplicaba para todos los servicios públicos de telecomunicaciones y redes de telecomunicaciones del Estado. No regía para los servicios de Televisión y de Radiodifusión Sonora, y contemplaba el otorgamiento del Título Habilitante Convergente, que comprendía las licencias y concesiones para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones del Decreto-Ley 1900 de 1990 y el inciso cuarto del artículo 33 de la Ley 80 de 1993. La citada norma ordenó a la CRT definir criterios y condiciones para determinar mercados relevantes, así como la existencia de posición dominante en dichos mercados por parte de los operadores. Como antecedente, el Decreto-Ley 1900 de 1990 consagró en cuanto al prestador del servicio, según el artículo 34: (...) *La prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse en la modalidad de gestión indirecta por personas naturales o jurídicas de derecho privado o por sociedades de economía mixta, a través de concesión otorgada, mediante contrato o en virtud de licencia, por la entidad territorial correspondiente.*

⁵²⁸ Actualmente los PRST deben pagar el 2.2% sobre los ingresos brutos.

⁵²⁹ El espectro radioeléctrico (ERE), es un recurso escaso de titularidad de la Nación. Se accede a él por medio de un *permiso*. La asignación de una banda del espectro la hace el MINTIC, salvo el espectro utilizado para el servicio de televisión que lo entrega la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), organismo que vino a reemplazar a la CNTV, dentro de un esquema de reparto de funciones con otros organismos del sector, de acuerdo con la Ley 1507 de 2012 (SIC, ANE, y CRC).

Son diferentes los servicios que prestan los operadores de telecomunicaciones hoy denominados servicios de voz, de datos, de mensajería instantánea, de telefonía móvil celular, entre otros, que responde a múltiples relaciones de interconexión. Las denominaciones anteriores de las prestaciones, que obedecían a la ley de servicios públicos domiciliarios y al Decreto-Ley 1900 de 1990, aunque no desaparecieron, ya no obedecen a una clasificación legal, pues la Ley de TIC eliminó la clasificación de servicios de telecomunicaciones sin desconocer las diferentes prestaciones del servicio como tal⁵³⁰

De esta manera, como antecedente los servicios de telecomunicaciones se clasificaban en: básicos, de difusión, telemáticos, de valor agregado, auxiliares de ayuda y especiales. Los servicios básicos comprendían los servicios portadores y los teleservicios. Los *servicios portadores* se definían como aquellos que proporcionaban la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre dos o más puntos definidos de la red de telecomunicaciones. Y los *teleservicios* se definían como aquellos que proporcionaban en sí mismos la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal⁵³¹.

Por otra parte, se encontraban los *servicios de difusión*, que fueron definidos como aquellos en los que la comunicación se realizaba en un solo sentido a varios puntos de recepción, en forma simultánea, por ejemplo, la radiodifusión sonora y la televisión.

Aunado a ellos, se identificaban los *servicios telemáticos*, que eran aquellos que utilizaban como soporte servicios básicos y permitían el intercambio de

⁵³⁰ Ley 1341 de 2009, artículo 73 sobre vigencia y derogatorias. Por su parte el servicio de telefonía móvil celular (TMC) obedecía a la Ley 37 de 1993, hoy derogada, así el servicio de PCS también, según la Ley 555 de 2000 ya no vigente.

⁵³¹ Forman parte de éstos servicios los servicios de telefonía fija local, telefonía local extendida, la telefonía móvil celular, la telegrafía y el télex.

información entre terminales con protocolos establecidos para sistemas de interconexión abiertos⁵³².

Sumado a lo anterior, estaban los *servicios de valor agregado*, que son aquellos que utilizaban como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión o cualquier combinación de éstos, y con ellos proporcionaban la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones, por ejemplo, el acceso, envío, tratamiento, depósito y recuperación de información almacenada, y el correo electrónico⁵³³.

La obligación de interconexión atañe a todos los servicios de telecomunicaciones, y de este manera la mayoría de resoluciones proferidas por el Regulador resolvieron conflictos generados entre los operadores que prestaban servicios de telefonía local, local extendida, larga distancia, y telefonía móvil, en especial, por asuntos relacionados con instalaciones esenciales, cargos de acceso y compartición de infraestructura⁵³⁴.

⁵³² Como ejemplo está el telefax.

⁵³³ También estaban dentro de la clasificación del Decreto-Ley 1900 de 1990, los servicios auxiliares de ayuda, que eran aquellos servicios de telecomunicaciones que estaban vinculados a otros servicios públicos, y cuyo objetivo era la seguridad de la vida humana, la seguridad del Estado o razones de interés humanitario, como los servicios radioeléctricos de socorro y de seguridad de la vida humana, para la meteorología y la navegación aérea o marítima. Y por último, los servicios especiales, cuyo objetivo era satisfacer, sin ánimo de lucro ni comercialización en cualquier forma, necesidades de carácter cultural o científico. Formaban parte de estos servicios, entre otros, el de radioaficionados, los experimentales, y los relacionados con la investigación industrial, científica y técnica.

Por otra parte, en cuanto a la clasificación de servicios, que en principio se entendía derogada por la Ley 1341 de 2009, hay quienes sostienen que aún está vigente. En particular sobre el servicio de valor agregado hay quienes manifiestan que en especial los operadores bancarios que en su momento gestionaron esta licencia, son operadores de telecomunicaciones y deben contribuir. Tema mencionado en otro aparte.

⁵³⁴ A manera de ejemplo se proporciona esta muestra de nombres de los operadores de telecomunicaciones, que refleja las múltiples relaciones y conflictos que llegaron al conocimiento de la Comisión: TELEOCSA-TELECOM, ETB-TELECOM, ORBITEL-TELECARTAGENA, ORBITEL-TELECOM, ETB-TELECARTAGENA, ORBITEL-TELCARTAGENA, ORBITEL-TELEBUENAVENTURA-TELECOM (3ro INTERESADO), TELEHUILA-ORBITEL, ORBITEL-TELETULUA, TELECOM-ETB, COMCEL-OCCEL-TELECOM, ORBITEL-OCCEL- TELECOM, ETB-TELEBUENAVENTURA, TELEBUENAVENTURA-TELECOM, ORBITEL-

1.3 Tópicos comunes de las disputas entre los PRST

Los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, dentro del desarrollo de su actividad de prestación de un servicio público y bajo la premisa del deber de interconexión con los otros operadores, acuden al Órgano Regulador para que resuelva las controversias en sus relaciones de interconexión, bien sea que en sus relaciones actúen en calidad de operador establecido, incumbente, interconectante, o como operador solicitante o interconectado

Los conflictos que se presentan entre los operadores pueden darse en diferentes momentos de la relación, que se pueden ubicar antes de establecerse como tal un acuerdo, durante la ejecución del contrato, y aún en la finalización de éste.

El Regulador recibe peticiones y soluciona conflictos entre los operadores, cuyos temas están relacionados con la obligación de interconexión, la imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión y sus requisitos, el contrato de acceso, uso e interconexión, y su modificación, solicitudes sobre la numeración, la modificación forzada del contrato, los nodos de interconexión, los costos de acceso, la facturación, el recaudo, y la gestión operativa de reclamos. Adicionalmente, giran en torno al enrutamiento, la interrupción del tráfico de la interconexión, la capacidad de interconexión, la metodología de costos a aplicar, y en su mayoría respecto de los cargos de acceso, todos estos aspectos, relacionados con el interfuncionamiento de las redes y con la interoperabilidad de los servicios.

TELEARMENIA, ORBITEL-TELEUPAR, ORBITEL-COLOMBIA. TELECOMUNICACIONES, COMCEL-EPMBOGOTÁ, ETB-EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE GIRARDOT, TECHNOLOGY AND SERVICES-UNE EPM TELECOMUNICACIONES, entre otros.

Sobre lo decidido por el Regulador, los operadores tienen la posibilidad de interponer el recurso de reposición⁵³⁵. En el análisis de las actuaciones administrativas de la Comisión, se observó que las partes consideraron que el Regulador no tomó la decisión adecuada o acorde a sus intereses, o que la decisión de la Comisión fue más allá de sus facultades como autoridad administrativa y que su decisión podría llegar a asimilarse a la de un “juez”.

Al tomar como muestra un grupo de resoluciones expedidas durante los últimos 12 años de la actividad de la Comisión, y que corresponden a la tarea desempeñada de dirimir controversias entre operadores de telecomunicaciones, se evidencia que entre las temáticas que con mayor frecuencia someten los operadores a conocimiento de la autoridad administrativa, se encuentran los cargos de acceso y uso de las redes, junto con las instalaciones esenciales y servidumbres como se verá más adelante⁵³⁶.

En general, los temas que son objeto de solicitud de solución de controversias entre los PRST están relacionados con la simetría en la aplicación de los precios de interconexión, la reutilización de infraestructuras de interconexión, la imposición de condiciones económicas de manera arbitraria, retrasos en la ampliación de la capacidad de interconexión, los precios de terminación para

⁵³⁵ Artículo 48 de la Ley 1341 de 2009 sobre los Recursos contra las decisiones que ponen fin a las actuaciones administrativas: *Contra las decisiones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones que pongan fin a las actuaciones administrativas sólo cabe el recurso de reposición, que podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación, salvo respecto de lo dispuesto en el artículo 49 de la presente ley.*

⁵³⁶ Como parte del Grupo de investigadores del departamento de Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia, dentro del proyecto de investigación sobre *la Vigencia de los actos administrativos particulares proferidos por la CRC y sus efectos económicos y de mercado*, se llevó a cabo la labor de análisis de aproximadamente 300 resoluciones de solución de controversias proferidas por la CRC desde el año 2000 hasta la fecha, sobre conflictos de cargos de acceso, de instalaciones esenciales, y de competencia del Órgano Regulador. El departamento pertenece a la línea de investigación sobre *Servicios Públicos- Telecomunicaciones* del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo acreditado ante Colciencias.

operadores móviles, los cargos de acceso, y las modalidades de remuneración y escogencia, entre otros.

A continuación, se ofrece una muestra tomada de diferentes años con los descriptores sobre las temáticas más comunes en relación con la solución de controversias entre operadores. Para tal fin, se citan resoluciones particulares de la Comisión, en las cuales fueron abordados los siguientes temas⁵³⁷:

- Conflictos sobre competencia de la CRC, para imponer servidumbre⁵³⁸
- Conflictos sobre la modificación del contrato de interconexión. Obligación de interconexión⁵³⁹.
- Conflictos sobre facturación y recaudo-metodología de costos⁵⁴⁰
- CRT- Competencia para dirimir conflictos. Intervención en la fijación de Cargos de Acceso⁵⁴¹.
- Comisión de Regulación de Comunicaciones-funciones. Solución de controversias. Interconexión. Dimensionamiento. Calidad del servicio. Red de Telecomunicaciones. Interconexión⁵⁴².
- Cargo de Acceso por Capacidad. Cargo de Acceso-Modalidades-Derecho de escogencia⁵⁴³.
- CRC- competencia-coacción. Cargos de acceso – Derecho de elección⁵⁴⁴.
- Interconexión provisional - oposición - naturaleza- requisitos⁵⁴⁵.

⁵³⁷ Se tomó como fuente para brindar esta información, documento interno de trabajo conjunto del Grupo de Estudio del Departamento de derecho de Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia en el cual participa quien hace este trabajo de investigación.

⁵³⁸ Resolución CRT 110 de 1998

⁵³⁹ Resolución CRT 112 de 1998

⁵⁴⁰ Resolución CRT 204 de 2000

⁵⁴¹ Resolución CRT 887 de 2003

⁵⁴² Resolución CRT 661 de 2003

⁵⁴³ Resolución CRT 1038 de 2004

⁵⁴⁴ Resolución CRT 980 de 2004

⁵⁴⁵ Resolución CRT 1494 de 2006

- Competencia de la CRC. Imposición servidumbres de interconexión. Servidumbre provisional. Solicitud de interconexión - requisitos. Cargo de acceso local. Nodo de interconexión. Dimensionamiento⁵⁴⁶
- Contrato de Interconexión-Formalidades. Publicidad. Interconexión Indirecta. Facturación, recaudo, y reclamos⁵⁴⁷.
- Solicitud de Interconexión- Requisitos. Servidumbre Provisional - Requisitos. Oferta Básica de Interconexión (OBI) -Modificaciones-Efectos. Dimensionamiento⁵⁴⁸
- Oferta Básica de interconexión (OBI). Competencia de la CRC. Instalaciones Esenciales-facturación, Distribución, Recaudo, Asistencia a Usuarios. Coubicación. Instalaciones Esenciales-Remuneración. Adecuado Funcionamiento y Calidad de Redes-Metodología de Garantía. Contrato de Interconexión-Termino de duración. Solución de Controversias-Comité Mixto de Interconexión. Garantías. Nodos de Interconexión⁵⁴⁹.
- Cargos de acceso - Aplicación régimen integral. Facturación y recaudo. Responsabilidad de las llamadas. Procedencia solicitud resolución controversias - negociación directa⁵⁵⁰.
- Comisión de Regulación de Comunicaciones - Servidumbre de acceso, uso e interconexión. Interconexión - negociación directa. Oferta Básica de Interconexión (OBI).
- Interconexión- Costos de interconexión. Constitución de Garantías⁵⁵¹.
- Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones- Obligaciones- Contrato de acceso, uso e interconexión⁵⁵².

⁵⁴⁶ Resolución CRT 1708 de 2007

⁵⁴⁷ Resolución CRC 2076 de 2009

⁵⁴⁸ Resolución CRC 2564 de 2010

⁵⁴⁹ Resolución CRC 2971 de 2011

⁵⁵⁰ Resolución CRC 3546 de 2012

⁵⁵¹ Resolución CRC 4109 de 2013

⁵⁵² Resolución CRC 4199 de 2013

Adicionalmente, a manera de ejemplo se traen las temáticas más comunes en cuanto a la resolución de controversias de los últimos tres años de la Comisión. En particular, se propone una muestra de los asuntos más frecuentes del año 2014 al año 2016.

Temas del año 2014:

- Compartición de costos de interconexión entre redes de LLELD⁵⁵³.
- Deber de entregar la instalación esencial de roaming automático nacional y la exigencia de un cronograma de cumplimiento⁵⁵⁴.
- Obligación de poner a disposición la base de datos de los usuarios con cobertura en dos municipios⁵⁵⁵.
- Condiciones de acceso a las redes de telecomunicaciones por parte de proveedores de contenidos y aplicaciones (PCA), SMS, MMS, USSD.⁵⁵⁶

⁵⁵³ Redes de telefonía local, local extendida y Larga distancia. Resolución CRC 4400 de 2014. Partes: Colombia Telecomunicaciones y ETB.

⁵⁵⁴ Roaming automático nacional (RAN) es una instalación esencial asociada al acceso a las redes de telecomunicaciones con acceso móvil que permite sin intervención directa de los usuarios, proveer servicios a estos, cuando se encuentran fuera de la cobertura de uno o más servicios de su red de origen. Según la Resolución CRC 4112 de 2013, que establecen las condiciones para la provisión de la instalación esencial del RAN. Por otra parte, según Resolución CRC 4420 de 2014. Partes: Avantel y Colombia Móvil.

⁵⁵⁵ Resolución CRC 4615 de 2014. Partes: Coltel y Emcali. Las partes desistieron. La cobertura para el municipio de Jamundí.

⁵⁵⁶ Esta temática cada día es más frecuente, por las relaciones que se generan entre los PRST y los PCA y las múltiples aplicaciones que usan el servicio de internet, ejemplo de la conectividad digital. La Resolución CRC 3501 de 2011 determina *las condiciones de acceso a las redes de telecomunicaciones por parte de proveedores de contenidos y aplicaciones a través de mensajes cortos de texto (SMS) y mensajes multimedia (MMS) sobre redes de telecomunicaciones de servicios móviles, y se dictan otras disposiciones*. Para mayor ilustración: SMS: Mensaje corto de texto de hasta 140 octetos, que es enviado desde y/o hacia un terminal móvil. MMS: Mensaje cuyo contenido puede ser tanto texto, como imágenes, sonidos o videos, y que es enviado desde y/o hacia una terminal móvil. USSD: Tecnología de comunicación del estándar GSM que permite el envío de datos bidireccional entre un terminal móvil y una aplicación disponible en la red, a través del establecimiento de sesiones.

- Solicitud de imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión para los servicios de voz Móvil y SMS con la red de telefonía móvil celular⁵⁵⁷.

Temas del año 2015:

- Remuneración de las redes de los servicios móviles con ocasión de utilizar mensajes a través de SMS⁵⁵⁸.
- Determinación de las condiciones de acceso para la fijación de la tarifa de SMS⁵⁵⁹.
- Asignación de códigos cortos⁵⁶⁰.
- Remuneración de los cargos de acceso^{561 562}.

⁵⁵⁷ Resolución CRC 4536 de 2014. Partes: ETB y COMCEL.

⁵⁵⁸ Resolución CRC 4689 de 2015. Partes: Colombia Trade y COMCEL. “Tráfico de SMS”. En general los PRST móviles deben ofrecer a los integradores tecnológicos y proveedores contenidos y aplicaciones, tanto en sentido entrante como saliente, valores de cargos de acceso máximos. Ejemplo: el procesamiento y transporte de mensajes cortos de texto que sirven de soporte para la provisión de los servicios de notificaciones, recordatorios y envío de campaña de mercadeo a través de códigos cortos. Se trata de una relación de acceso.

⁵⁵⁹ Resolución CRC 4779 de 2015. Partes: Inalambria y Colombia Telecomunicaciones. La obligación correspondía a la prestación de transporte de SMS originados por Inalambria con destino a sus clientes y viceversa.

⁵⁶⁰ Código corto: *Tipo de numeración asignada por la CRC para la prestación de servicios de contenidos y aplicaciones basados en el envío y/o recepción de mensajes cortos de texto (SMS) y mensajes multimedia (MMS) y mensajes a través del Servicio Suplementario de Datos no Estructurados. (USSD)*. La longitud de los códigos cortos, corresponde a números de 5 cifras extensibles a 6. En cuanto a la modalidad del servicio hay una estructura que facilita el reparto así, *Modalidad de compra por única vez, Modalidad de compra por suscripción, Gratuito para el usuario, Servicios masivos, y Servicios exclusivos para adultos*. Para mayor ilustración consultar la Resolución 1763 de 2007, modificada por la Resolución 3501 de 2011, que luego fue modificada por la Resolución 4458 de 2014. La gran mayoría de resoluciones de la CRC responden a la solicitud de los operadores sobre la asignación de números cortos.

⁵⁶¹ Resolución CRC 4796 de 2015. Partes: Comcel y ETB, sobre el valor del cargo de acceso por minuto que debe remunerar ETB por el uso de la red móvil de COMCEL. En este caso la CRC afirma que la solicitud de COMCEL más que una solicitud de solución de controversias es una petición de inaplicar una norma regulatoria, aspecto que la Comisión consideró que no era posible, porque sería una revocatoria o extinción del acto y este perdería toda eficacia. La excepción de inconstitucionalidad tampoco sería posible para dejar de aplicar actos administrativos de carácter particular. En resumen COMCEL quiso que se le aplicara una norma general sobre cargos de acceso, “en desconocimiento directo de una regla particular vigente y con fuerza vinculante”. La Resolución 4829 de 2015 es otro ejemplo de esta temática. Partes: Colombia Telecomunicaciones y Avantel.

⁵⁶² Son varios los temas alrededor de los cargos de acceso, por ejemplo: calculo, cargos de acceso por transporte, entre redes fijas, entre redes móviles, entre fijas y móviles, intercambio de mensajes,

Temas del año 2016:

- Contrato de arrendamiento de infraestructura eléctrica⁵⁶³⁵⁶⁴.
- Acceso, uso e interconexión a redes⁵⁶⁵

La aproximación a los conflictos resueltos por parte de esta entidad, nos permite identificar como temáticas comunes en las controversias que se presentan entre las partes, las relacionadas con la interconexión en particular con la definición de los cargos de acceso⁵⁶⁶, como se mencionó anteriormente, así mismo gran parte de las peticiones corresponden a aspectos concernientes al uso y costo de las instalaciones esenciales e imposición de servidumbre⁵⁶⁷.

De esta forma, se dividió en tres numerales el tema, con el fin de analizar casos sobre las problemáticas más recurrentes en Colombia.

liquidación, permanencia mínima, cargos por capacidad, cargos por tiempo, principios generales, remuneración, rutas de desborde, señalización, sender keeps all (no se cobra en red de destino, es decir que el que envía cobra).

⁵⁶³ Resolución CRC 4916 de 2016. Partes: Empresa de Energía de Arauca (ENELAR) y Asociación de Víctimas Desplazadas de Puerto Rondón. El asunto correspondía a la falta de acuerdo para llegar a la celebración de un contrato de arrendamiento de infraestructura eléctrica, sin embargo, finalmente hubo desistimiento tácito porque el peticionario no allegó información sobre avances de la negociación. Otros casos similares, donde el solicitante es ENELAR con varios actores. Ver Resoluciones CRC 4915, 4917, 4918, 4919 de 2016.

⁵⁶⁴ En el 2016 se observa que hay pocas resoluciones de la CRC que resuelven conflictos, en cambio, se encuentran decisiones del regulador que aprueba Ofertas básicas de interconexión (OBI) y que resuelve recursos de apelación sobre instalación de infraestructura en municipios.

⁵⁶⁵ Resolución CRC 4957 de 2016. Partes: PEOPLENET y COLOMBIA MOVIL. El asunto correspondía a la negativa de COLOMBIA MOVIL para dar el acceso, uso e interconexión entre las redes de TIGO y PEOPLENET.

⁵⁶⁶ En particular, los cargos de acceso, como el pago que se hace entre operadores por la utilización de las redes, está bajo la regulación de la Comisión. Este peaje pagado por los PRST es medido en términos de unidades de tiempo, o capacidad, o por cualquier otro concepto que resulte apropiado para tal efecto. Para mayor ilustración ver el artículo 1.2 sobre definiciones de la Resolución CRT 575 de 2002.

⁵⁶⁷ Instalaciones Esenciales: *Todo elemento o función de una red o servicio que sea suministrado exclusivamente o de manera predominante por un operador o por un número limitado de los mismos, cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo técnico o en lo económico.* Resolución CRT 575 de 2002.

1.3.1 Cargos de Acceso

A continuación se abordarán casos particulares sobre controversias que la Comisión decidió respecto de los **cargos de acceso**⁵⁶⁸, así:

Para iniciar se trae a colación, a manera de ejemplo, un contrato que fue suscrito entre PRST de Telefonía Pública Básica Conmutada de Local Extendida y de Telefonía Móvil Celular (TMC), en el cual surgió un conflicto de interconexión relacionado con la remuneración de cargos de acceso entre sus redes, por interconexión directa entre OCCEL (TMC)⁵⁶⁹ y EDATEL (TPBCLE), e indirecta entre EDATEL e INFRACEL (TPBCLD), actuando OCCEL como operador de tránsito⁵⁷⁰.

El operador de TBCLE manifestó que se debía respetar el acuerdo contractual en el cual se estableció un periodo de permanencia mínima de dos años para los enlaces vinculados para el tráfico de TMC del operador.

Por su parte, el operador de TMC solicitó que se resolviera el conflicto, teniendo en cuenta que si bien existía un acuerdo en virtud de la cláusula de permanencia pactada, ya había cumplido con este periodo de permanencia de

⁵⁶⁸ Se toma una resolución como ejemplo para dar a conocer los argumentos esgrimidos por las partes y la respuesta de la Comisión sobre el tema en concreto. Resolución CRC 3015 de 2011. Fuente: <https://www.crcom.gov.co/resoluciones/00003015.pdf>

⁵⁶⁹ Hoy COMCEL.

⁵⁷⁰ Para mayor ilustración se traen a colación las siguientes definiciones consagradas en la Resolución 087 de 1997: Interconexión directa: *Es la interconexión entre las redes de dos operadores que comparten al menos un punto de interconexión entre ellas, con el objeto de lograr el interfuncionamiento de las redes conectadas y la interoperabilidad de los servicios.* Interconexión indirecta: *Es la interconexión que permite a cualquiera de los operadores interconectados, cursar el tráfico de otros operadores a la red del operador interconectante, siempre que no se contravenga el reglamento para cada servicio. El solo servicio portador entre dos redes no se considera interconexión indirecta.* Fuente: <http://www.siust.gov.co/siust/htm/glosario.htm#i>

acuerdo con lo establecido por el Órgano Regulador. Por lo anterior, y en atención a la posibilidad que tenía de escoger la forma de pagar el uso de la red, decidió optar por la modalidad de pago por minutos.

En conclusión el objeto de la controversia era el esquema de pago de cargos de acceso, sobre el cual el demandante consideró que tenía prevalencia lo acordado, y a su turno, el demandado sostuvo que la relación contractual debía regirse por una norma regulatoria de carácter general.

La Resolución CRT 1763 de 2007, la cual reguló los cargos de acceso y que le dio la posibilidad al operador que solicita la interconexión de escoger la forma de remunerarlos, ya sea por uso o por capacidad, previó en el artículo 4 sobre el pago en redes de TPBCLE, que en caso tal de que las partes no llegaran a un acuerdo, la remuneración de las redes de TPBCLE debía ser por su utilización en sentido entrante o saliente, y por parte de los operadores de telefonía de larga distancia, de telefonía móvil celular, de PCS, de trunking y los operadores locales y locales extendidos⁵⁷¹ sería por minuto real, con la tarifa del cargo local y un cargo de transporte⁵⁷².

La Comisión de Regulación de Comunicaciones decidió que la norma regulatoria tenía plena aplicación en el caso puesto a su conocimiento, toda vez que consagró expresamente la consecuencia frente a la falta de acuerdo en la materia, en el marco de un contrato de interconexión.

Por otra parte, es menester destacar que en este caso, la decisión del Ente Regulador surte efectos desde la fecha de radicación de la solicitud de

⁵⁷¹ Es importante tener en cuenta que los responsables en la prestación del servicio frente al usuario son los operadores de telefonía local y local extendida. Ver artículo 2 de la Resolución CRT 1763 de 2007.

⁵⁷² Por otra parte es necesario recordar que a partir de la Ley 1341 de 2009 se eliminó la clasificación de los servicios de telecomunicaciones. El régimen de interconexión se refiere a redes fijas o redes móviles. Las categorías de TPBC, TPBCLE por ejemplo, ya no se encuentran vigentes.

solución del conflicto presentada por el operador de TMC⁵⁷³. Aunado a lo anterior, podemos observar del comportamiento de las partes, la etapas que se surtieron frente al conflicto, como primera medida, se comunicaron los directos responsables de las áreas respectivas de cada PRST, luego, acudieron al Comité Mixto de Interconexión (CMI) y, finalmente, como último mecanismo de negociación directa se reunieron representantes legales de los operadores, quienes reafirmaron su posición. Por lo anterior, el operador de TMC procedió a solicitar la intervención de la CRC para dirimir el conflicto.

En el marco de la actuación administrativa, se cumplió el procedimiento previsto: negociación directa, intervención del Ente Regulador como mediador, y por último y ante la falta de acuerdo, la resolución del conflicto por la Comisión de Regulación de Comunicaciones⁵⁷⁴.

Es posible, como se observará con más detalle en esta investigación, que las partes acudan a resolver sus controversias en un tribunal de arbitramento, opción ajustada a la ley, salvo que se discutan en esta instancia aspectos ya definidos por el Órgano Regulador o que no se haya consultado la instancia comunitaria, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a quien se debe solicitar la interpretación prejudicial (IP), por encontrarse el tema de la interconexión de redes entre operadores entre los aspectos contemplados dentro de la normatividad andina, y sobre la cual debe velar esta autoridad jurisdiccional, a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los

⁵⁷³ Aspecto que es comentado en el siguiente aparte.

⁵⁷⁴ Finalmente la parte o partes inconformes tienen derecho a interponer el recurso de reposición. Como ya se había mencionado, es el único recurso que procede en este caso. Posteriormente las partes tienen derecho a demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

países miembros de la Comunidad⁵⁷⁵, temática de gran importancia que se abordará más adelante.

Por otra parte, es necesario resaltar la importancia que tiene en este contexto los cargos de acceso, como un concepto que está ínsito en la interconexión de redes, pues es un elemento necesario para que en la práctica los operadores, en doble vía, reciban y paguen los valores correspondientes del tráfico cursado como prestadores del servicio. Igualmente, es importante destacar que la Comisión de Regulación de Comunicaciones, es la autoridad encargada de expedir toda la regulación en materia de redes de telecomunicaciones, lo cual incluye el acceso y uso de las mismas⁵⁷⁶.

Los cargos de acceso son un elemento significativo en la estructura de costos de un operador de telecomunicaciones, que hace parte de una relación de interconexión, así mismo, es fundamental en la construcción de las tarifas que asumen los usuarios de los servicios de telecomunicaciones⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Adicionalmente, al escenario se suman otros factores que dificultan la resolución de los conflictos, entre ellos, el hecho de que la IP es de carácter obligatorio en los casos que son de conocimiento de una autoridad jurisdiccional en única o última instancia, como los tribunales arbitrales.

Las decisiones del TJCA en casos recientes en tribunales arbitrales, donde el asunto a dirimir estaba relacionado con la ejecución del contrato de interconexión, en particular sobre temas de cargos de acceso, se tomaron bajo la tesis de la no competencia del tribunal arbitral para esta materia.

La autoridad comunitaria ha proferido decisiones muy controvertidas en la medida en que ha radicado la competencia para resolver los conflictos entre operadores en la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones de cada país miembro.

Frente a las decisiones del TJCA, los tribunales de arbitramento han tomado diferentes posiciones, por un lado, algunos han adoptado la interpretación del TJCA y, en consecuencia, se han declarado incompetentes para resolver de fondo y, por otro lado, algunos se han declarado competentes total o parcialmente, aspectos que serán tratados en la siguiente parte de la tesis.

⁵⁷⁶ Aspecto que rige también para los operadores del servicio de Trunking que ejerzan el derecho de interconexión con los demás operadores de telecomunicaciones. Según el Decreto 4239 de 2004 expedido por el Ministerio de Comunicaciones, se reglamentó la contraprestación a pagar al Fondo de Comunicaciones, por aquellos operadores del servicio de Trunking que se interconectarán con otros operadores de telecomunicaciones. Para mayor ilustración se transcribe la definición de servicio de acceso troncalizado: *Es un sistema fijo-móvil terrestre, que proporciona en sí mismo la capacidad completa para comunicación entre usuarios y grupos de usuarios, mediante tecnología de canales radioeléctricos múltiples compartidos de selección automática. Según el Decreto 2343 de 1996.*

⁵⁷⁷ TPBCL, TPBCLC, TPBCLDN, TPBCLDI, TMC, PCS, y Trunking.

En el año 2004, la CRC inició un proyecto cuyo objeto era hacer una revisión integral de los cargos de acceso, a fin de definir el esquema regulatorio que debía regir luego de que finalizara la etapa de transición prevista en la Resolución CRC 463 de 2001⁵⁷⁸. Posteriormente, se expidió la Resolución CRC 1763 de 2007, por medio de la cual se consagraron reglas sobre cargos de acceso y uso a redes fijas y móviles, norma regulatoria que pese a que se encuentra vigente, ha tenido algunas modificaciones relacionadas, entre otras, con la nueva facilidad esencial ⁵⁷⁹del *roaming* automático nacional⁵⁸⁰.

Vale la pena destacar un criterio básico consignado en esta norma regulatoria, relacionado con un mecanismo que se denomina prueba de imputación⁵⁸¹, cuyo objeto es realizar una operación que sirve para comprobar la obligación que tienen los operadores de telecomunicaciones, de que la tarifa impuesta por la utilización de una instalación esencial, la prestación de servicios adicionales o el suministro de espacio físico, sea igual a la tarifa que se cobraría a sí mismo el proveedor por el uso de la instalación.

El Regulador, por medio de esta norma de carácter general⁵⁸², incluyó la prueba de imputación para cargos de acceso, con el propósito de promover la competencia y proteger los derechos de los usuarios, y para ello tiene la facultad de adelantar una actuación administrativa, de oficio o a solicitud de

⁵⁷⁸ Aplicaba para redes móviles y fijas.

⁵⁷⁹ Artículo 8 de la Resolución 1763 de 2007 modificado por la Resolución CRC 4660 de 2014 que le adicionó el Parágrafo 5.

⁵⁸⁰ Esta norma reguló que los PRST de servicios móviles que hagan uso de esta instalación esencial para la terminación del servicio de voz móvil, deben ofrecer a los PRST de servicios de larga distancia internacional y demás proveedores de redes y servicios móviles el esquema de cargos de acceso definido por la regulación para la red sobre la cual se preste efectivamente el servicio a sus usuarios.

⁵⁸¹ Fuente: Resolución CRT 087 de 1997

⁵⁸² Artículo 13 de la Resolución 1763 de 2007.

parte, para aplicar esta prueba, cuyos resultados son de obligatorio cumplimiento⁵⁸³.

La aplicación de esta medida a los cargos de acceso tiene como objeto brindarle al Regulador la posibilidad de verificar que los proveedores de telecomunicaciones, ofrezcan a otros proveedores las mismas condiciones que se imputan o cobran a sí mismos.

Sumado a lo anterior, la Resolución CRC 1763 de 2007 incluyó un artículo en el cual se consagró un tope, según el cual los cargos de acceso acordados por los proveedores o definidos por la CRC mediante actos administrativos de carácter particular y concreto, que sean mayores a los fijados en esta resolución, se deben reducir a los valores definidos en esta normativa regulatoria^{584 585}.

⁵⁸³ La CRC en cualquier momento puede solicitar información a todos los PRST de telecomunicaciones. Esta autoridad administrativa, tiene la facultad de imponer sanciones de hasta de 250 SMMLV, a aquellos PRST que no proporcionen la información por cada día en que incurran en esta conducta.

⁵⁸⁴ Los PRST pueden negociar cargos de acceso menores a los máximos fijados en la Resolución 1763 de 2007.

⁵⁸⁵ La Resolución CRT 1763 de 2007 ha sido modificada por las siguientes resoluciones que la han adicionado en apartes de su articulado. Entre otras, la Resolución CRT 2209 de 2009, según la cual se obliga a los operadores de telecomunicaciones a informar a los usuarios, sobre los costos de los cargos de acceso que se pagan a otras redes. La Resolución CRT 2585 de 2010, relacionada con los subsidios y contribuciones, que no se puede afectarse por los valores de los cargos de acceso. (Subsidios y contribuciones son el mecanismo de solidaridad, establecido en la Ley 142 de 1994 para facilitar a personas de los estratos más bajos acceder a los servicios de telecomunicaciones, gracias al factor que se descuenta a los usuarios de los estratos 5 y 6, y el industrial y comercial. La Resolución CRT 3136 de 2011 sobre los costos a pagar en el esquema de cargos de acceso por capacidad, cuando el tráfico sobrepasa la capacidad dimensionada (el valor corresponde a la tarifa de minuto cursado, al doble del valor del cargos de acceso por uso). La Resolución CRT 3534 de 2012 regulo el índice relacionado con la actualización tarifaria. La Resolución CRT 4170 de 2013 relacionada con la lista de los municipios con más de 10.000 habitantes conectados a la red de fibra óptica nacional. (a propósito del Plan Vive Digital, compuesto por 4 ejes: infraestructura, servicios, aplicaciones y usuarios. Dentro de infraestructura, se encuentra el proyecto de fibra óptica para brindar este recurso y conectar a la mayoría de municipios de Colombia). La Resolución CRT 4660 de 2014, sobre la obligación para los operadores móviles de ofrecer a los operadores de larga distancia, y a los demás operadores, las dos opciones para remunerar los cargos de acceso, por uso o por capacidad.

A su turno, los cargos de acceso en los teléfonos públicos, para llamadas entrantes y salientes, son de libre negociación entre las partes bajo el principio de acceso igual - cargo igual⁵⁸⁶.

1.3.2 Instalaciones Esenciales

Ahora bien, otra temática en las controversias de los PRST, como ya se había anunciado corresponde a las **instalaciones esenciales**. Para desarrollarla, se tomó como ejemplo uno de aquellos conflictos que suelen presentarse entre los PRST, dado por aquellos recursos que por su naturaleza y escasez se convierten en un cuello de botella para el acceso de los operadores a elementos necesarios para la prestación de sus servicios.

Los servicios de telecomunicaciones, como servicios que se prestan en red requieren de instalaciones⁵⁸⁷, y en general de componentes y elementos de la infraestructura⁵⁸⁸ de otros operadores⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ Para mayor ilustración, se transcribe la definición de Acceso igual - Cargo igual: *Acceso Igual es el que se presta a los operadores de características similares en las mismas condiciones de calidad y especificaciones técnicas. Cargo Igual es una misma remuneración por el acceso y utilización que se causa cuando se cumplen las condiciones de acceso igual.* Fuente: Resolución CRT 087 de 1997.

⁵⁸⁷ Resolución 3101 de 2011, artículo 30 sobre Instalaciones esenciales: *30.1. Se consideran instalaciones esenciales para efectos del acceso y/o la interconexión, las siguientes: 1. Los sistemas de apoyo operacional necesarios para facilitar, gestionar y mantener las comunicaciones. 2. Los elementos de infraestructura civil que puedan ser usados por ambas partes al mismo tiempo, siempre y cuando sea factible técnica y económicamente, tales como derechos de vía, ductos, postes, torres, energía e instalaciones físicas en general. 3. La facturación, distribución y recaudo, así como toda aquella información necesaria para poder facturar y cobrar a los usuarios. 4. El espacio físico y servicios adicionales necesarios para la colocación de equipos y elementos necesarios para el acceso y/o la interconexión. 5. Cabezas de cable submarino. 6. La base de datos administrativa –BDA- requerida para el correcto enrutamiento de comunicaciones en un ambiente de Portabilidad Numérica de acuerdo con la regulación aplicable en la materia. 30.2. Se consideran instalaciones esenciales a efectos de la interconexión, las siguientes: 1. Conmutación. 2. Señalización. 3. Transmisión entre nodos. 4. Servicios de asistencia a los usuarios, tales como emergencia, información, directorio, operadora y servicios de red inteligente. 5. El roaming automático entre proveedores de redes móviles, cuando sus interfaces de aire así lo permitan.*

⁵⁸⁸ Por ejemplo: derechos de vía, ductos, postes, torres, energía e instalaciones físicas en general.

⁵⁸⁹ Los principios orientadores que contempla la Ley 1341 de 2009, consagran el uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos, cuyo despliegue y uso eficiente debe fomentar el Estado con el ánimo de generar competencia, calidad y eficiencia en beneficio del interés general.

Ahora bien, dentro de la infraestructura existen algunos elementos o funciones de red o del servicio, que en razón de su naturaleza son suministrados exclusivamente o de manera predominante por un operador o por un número limitado de los mismos, y su sustitución no es factible en lo técnico o en lo económico por traer consigo costos exagerados⁵⁹⁰.

También son objeto de aprobación por la CRC las instalaciones esenciales, sobre las cuales puede exigir ajustes o cambios en la Oferta Básica de Interconexión que, como se había mencionado, quedan a disposición del público los elementos necesarios para que con una simple aceptación por parte de un operador, se genere un acuerdo de interconexión.

Al analizar una resolución de la CRC en la cual se aprobó la OBI de un operador del servicio de Larga Distancia (LD)⁵⁹¹, se encontró que aunque el operador contempló dentro de su Oferta Básica de Interconexión las instalaciones esenciales para poner en marcha la interconexión, no se incluyeron los valores a cobrar de estas instalaciones ofrecidas, cuyo requisito era de necesario cumplimiento, pues el precio del arrendamiento de estas no podía ser fijado de manera discrecional y por el contrario, tenía que estar sujeto al criterio de costos eficientes⁵⁹².

⁵⁹⁰ Resolución CRT 087 de 1997

⁵⁹¹ Se tomó como ejemplo la Resolución CRC 3010 de 2011 que corresponde a la aprobación de la OBI del PRST Global Telecomunicaciones Colombia

⁵⁹² En este caso no solo aplica los principios de la interconexión de la Ley 1341 de 2009, sino los principios orientadores de esta norma. Para mayor ilustración se transcribe el numeral 3 del artículo 2: *Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos. El Estado fomentará el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar, y promoverá el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos con el ánimo de generar competencia, calidad y eficiencia, en beneficio de los usuarios, siempre y cuando se remunere dicha infraestructura a costos de oportunidad, sea técnicamente factible, no degrade la calidad de servicio que el propietario de la red viene prestando a sus usuarios y a los terceros, no afecte la prestación de sus propios servicios y se cuente con suficiente infraestructura, teniendo en cuenta la factibilidad técnica y la remuneración a costos eficientes del acceso a dicha infraestructura. Para tal efecto, dentro del ámbito de sus competencias, las entidades del orden nacional y territorial están*

De modo similar, y en este caso específico, las instalaciones esenciales de este operador de LD, que son asociadas a la conmutación, señalización, transmisión entre nodos y sistemas de apoyo operacional para mantener la interconexión, son remuneradas vía tarifa, correspondiente al ingreso que percibe el PRST por la prestación del servicio y que paga el usuario⁵⁹³.

Para la Comisión, al momento de aprobar la OBI y advertir la falta de información, es claro y le comunica al operador que rige el principio de interconexión de la Ley 1341 de 2009, según el cual los PRST deben permitir el acceso y uso de sus instalaciones esenciales a cualquier proveedor que lo solicite, y que en las interconexiones se deben garantizar principios, como el trato no discriminatorio, cargo igual - acceso igual, transparencia, precios basados en costos más utilidad razonable, promoción de la libre y leal competencia, evitar el abuso de la posición dominante, y la no ejecución de prácticas que generen impactos negativos en las redes⁵⁹⁴.

Adicionalmente, las instalaciones esenciales como concepto y en atención a su importancia para la prestación de servicios soportados en estructuras de red, están reglamentadas en la normatividad andina, en el acuerdo general sobre comercio de servicios de OMC y en la Ley 1341 de 2009.

obligadas a adoptar todas las medidas que sean necesarias para facilitar y garantizar el desarrollo de la infraestructura requerida, estableciendo las garantías y medidas necesarias que contribuyan en la prevención, cuidado y conservación para que no se deteriore el patrimonio público y el interés general.

⁵⁹³ El operador del servicio de TPBCLD es el responsable de la prestación del servicio.

⁵⁹⁴ La Ley 1341 de 2009, le otorga a la CRC la competencia para intervenir en estos aspectos. La función específica se encuentra en el numeral 3 del artículo 22: *Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia, los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión; así como la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, precios mayoristas, las condiciones de facturación y recaudo; el régimen de acceso y uso de redes; los parámetros de calidad de los servicios; los criterios de eficiencia del sector y la medición de indicadores sectoriales para avanzar en la sociedad de la información; y en materia de solución de controversias entre los proveedores de redes y servicios de comunicaciones.*

Al respecto, la Ley 671 de 2001, por medio de la cual se aprobó el "Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia Anexa", incluyó definiciones relacionadas con el marco reglamentario de los servicios de telecomunicaciones: *"Por instalaciones esenciales se entiende toda instalación de una red o servicio públicos de transporte de telecomunicaciones que: a) Sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un proveedor o por un número limitado de proveedores; y b) Cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico"*.

Por su parte, la Resolución 432 de 2000 de Normas Comunes sobre Interconexión de la Comunidad Andina de Naciones determinó que:

Artículo 21: La interconexión se deberá desarrollar bajo el concepto de desagregación de componentes o instalaciones esenciales de la red y funciones. Se considerarán instalaciones esenciales a efectos de interconexión las siguientes: a) Origen y terminación de comunicaciones a nivel local. b) Conmutación. c) Señalización. d) Transmisión entre Centrales. e) Servicios de asistencia a los abonados, tales como: emergencia, información, directorio, operadora y servicios de red inteligente. f) Acceso a elementos auxiliares y a elementos que sean usados por ambas partes al mismo tiempo, siempre y cuando sea factible y económicamente viable, tales como derechos de vía, ductos, postes, torres, energía e instalaciones físicas en general. g) La facturación y recaudación, así como toda aquella información necesaria para poder facturar y cobrar a los usuarios.

Cabe resaltar que la lista de instalaciones esenciales es enunciativa y que por disposición expresa como es el caso de la norma de la CAN, la Autoridad de Telecomunicaciones está facultada para modificarla.

El Régimen de Interconexión, según la Resolución CRC 3101 de 2011, contempló, respecto de la declaratoria de nuevas instalaciones esenciales,

que la CRC de oficio o a solicitud de parte, podrá determinar cómo instalación esencial a aquellos recursos que cumplen con los criterios establecidos y cuya determinación puede promover la competencia, el acceso de nuevos proveedores al mercado de servicios de comunicaciones, y finalmente beneficia a los usuarios⁵⁹⁵.

Por otra parte, paralelamente se encuentran las instalaciones de la infraestructura de otros servicios públicos que pueden ser objeto de uso por los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones.

En este sentido, la CRC expidió la Resolución 4245 de 2013, con el fin de fomentar el acceso a elementos como postes, ductos, y otras infraestructuras que sirven para la instalación y despliegue de redes que pueden ser de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, o de otros sectores de la economía.

Lo anterior, en cumplimiento del mandato de la Ley 1341 de 2009 que facultó a la Comisión para definir las condiciones en las cuales podrán ser utilizadas infraestructuras y redes de otros servicios, para la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Para este caso también se hizo referencia al criterio estricto de costos eficientes⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ La CRC declaró una nueva instalación esencial, que corresponde al Roaming Automático Nacional. Recientemente, se dio un conflicto donde estaban involucrados los operadores de telefonía móvil Comcel, Tigo y Movistar, quienes no otorgaban a Avantel el acceso y uso de la citada instalación esencial que este operador les estaba solicitando. El interés del operador Avantel era contar con cobertura para la prestación de servicios de voz, mensajes de texto y acceso a internet en aquellas zonas donde no haya desplegado su red 4G, haciendo uso de la infraestructura de los tres operadores citados. Este operador luego de solicitar la instalación a los operadores y no lograr un acuerdo, acudió a la CRC quien ordenó a estos PRST implementar dicha medida.

⁵⁹⁶ Artículo 22 numeral 5 de la Ley 1341 de 2009.

La compartición de infraestructura es un aspecto muy importante para el Estado, el cual fue tenido en cuenta por la Ley del Plan del cuatrienio anterior, pues se estableció un mandato para la CRC frente a la determinación de las condiciones de uso y acceso de la infraestructura del sector eléctrico, y la coordinación con la Comisión de Regulación de Energía y Gas⁵⁹⁷ ⁵⁹⁸. Esta disposición es de gran importancia para superar los inconvenientes generados por las restricciones en el despliegue de infraestructura para los PRST y aprovechar la ya instalada por el sector eléctrico y de esta manera reducir costos y disminuir obras civiles.

La CRC deberá definir las condiciones para utilizar la infraestructura eléctrica en la prestación de servicios de telecomunicaciones, y su remuneración bajo un esquema de costos eficientes⁵⁹⁹.

1.3.3 Imposición de Servidumbre

Por último y de acuerdo al orden que se planteó en este aparte, en particular se emprende como temática la ***imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión*** como una de las facultades del Regulador, la cual se encuentra como uno de los temas comunes dentro de las decisiones de la CRC en su quehacer como Ente Regulador y de solución de controversias en el desarrollo de las actuaciones administrativas.

⁵⁹⁷ Artículo 57 de la Ley 1450 de 2011.

⁵⁹⁸ Concepto rendido por la Comisión de Regulación de Comunicaciones por consulta realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio. Según radicado No 201430046 del 17 de enero de 2014.

⁵⁹⁹ Se considera susceptible de compartición postes, torres y canalizaciones de las redes de transmisión y distribución de energía eléctrica. Ver Resolución CRC 4245 de 2013.

Los operadores de telecomunicaciones tienen derecho a solicitar directamente a la CRC la imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión⁶⁰⁰. En este sentido, el ejemplo que se trae a colación corresponde a un operador de telefonía pública básica conmutada local (TPBCL), cuya pretensión era que el Regulador impusiera la servidumbre entre su red y la red de un operador de TPBCL y TPBCLE.

El operador de TPBCL solicitaba que se le brindara interconexión por el protocolo IP y que se declarara una servidumbre definitiva, pues ya tenía a su favor una servidumbre provisional⁶⁰¹; en consecuencia, se presentó discusión sobre las condiciones solicitadas.

En la servidumbre provisional este operador de TPBCL aceptó y se acogió a las condiciones que ofrecía el operador en su OBI, y luego, en la solicitud de servidumbre definitiva, requirió la interconexión de redes, en otras condiciones, exigiendo la interconexión de redes de nueva generación.

Lo anterior, es considerado por la CRC como falta de contenido en el proceso de negociación y manifiesta que los PRST deben agotar los requisitos de procedibilidad que en este caso no fueron observados, toda vez que, se solicitaron condiciones que no fueron tratadas en la etapa de negociación directa, en omisión de lo establecido por la Ley 1341 de 2009.

En particular, vale la pena destacar algunos de los temas sobre los cuales se pronunció la Comisión en esta resolución, por una parte respecto de su

⁶⁰⁰ Como en un breve proceso, se le da traslado a la parte sobre esta solicitud, así mismo, la CRC cita a audiencia de mediación, para dar oportunidad a las partes para que logren un acuerdo.

⁶⁰¹ Se aclara que la servidumbre provisional, no se vuelve definitiva por el paso del tiempo. El error del solicitante esta dado en no incluir el tema en la negociación directa, por ser un requisito indispensable.

competencia y, por otra, sobre la neutralidad tecnológica y el dimensionamiento.

Respecto de la competencia, la CRC manifestó que de conformidad con el numeral 10 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, ostenta la facultad para tramitar la solicitud de imposición de servidumbre presentada por un PRST, o imponerla de oficio.

El artículo 50 de la Ley 1341 de 2009 dispone que es obligación de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, permitir la interconexión de sus redes, y el acceso y uso de las instalaciones esenciales, a cualquier operador que lo solicite. Lo anterior, según las condiciones que indique la CRC, en ejercicio de sus competencias.

Esta actuación administrativa debería surtir el procedimiento especial de que trata la Ley 1341 de 2009, el cual se refiere en primera medida, al plazo de la negociación directa, luego, a la solicitud de iniciación de trámite administrativo de solución de controversias, de imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión, y de fijación de condiciones de acceso, uso e interconexión, acto seguido deben efectuarse las citaciones por parte del Director Ejecutivo de la CRC, dentro de los 3 días hábiles siguientes al recibo de la solicitud por parte de un PRST, y se debe correr traslado de la misma a la otra parte, quien cuenta con un plazo de 5 días hábiles para formular sus observaciones, presentar y solicitar pruebas y enviar su oferta final.

La siguiente etapa de este procedimiento es la fase de la mediación, cuyo objeto es brindar a las partes, ya con sus ofertas finales, la última oportunidad para que negocien la solución de sus diferencias, cuyo resultado es un acta que presta mérito ejecutivo. Posteriormente, se realiza la práctica de pruebas decretadas de oficio o a solicitud de parte, para finalizar con la decisión del

Ente Regulador, quien tendrá un plazo de 45 o de 90 días, según se trate de controversias de interconexión o de fijación de condiciones o imposición de servidumbre de interconexión, respectivamente⁶⁰².

Es relevante destacar la mención que hace la CRC sobre la neutralidad tecnológica como un principio a seguir, a propósito del argumento de la parte que solicitó la servidumbre, y es quien efectúa una petición específica sobre tecnología IP, a fin de lograr la convergencia tecnológica.

Sobre este aspecto, la Comisión hace énfasis en que no puede pronunciarse a favor o en contra de una tecnología, puesto que su decisión debe estar dirigida a cumplir normas técnicas y, en general, requisitos técnicos para que se logre el interfuncionamiento de redes e interoperabilidad de servicios.

Los PRST están en libertad de adoptar tecnologías, y pueden solucionar sus necesidades de transporte y de control, según sea el caso. Sin embargo, el Regulador debe tratar de mantenerse neutral, lo cual no obsta para que se ocupe de que las funcionalidades de la red se cumplan, pues los operadores saben cuáles son las condiciones y la tecnología que más les conviene⁶⁰³.

Por último, es importante destacar las tareas que la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014 - 2018 le otorgó a la CRC sobre el despliegue de la infraestructura de redes de comunicaciones.

Al respecto entregó a la Comisión la tarea de evaluar la efectiva incorporación de los elementos del código de buenas prácticas para el despliegue de la

⁶⁰² Los días son calendario contados desde el inicio de la actuación administrativa.

⁶⁰³ Se tomaron algunos aspectos de la Resolución CRC 3000 de 2011. La decisión final del regulador fue negar la petición de imposición de servidumbre. Partes: TECHNOLOGY AND SERVICE – ETB.

infraestructura de redes de comunicaciones en torno a los planes regionales de TIC.

Igualmente otorgó la facultad para declarar servidumbres sobre predios a solicitud de los PRST⁶⁰⁴, cuyo objetivo es facultar al Regulador para que a prevención pueda conocer y decidir a solicitud del operador sobre el paso por predios ajenos, ocupar temporalmente zonas, y en caso dado, remover obstáculos para garantizar la prestación de los servicios de comunicaciones.

Esta facultad de la CRC se suma a nuevas funciones que se le han ido otorgando por la Ley del Plan, como la definición de la senda de la banda ancha regulatoria, la intervención frente a las autoridades del orden territorial sobre los obstáculos que restrinjan, limiten o impidan el despliegue de infraestructura y el apoyo técnico que debe brindar al MINTIC para definir las características de los planes, montos de los subsidios, las condiciones de provisión de servicios, aplicaciones terminales, y los procedimientos para la verificación y control en la inversión de los recursos por parte de los operadores, en relación con el plan de expansión de las telecomunicaciones sociales y el mejoramiento de la calidad de los servicios TIC⁶⁰⁵.

Por otra parte, y para finalizar es necesario hacer mención del momento a partir del cual surten los efectos de la decisión del Ente Regulador:

⁶⁰⁴ Se trata del artículo 47 de la Ley 1753 de 2015, que adicionó el numeral 22 al artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, así: “22. Conocer y decidir a prevención respecto de las actuaciones administrativas de imposición de servidumbres sobre predios, a solicitud del Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, y en los términos de los artículos 56, 57 y del Capítulo III del Título VII de la Ley 142 de 1994. Lo anterior para garantizar la prestación de los servicios de telecomunicaciones y sin perjuicio de que el proveedor de redes y servicios pueda promover el proceso de imposición de servidumbre al que se refiere la Ley 56 de 1981. Para adelantar los procesos de servidumbre por acto administrativo la Comisión de Regulación de Comunicaciones seguirá lo dispuesto sobre este particular en el Capítulo II del Título II de la Ley 56 de 1981”.

⁶⁰⁵ Asimismo la ley del plan faculta a la CRC para que entorno a los planes regionales de TIC esta evalúe la efectiva incorporación de los elementos del código de buenas prácticas para el despliegue de la infraestructura de redes de comunicaciones.

Los pronunciamientos de la Comisión son actos administrativos, de carácter general o particular, y que en el caso de la solución de controversias entre los operadores, pueden surtir efectos en diferentes momentos. En la mayoría de los casos revisados, la CRC contempla que sus pronunciamientos surten efecto a partir de la fecha de radicación de la solicitud de solución de controversias ante esta Autoridad.

En las actuaciones cuyo objeto de controversia es el esquema de pago de los cargos de acceso, la Comisión contempla que los efectos operan a partir de la fecha en la cual fue radicada la solicitud ante esta entidad por parte del Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, pese a que, en ese caso, existiera una resolución de carácter general anterior, que ofrecía la opción al operador que paga los cargos de acceso de escoger la forma de remuneración de estos⁶⁰⁶.

Ahora bien, revisadas las resoluciones proferidas por el Regulador, se encontraron unos pocos casos en los cuales la decisión de la CRC, para el caso en concreto, tuvo efectos a partir de la ejecutoria del acto particular, y otros, en los cuales los efectos tuvieron lugar desde que entró a regir la resolución de carácter general⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ Los actos proferidos por la CRC cuando resuelve controversias, son actos resolutorios, y no agotan los *recursos administrativos*, por tratarse de pronunciamientos de la administración, que pueden ser objeto de recurso de reposición ante la misma Comisión. Ahora bien, los actos que expide la Comisión de fijación de condiciones provisionales de acceso, uso e interconexión y/o imposición de servidumbre provisional de acceso, uso e interconexión, no pueden ser objeto de recurso. Estos pronunciamientos, contienen únicamente la verificación de los requisitos de forma y procedibilidad, así como la orden perentoria de interconexión inmediata.

⁶⁰⁷ Solicitudes relacionadas con la temática de los cargos de acceso. Hay tesis contrarias, unos consideran que la resolución de carácter general tiene efectos inmediatos en los contratos que se encuentran vigentes, otros consideran que no es así y que sería violatorio de la autonomía de la voluntad y de la libertad negocial de las partes que suscriben un acuerdo.

En el caso de la remuneración de las instalaciones esenciales, la Comisión puede tomar decisiones en las cuales impone un mandato, una obligación de hacer, atada a unos plazos perentorios. Ejemplo de ello, es que la CRC exigió a los PRST ajustar los valores a cobrar por la remuneración de la instalación esencial, desde la entrada en vigencia de la resolución que establece la metodología para la definición de las condiciones de remuneración de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como la gestión operativa de reclamos, también exigió que tengan la oferta básica de interconexión aprobada, o pendiente de aprobación por la CRC, a más tardar el 15 de agosto de 2010⁶⁰⁸.

1.4 Incumplimiento del deber de Interconexión. Infracción de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones

Los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones en su actuar están expuestos a incurrir en infracciones al régimen legal, regulatorio y contractual, que trae como consecuencia la imposición de sanciones legales. Dentro del régimen previsto en el sector, el MINTIC es quien tiene la facultad sancionatoria principal, sin dejar de lado la función que le otorgó la ley a la Comisión quien tiene a cargo de manera particular el poder de sancionar a los PRST⁶⁰⁹ bajo una sola hipótesis, frente al deber de información.

La Ley 1341 de 2009 incluyó como infracciones, aquellas acciones que consideró violatorias del régimen del sector de las TIC, relacionadas con

⁶⁰⁸ En este caso la resolución general rige a partir de fecha de publicación en este caso 21 de julio de 2010, da una orden a los PRST y un periodo de transición.

⁶⁰⁹ La Ley 1341 de 2009, contempló que por las infracciones que se cometan, además del autor de las mismas, responderá el titular de la licencia o del permiso o autorización, por acción u omisión en relación con aquellas.

diferentes criterios como el secreto y la reserva, la forma como se prestan los servicios, la habilitación para prestarlos, el incumplimiento de obligaciones de dar o hacer en cuanto a información, contraprestaciones, deber de interconexión, así como cualquier práctica que afecte negativamente el medio ambiente, a los usuarios, el espectro electromagnético, las garantías de los demás proveedores y operadores, y la salud pública.

Dentro de las facultades del Regulador se encuentra la solicitud de información a los operadores, y en consecuencia, la obligación de estos de atender este deber. Al respecto, se observó que dentro del proceso de dirimir un conflicto, en algunos casos, esta autoridad administrativa impuso órdenes a los operadores cuando consideró que por ejemplo, se debían modificar los contratos de interconexión, o que les correspondía remitir a la Comisión documentos con las condiciones jurídicas, técnicas y económicas, como suele ocurrir cuando la Comisión revisa y aprueba la Oferta Básica de Interconexión⁶¹⁰.

De no cumplirse esta solicitud de información emitida por la CRC, como ya se había comentado, la Comisión tiene la facultad de imponer multas de hasta 250 SMLMV, por cada día que incurran en esta conducta. Esta sanción será tasada según la gravedad de la falta y la reincidencia en su comisión⁶¹¹.

Ahora bien, la Comisión frente al incumplimiento de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones en cuanto a la interconexión no tiene facultad sancionatoria. Los PRST pueden ser objeto de una investigación y sanciones por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las

⁶¹⁰ Oferta Básica de Interconexión (OBI): *Es el proyecto de negocio que un operador pone en conocimiento general y que contiene los elementos esenciales para la interconexión.* Resolución 575 de 2002.

⁶¹¹ Artículo 22 numeral 19 de la Ley 1341 de 2009. Esta es la única posibilidad que tiene la Comisión de imponer multas a los PRST directamente.

Comunicaciones (MINTIC) por el incumplimiento de una orden de interconexión que haya sido declarada en el acto administrativo de fijación de condiciones provisionales o definitivas de acceso, uso e interconexión, así como aquellos de imposición de servidumbre provisional o definitiva de acceso, uso e interconexión, con una sanción de multa diaria de hasta 500 SMMLV⁶¹².

Como parte de la tarea académica del grupo de investigadores del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones, se solicitó información al MINTIC sobre las investigaciones en curso por incumplimiento de normas de interconexión.

Como respuesta a la petición, la entidad remitió información de actuaciones sobre interconexión por servidumbre⁶¹³. Se trata de seis investigaciones, de las cuales cuatro responden a casos de servidumbre provisional y dos sobre servidumbre definitiva⁶¹⁴, en las cuales en la mayoría se elevan pliegos de cargos por incumplir la implementación de la interconexión.

⁶¹² Parágrafo del artículo 50 de la Ley 1341 de 2009. La multa se tasará según la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en la comisión, todo lo anterior sin perjuicio de las acciones judiciales que adelantarán las partes.

⁶¹³ Sobre el estado de la actuación a la fecha en la cual fue respondida la solicitud por parte del MINTIC, se encuentran 3 investigaciones en las cuales se elevan pliegos de cargos. Se trata de dos solicitudes de servidumbre definitiva de acceso, uso e interconexión y de una provisional. (Consulta realizada en el año 2014)

Para mayor ilustración se hace mención de un primer caso que corresponde a un operador de redes de TPBCL y TPBCLDI (NETUNO), y un operador de TMC (COMCEL), en el cual la Comisión profirió una resolución en la que ordena la imposición de servidumbre definitiva de acceso, uso e interconexión entre las redes. Luego viene la primera reunión del Comité Mixto de Interconexión y no se logra la firma del contrato, ni el cronograma de implementación, ni se estableció la modalidad de instrumento que se implementaría como garantía real. El MINTIC manifestó que se enviaron comunicaciones a los operadores solicitando información sobre la implementación de la servidumbre de interconexión impuesta. Se elevó pliego de cargos contra NETUNO. Para mayor información sobre la imposición de la servidumbre ver la Resolución CRC 3075 de 2011.

⁶¹⁴ Otro caso que llegó al MINTIC sobre el incumplimiento de la orden de servidumbre provisional de acceso, uso e interconexión, ordenada por la CRC entre los operadores de TPBCLD (INTERNATIONAL COMMUNICATIONS NETWORK) y de TPBCL (ETB), obedeció a la queja radicada por el operador de TPBCLD por el incumplimiento de la Resolución CRC 2216 de 2009 por

En ese caso conviene detenerse para analizar si los PRST que incumplen la normatividad, se sancionarían exclusivamente por contravención al artículo 50, con una multa de 500 SMMLV, o por el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

El artículo 50 sobre los principios del acceso, uso e interconexión contempla que se deben asegurar objetivos de trato no discriminatorio, cargo igual - acceso igual, transparencia, precios basados en costos más una utilidad razonable, promoción de la libre y leal competencia, no abuso de la posición dominante y garantía de que en el lugar y tiempo de la interconexión no se apliquen prácticas que generen impactos negativos en las redes, y además trae prevista la sanción en caso de no atender lo dispuesto. Sin embargo, el artículo 64 de la misma norma contempla, de manera general, que sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otras normas, constituyen infracciones específicas al ordenamiento, cualquier otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias, contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones, y la consecuencia sería aún más grave, pues el catálogo de sanciones además de ordenar la cesación inmediata de la conducta que sea contraria a las disposiciones previstas en la Ley, prevé la imposición de amonestación, multa, suspensión de la operación al público hasta por dos meses y, como última medida, la caducidad del contrato o cancelación de la licencia, autorización o permiso.

En caso de ser impuesta una multa, esta puede llegar a ser de un valor equivalente a 2.000 SMMLV. Ahora bien, con la expedición de la Ley del Plan

parte del otro operador. En este caso finalmente, se dictó un auto de archivo, por que las empresas suscribieron un contrato de interconexión.

de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, se modificó el tope de las multas hasta el equivalente de 15.000 SMMLV para personas jurídicas, según la Ley 1753 de 2015, manteniendo el tope de 2.000 SMMLV para las personas naturales⁶¹⁵.

2. Recurso de Reposición contra la decisión del Regulador. Un segundo paso

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagró que por regla general, contra los actos definitivos procederá el recurso de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque y el recurso de apelación, para que ante el inmediato superior administrativo o funcional se solicite de igual manera aclarar, modificar, adicionar o revocar⁶¹⁶.

En el caso concreto de las decisiones de la Comisión de Regulación de las Comunicaciones, la Ley 1341 de 2009 expresamente consagró como única posibilidad para modificar la decisión de esta autoridad el Recurso de Reposición. Este recurso corresponde a la posibilidad que tienen los operadores inconformes frente a la respuesta de la administración sobre la solución de sus conflictos. En general los PRST usualmente interponen el recurso contra la resolución proferida por el Regulador y en la mayoría de los casos este confirma su decisión.

A continuación el artículo 48 de la Ley 1341 de 2009:

⁶¹⁵ Es importante reflexionar sobre las decisiones que puede llegar a tomar el MINTIC teniendo en cuenta que la Ley 1341 de 2009 plantea unos criterios muy generales de tasación de la sanción que deja un margen de discrecionalidad que puede llegar a reflejarse en decisiones arbitrarias por parte de la administración.

⁶¹⁶ Artículo 74 de la Ley 1437 de 2011.

Recursos contra las decisiones que ponen fin a las actuaciones administrativas. Contra las decisiones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones que pongan fin a las actuaciones administrativas sólo cabe el recurso de reposición, que podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación, salvo respecto de lo dispuesto en el artículo 49 de la presente ley.

En la tarea de revisión de las resoluciones que resuelven controversias de la CRC, se evidencia que casi la mitad de los operadores proceden a interponer el recurso de reposición, y que en la mayoría de los casos, la autoridad se mantiene en sus decisiones proferidas inicialmente como ya se dijo, y que se refleja al hacer un barrido del año 2002 al 2013 como ejemplo de trescientas resoluciones revisadas cuyos asuntos estaban alrededor de cargos de acceso, instalaciones esenciales, competencia del regulador, ciento treinta y dos resoluciones fueron objeto de recurso de reposición por parte los operadores y en la mayoría de estas se negaron las pretensiones del recurrente⁶¹⁷.

3. Los actos administrativos de la Comisión frente a la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo. Un tercer paso

El pronunciamiento de la autoridad administrativa puede ser objeto de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por los medios de control, de nulidad simple o el de nulidad y restablecimiento del derecho.

⁶¹⁷ Para llevar a cabo este análisis, se revisaron los actos administrativos proferidos por la Comisión, por medio de los cuales dirime controversias, para lo cual se consultaron las resoluciones de la página de la CRC. La tarea de lectura, revisión y análisis, de las resoluciones en su mayoría fue llevada a cabo por el grupo de estudio del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia, del cual hace parte quien elabora este documento de tesis dentro de la línea de investigación en servicios públicos- telecomunicaciones. El documento académico se encuentra en construcción.

De esta manera, las actuaciones de la Comisión de Regulación están sujetas a este control en el cual, la labor del juez administrativo consiste en analizar y determinar que los actos administrativos no hayan infringido las normas en las que se fundó su decisión, que éstas decisiones no hayan sido expedidas por un funcionario incompetente, o que aunque fuesen competentes, no hayan violado el debido proceso. Sin embargo, el actuar del juez contencioso no se ha extendido a la solución de fondo de aquellos problemas y disputas entre las partes, sobre las cuales se pronunció el regulador, cuya actuación fue objeto de control, y que para el caso en concreto siguen generando una fricción y pueden terminar prolongándose en el tiempo.

De la mano de los temas que están alrededor de la resolución de conflictos, vale la pena mencionar que en la mayoría de los casos en que se cuestiona la legalidad del acto administrativo proferido por la CRC, y que se demanda en nulidad y restablecimiento del derecho, se vincula a la Nación-Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como parte demandada en conjunto con la Comisión de Regulación de Comunicaciones, toda vez que el Ente Regulador es una unidad administrativa especial sin personería jurídica adscrita al Ministerio TIC, lo cual significa que no tiene patrimonio propio y en caso de ser condenada como demandada única en restablecimiento del derecho no podría cumplir con la obligación.

No obstante, distintas han sido las decisiones del Consejo de Estado en la materia, en algunas ocasiones, ha prosperado la excepción según la cual se conformó de manera errónea el contradictorio, pues se debía demandar directamente a la CRC y en otras decisiones, ha considerado que era

obligatorio demandar al Ministerio de Comunicaciones, habida cuenta de que en virtud de la Ley 1341 de 2009⁶¹⁸⁶¹⁹, la Comisión no tiene personería jurídica.

En el primer evento descrito anteriormente, el Alto Tribunal ha decidido desvincular al Ministerio TIC del litigio con fundamento en que si bien la CRC no tiene personería jurídica, sí tiene capacidad procesal, y que ante una eventual condena posee patrimonio propio para su reconocimiento y pago⁶²⁰. A su turno, en el segundo evento, el Tribunal Administrativo manifestó que la CRT carecía de personería jurídica por ser una entidad adscrita al Ministerio de Comunicaciones y, por lo tanto, no tenía legitimación para actuar como parte demandada en el proceso⁶²¹.

En cuanto a las decisiones del Contencioso sobre la competencia de la Comisión para resolver conflictos, bajo la línea del control de legalidad del cual

⁶¹⁸ Para ilustrar se transcribe el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009: *Creación, naturaleza y objeto de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), de que trata la Ley 142 de 1994, se denominará Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, **sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.** La Comisión de Regulación de Comunicaciones es el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad. Para estos efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente ley.* (Negrillas fuera del texto original). Como antecedente, la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, creó las comisiones de regulación, como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio. En el caso de la CRT, nació adscrita al Ministerio de Comunicaciones. En el citado artículo no se hace mención sobre si la CRT tenía personería jurídica sin embargo, no la tenía y sigue siendo su actual condición.

⁶¹⁹ Ver los siguientes fallos en los cuales en uno se acepta la excepción de mala conformación del contradictorio y efectivamente se debió demandar solamente a la CRC, y en el otro, efectivamente la parte demandada y sobre la cual se pronuncia el tribunal es el Ministerio.

⁶²⁰ *Ibíd.* Fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 14 de julio de 2011. M.P. Claudia Elisabeth Lozzi Moreno.

⁶²¹ *Ibíd.* Fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 21 de mayo de 2009. M.P. Fredy Ibarra Martínez. Al respecto considero que la Comisión puede ser demandada de manera individual por tener patrimonio propio. Resolución 2242 de 2009 sobre el Reglamento Interno de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

pueden ser objeto sus actos administrativos, se incluyó información de procesos en los cuales se tomó como muestra el reporte del año 2014, donde estaba involucrada la Comisión de Regulación de Comunicaciones como demandada por medio de control de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, y reparación directa^{622 623}

Del total de los procesos judiciales en contra de la CRC, veinte (20) corresponden a la solicitud de declaración de nulidad y restablecimiento del derecho, uno a nulidad, y ocho a reparación directa.

En cuanto a los temas centrales de las demandas, se encuentran el valor de las pólizas de responsabilidad civil extracontractual asociadas a las licencias de LDI (1), dimensionamiento y cargos de acceso (5), cargos de acceso (13), falta de competencia de la CRC para dirimir conflictos en materia de acceso (1), *sender keeps all*⁶²⁴(3), reportes de información de la CRC sobre IPTV⁶²⁵ (1), cargos de acceso entre operadores móviles (1), desatención a la citación de audiencia de mediación (1), sanción por incumplimiento de reporte de

⁶²² Información obtenida por consulta de archivo en la página web de la entidad y por derecho de petición. Año 2014. www.crcm.gov.co.

Por su parte antes de la Ley 1437 de 2011 se denominaban como acciones. Consuelo Sarria afirmó: “*la doctrina del derecho contencioso administrativo, con un criterio más riguroso desde el punto de vista jurídico, en lugar de clasificar las acciones, ha afirmado que lo que se clasifica son las pretensiones procesales administrativas, que se hacen valer en ejercicio de la acción, a través de un proceso, que culmina con un pronunciamiento judicial en relación con la actividad administrativa*”. SARRIA, Consuelo. ¿Acciones o pretensiones, contencioso administrativas? *En*: Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. No 4. Págs. 77-108.

⁶²³ Vale la pena llamar la atención sobre los procesos judiciales contra la Comisión, de nulidad simple, y nulidad y restablecimiento, pues revisada la página de esta entidad, y los fallos, la CRC en la mayoría de los casos, no ha sido condenada a restablecer el derecho del demandante. En algunas sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se observa, por ejemplo, que en las consideraciones, de este Tribunal se manifiesta que la Comisión no es responsable de restablecer el derecho del demandante, ni es la persona jurídica, obligada al reintegro o devolución de los dineros reclamados por el demandante, pues no hizo parte de las transacciones, ni recibió, ni pago dinero relacionado con el conflicto entre las dos empresas prestadoras de los servicios de telecomunicaciones .

⁶²⁴ Sobre la definición de *sender keeps all*. *El que envía Cobra” (Sender Keeps All – S.K.A.) es el acuerdo más antiguo utilizado, donde la red que origina el tráfico que termina en otra, no realiza pago alguna a la red destino. Requiere, a fin de poder mantenerse, que las redes participantes intercambien patrones de tráfico balanceados.* Fuente: <http://www.aaep.org.ar/anales/works/works2007/bruno.pdf> Página web consultada el 3 de diciembre de 2014.

⁶²⁵ IPTV: Televisión por protocolo de internet. Fuente: <http://es.wikipedia.org/wiki/IPTV>

información (1), eliminación del cargo por transporte (1), y falta de competencia de la CRC para dirimir conflictos en materia de interconexión y garantías (1)⁶²⁶.

De esta forma, sobre falta de competencia de la CRC para dirimir conflictos se toma como ejemplo una sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la cual esta autoridad hace un análisis de los aspectos que consideró el demandante sobre la posible falta de competencia de la CRC para dirimir los conflictos en materia de cargos de acceso.

Para este propósito, se revisará el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca cuyo demandante es la ETB, en contra de ORBITEL, y en el cual se analiza la competencia de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para dirimir controversias entre operadores, por considerar que en esta decisión el Tribunal hizo un análisis de las competencias del regulador de manera expresa, que enmarca en los fines a cumplir por este organismo y que justificó su creación.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en las consideraciones de la sentencia que resolvió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho⁶²⁷ en contra de dos actos administrativos⁶²⁸ proferidos por la CRT, afirmó que la facultad de la CRT está enmarcada dentro de lo contemplado

⁶²⁶ Como ejemplo, a continuación, se relacionan los operadores que interpusieron las respectivas acciones mencionadas: ORBITEL, ETB, Empresa de Telecomunicaciones de Pereira, y TELECOM, Empresas Públicas de Medellín, UNITEL, ETELL, TELECOM, Comisión Nacional de Televisión, Telefónicas Móviles, EMCALI, EDATEL, UNE EPM, Colombia Telecomunicaciones, y Sistemas Satelitales de Colombia. De los fallos proferidos, 12 fueron apelados y se encuentra en el Consejo de Estado para decisión.

⁶²⁷ Se trata del fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera- Subsección B. Sentencia del 29 de enero de 2009. Exp: 250002324000200301005-01. M.P. Fredy Ibarra Martínez.

⁶²⁸ Resolución CRT 632 de 2003. Corresponde a la solicitud de ORBITEL ante la CRT para que intervenga frente a operadores de TPBCL, entre los cuales se encuentra ETB, para que se aplique lo establecido en la regulación sobre los cargos de acceso por capacidad. La CRT fijó el dimensionamiento y el cargo de acceso máximo por capacidad, a partir de la fecha de radicación de la solicitud del conflicto. La Resolución CRT 756 de 2003 resuelve el recurso de reposición interpuesto por la ETB contra la Resolución CRT 632 de 2003. Niega las pretensiones del recurrente.

por la Ley 142 de 1994, pues esta norma que rige los servicios públicos domiciliarios, le otorgó a la entidad reguladora (antes CRT) la competencia residual para resolver los conflictos que surjan entre empresas con ocasión de los contratos celebrados y que no corresponda resolver a otras autoridades.

Ahora bien, el Tribunal consideró que la órbita competencial de la CRT debería circunscribirse a las materias relacionadas con monopolios estatales en la prestación de servicios públicos, la promoción de la competencia entre quienes presten tales servicios, el abuso de la posición dominante y la producción de servicios de calidad, según el artículo 73 que consagra las funciones y facultades generales de las Comisiones de regulación⁶²⁹; de igual manera, hizo énfasis en que todas ellas eran funciones delegadas por el Presidente según el artículo 370 de la Constitución Política, y el artículo 68 de la Ley 142 de 1994.

Adicionalmente, el Tribunal manifestó que el artículo 37 del Decreto 1130 de 1999 le atribuyó funciones a la CRT, relacionadas con la competencia para dirimir conflictos sobre interconexión, a solicitud de parte, pero aclaró que estas funciones estaban condicionadas por las materias, mencionadas en el párrafo anterior.

Destacó el Tribunal que el conflicto nace a raíz de la expedición de la Resolución CRT 463 de 2001 y la aplicación de esta al contrato celebrado por las partes.

El Tribunal consideró que el Órgano Regulador no tenía competencia para dirimir el conflicto surgido entre las partes, pues su facultad está limitada a los aspectos dichos anteriormente: monopolios estatales, promoción de

⁶²⁹ Artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

competencia, posición dominante y su abuso y aspectos relacionados con la prestación de servicios públicos de calidad. Ahora bien, el Tribunal manifestó que así las partes pactaran dar competencia al Regulador para dirimir sus controversias, esta autoridad administrativa no podría asumir tareas que solo le pueden ser dadas por el constituyente o por la ley.

El Tribunal Administrativo para apoyar su decisión citó la Sentencia de tutela T-088 del 2004⁶³⁰ en la cual la Corte Constitucional confirmó que la CRT no tenía competencia para resolver conflictos de naturaleza contractual⁶³¹. Esta Corporación en esta oportunidad manifestó que se trataba de una controversia contractual en la cual el tema central del conflicto era la modificación del sistema de pago del servicio de interconexión⁶³², sobre el cual la CRT no tenía competencia para conocer de la actuación promovida por ORBITEL, pues en tratándose de una controversia contractual, una entidad administrativa no

⁶³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-088 de 5 de febrero de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶³¹ En resumen la Corte Constitucional confirmó la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fallo que había revocado la sentencia del Tribunal Administrativo del Meta, cuya decisión amparaba el derecho al debido proceso del operador ETELL, y había ordenado a la CRT que no continuara con la actuación administrativa de solución de controversias solicitada por ORBITEL. Para la Sala era claro que la controversia remitía a la pretensión de una de las partes de alterar una cláusula contractual, por la expedición de un acto administrativo proferido por la CRT. Esta Corporación sintetizó el asunto en dos controversias, una entre los dos operadores ETELL y ORBITEL por la modificación del sistema de pago, y la otra entre ETELL y la CRT por la actitud del Regulador ante lo solicitado por ORBITEL.

⁶³² Se transcriben a continuación apartes de las consideraciones de la Corte para mayor ilustración: *La Sala advierte que ETELL contaba y cuenta con serios elementos de juicio para promover esta controversia: Es discutible que una entidad que está llamada a cumplir funciones administrativas, se halle legitimada para avocar el conocimiento de una controversia contractual derivada de la pretensión de una de las partes de variar las cláusulas de un contrato con base en un acto administrativo proferido con posterioridad a la suscripción de aquél. Reflexiónese en esto: Si la regulación de los monopolios y la promoción de la competencia entre las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios comprendiera la solución de controversias contractuales, susceptibles de alterar las condiciones económicas de los contratos suscritos por aquellas; se impondría concluir que la solución de estas controversias es privativa de la administración y que está excluida de la rama judicial del poder público. No obstante, esto no es cierto pues razones de índole constitucional y legal desvirtúan esa connotación de las funciones de inspección y vigilancia que le asisten a la administración en ese ámbito y reafirman la competencia de la jurisdicción para asumir el conocimiento de controversias contractuales.*

podía asumir su conocimiento, toda vez que estaría ejerciendo funciones jurisdiccionales con las cuales no cuenta.

El Tribunal Administrativo concluyó que la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones asumió una competencia que no le correspondía, y que su actuación violó los artículos 6 y 29 de la Constitución Política, lo cual conllevó a desvirtuar la presunción de legalidad que acompaña a las resoluciones que fueron demandadas, y por ese motivo se declaró la nulidad de los dos actos administrativos⁶³³.

⁶³³ A la fecha de esta investigación, se interpuso recurso de apelación contra el fallo, el cual se encuentra en trámite ante el Consejo de Estado según radicado No 100502. C.P. María Claudia Rojas Lasso.

CONSIDERACION FINAL DE LA PRIMERA PARTE

En primer lugar, se plasmaron conceptos sobre la regulación como parte de la intervención del Estado y se desarrolló la estructura y antecedentes de la regulación del sector de las telecomunicaciones, con el fin de contextualizar el trabajo de investigación. Posteriormente, se abordó la organización del Órgano Regulador, las peculiaridades organizacionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en cuanto al elemento normativo, personal y financiero, además, de sus particularidades funcionales de carácter normativo, reglamentario y sancionatorio.

La Comisión tiene como función principal regular y supervisar este mercado liberalizado de las Telecomunicaciones, en el cual confluyen multiplicidad de actores, de relaciones y de conflictos, razón por la cual este organismo debe trabajar en diversas soluciones de carácter técnico, que pueden o no estar derivadas del desarrollo tecnológico, que se nutran de principios orientadores y que respeten la ley y no violen las normas constitucionales.

Así mismo, nos adentramos en la función de la Comisión de solución de controversias entre operadores de telecomunicaciones, mediante el análisis de las normas que la consagra, y los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

En el fallo del 2005, la Corte consideró que las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios tienen competencia para resolver los conflictos que surgen entre empresas por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas, y acerca de quién debe servir a usuarios específicos o en

qué regiones deben prestar sus servicios⁶³⁴. En este punto, reiteró que las funciones de resolución de conflictos están materialmente comprendidas en las de regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de las comisiones de regulación y que estas quedan dentro las tareas del Presidente de la República, en virtud del artículo 370 que le ordena hacer las políticas generales de administración y control de eficiencia de estos servicios.

Por otra parte, se refirió a la naturaleza de las decisiones que deben adoptar las comisiones de regulación en la solución de los conflictos, pues para esta Corporación no hay duda que tienen carácter de actos administrativos, y que la función de solucionar conflictos es de naturaleza administrativa.

Así mismo, el Alto Tribunal consideró que la atribución dada a la CRT, de resolver los conflictos que se presenten entre operadores para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio, no vulneran los principios de igualdad y del juez natural, y el derecho de acceso a la administración de justicia.

Respecto al fallo de la Corte sobre la función de dirimir controversias a cargo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, otorgada por la Ley 1341 de 2009⁶³⁵, se destaca que esta Corporación consideró que la autonomía de la voluntad privada puede ser limitada por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana.

⁶³⁴ La Corte Constitucional declara exequible la función a cargo de las comisiones de regulación de dirimir controversias, consagrada en los artículos 73.8, 73.9 y 74. 3 literal b), de la Ley 142 de 1994, según Sentencia C-1120 del 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁶³⁵ Ley 1341 de 2009, numeral 9 del artículo 22. Sentencia C-186 de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto. La Corte Constitucional declaró exequible, la expresión demandada del numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, que contempla: “Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones”.

La Corte afirmó que los poderes de intervención del Estado, en materia de servicios públicos, incluyen la facultad de restringir las libertades económicas de los particulares que llevan a cabo su prestación, con base en la libertad de configuración de Legislador en materia económica y especialmente cuando se trata de la regulación de los servicios públicos.

En cuanto a la naturaleza de los actos de la Comisión, se reiteró que la naturaleza de sus decisiones son de carácter administrativo, para lo cual citó la sentencia mencionada anteriormente, C-1120 de 2005, en la cual indicó que la facultad de resolver conflictos debe entenderse como una función de regulación y de intervención en la economía, que supone la expedición de actos administrativos pues no tiene naturaleza jurisdiccional.

Específicamente, la Corte se refirió a la autonomía de la voluntad, al derecho de acceso a la administración de justicia y a la justicia arbitral, y afirmó que la CRC continúa teniendo competencia para la resolución de controversias, incluso de oficio. Adicionalmente, afirmó que del mismo modo que la autonomía de la voluntad puede ser limitada en aras de proteger el interés general, el orden público o los derechos fundamentales, los acuerdos que celebren las personas para acudir al arbitramento como mecanismo de solución de controversias jurídicas están sometidos igualmente a tales restricciones⁶³⁶.

En conclusión, para la Corte Constitucional se deben salvaguardar los poderes de intervención que el Legislador asignó a la CRC, y es legítima la restricción de la autonomía de la voluntad privada en acuerdos para acudir a la justicia arbitral entre los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, quienes no pueden ni están facultados para obstaculizar el cumplimiento de

⁶³⁶ La Corte afirma que tales restricciones se pueden establecer por medio de una ley ordinaria.

las competencias del Órgano Regulador. Por lo anterior, la norma que otorgó la función a la Comisión para dirimir controversias, no impide que los operadores de telecomunicaciones celebren pactos compromisorios, solo excluye del escenario arbitral los asuntos de competencia del Regulador.

Por otra parte, se exploró el desarrollo de la función de dirimir conflictos de interconexión entre los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones por parte del Regulador. Se avanzó hacia las temáticas más comunes de las controversias relacionadas con la interconexión de redes, la temporalidad del conflicto, las partes que intervienen en la relación, y la Oferta Básica de Interconexión.

Como punto fundamental, en cuanto a la jurisprudencia constitucional, la Corte reconoció que la función de solución de controversias entre operadores, en cabeza de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, es una función de intervención del Estado con naturaleza administrativa que puede llegar a limitar el principio de autonomía de la voluntad privada de los particulares sujeta a límites establecidos por el Legislador.

Sobre los acuerdos entre particulares, como es el caso del contrato de interconexión, las partes prevén mecanismos de solución de controversias, y pueden acudir a la justicia arbitral, sin traspasar los efectos la facultad de intervención que el Legislador asigna a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, organismo que tiene a cargo el cumplimiento y la consecución de propósitos de protección del usuario y de promoción de la competencia.

La existencia de la función de solución de controversias en cabeza del Ente Regulador, con las demás potestades incluidas las reglamentarias, resultan acordes con la especialidad de un sector como el de las TIC. La

independencia, la autonomía y la neutralidad de la Comisión son presupuestos necesarios para el desempeño de una tarea oportuna, eficiente y eficaz en un sector cambiante, transversal a la economía, en el cual está de por medio la protección de intereses superiores del servicio público.

En resumen, en esta Primera Parte se brindó un acercamiento a la función de regulación en el ámbito de las telecomunicaciones en Colombia, por medio del análisis de conceptos generales, de la doctrina comparada y colombiana, los antecedentes históricos y su consagración legal, del cambio de modelo de gestión de las telecomunicaciones en Colombia y de la importancia de la categoría del servicio público. También se abordaron las facultades de la Comisión bajo la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, la consagración legal de las facultades con la ley de TIC (Ley 1341 de 2009), y las recientes recomendaciones de la OCDE.

Como tema central de esta investigación nos adentramos a la función de solución de controversias de la Comisión, en especial referidas a la relación de interconexión cuya temática principal está alrededor de su obligatoriedad, por una parte, y a su remuneración, por otra, donde los cargos de acceso se dan en un ámbito en pro de la competencia y orientados al bienestar social, como lo ha afirmado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en varias de sus Interpretaciones Prejudiciales.

Igualmente, se analizaron los principios orientadores de la Ley de TIC, y los principios de interconexión incluidos en esta misma norma, así como, los principios de la normatividad andina y del régimen expedido por la CRC.

Aunado a lo anterior, esta parte se refirió a los acuerdos de interconexión, a la Oferta Básica de Interconexión, y en general, a la doctrina sobre las facultades de resolución de controversias de telecomunicaciones, en la cual se observa

que más que una relación entre PRST, hay una relación triangular, en la cual no solo confluyen intereses de las partes, sino de manera predominante el interés general.

Para finalizar fue necesario realizar una aproximación al desarrollo de la función de solución de controversias entre operadores por parte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, sin dejar de lado las actuaciones de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sobre la competencia para resolver conflictos por parte del Regulador.

Este último aspecto, de gran interés para el devenir de la materia, pues de la mano del fallo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los fallos del Consejo de Estado, el panorama respecto de la facultad de dirimir conflictos entre operadores, específicamente durante la relación de interconexión, toma un rumbo incierto.

Por lo tanto, en la Segunda Parte de la Tesis se hará una aproximación a las múltiples decisiones que se profirieron en el sector, teniendo como base el marco normativo, jurisprudencial y doctrinario propuesto y analizado en esta Primera Parte de la investigación.

**SEGUNDA PARTE. DECISIONES EN EL MARCO DE LAS
CONTROVERSIAS ENTRE LOS OPERADORES DE REDES Y
SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES**

Las dudas y la incertidumbre acompañan a la función de dirimir las controversias que se presentan sobre los cargos de acceso entre los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones en el desarrollo del contrato de interconexión.

Actualmente, como se enunció desde el inicio de esta investigación, estamos ante un escenario ambiguo, confuso e impreciso que rodea la competencia para solucionar las controversias entre los operadores, cuyo ambiente litigioso parece no tener fin.

Por todo lo anterior, esta parte de la investigación se enfocará en exponer el panorama actual, para lo cual se toman como ejemplo aquellos casos concretos de conocimiento público, respecto de los cuales sabemos su fecha de inicio pero no cuándo serán resueltos de forma definitiva.

Para lograr este objetivo, se acude principalmente a los diferentes pronunciamientos que permiten esbozar un mapa que aún no termina de levantarse.

Esta parte de la investigación se divide en tres Capítulos:

El Primer Capítulo, se dedica a brindar una aproximación al estudio de caso del conflicto surgido entre dos operadores de telecomunicaciones⁶³⁷, uno de telefonía móvil celular y otro de larga distancia, quienes celebraron un contrato cuyo objeto era el acceso, uso e interconexión de las redes, el cual ha generado diferentes pronunciamientos desde el año 2004.

⁶³⁷ Comunicación Celular S.A (COMCEL S.A.) y Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB).

El Segundo Capítulo, se concentra en las decisiones de las Altas Cortes nacionales, unas referidas a la vigencia de una normativa proferida por la CRT en su momento sobre el esquema de remuneración de cargos de acceso, otras sobre los fallos del año 2012 proferidos por el Consejo de Estado acatando la decisión del Tribunal Andino, y por último sentencias de la Corte Constitucional sobre tutelas interpuestas por las partes por posible violación del debido proceso y la administración de justicia⁶³⁸, todos con efecto sobre la problemática objeto de estudio. Se trata de siete decisiones cuyo contenido da contexto al tema de análisis.

El Tercer Capítulo, se desarrolla teniendo como sustento los laudos arbitrales que se dieron con oportunidad del fallo del Consejo de Estado, luego de la decisión del Tribunal Andino contra Colombia en 2011, y las respectivas interpretaciones prejudiciales obligatorias que debieron surtirse en cada proceso y el análisis de esas decisiones del Tribunal Andino de Justicia, en cuanto a la aplicación de las normas andinas sobre interconexión y las normas procesales relacionadas con la Interpretación Prejudicial. En total se analizan siete laudos arbitrales proferidos desde el 2014 y las correspondientes interpretaciones prejudiciales, sumados a otros pronunciamientos del TJCA sobre el tema. Así mismo, como consecuencia de las decisiones proferidas se incluyen tres pronunciamientos recientes del Consejo de Estado sobre recursos de anulación interpuestos respecto de los laudos mencionados.

En resumen, se procede a hacer recorrer un camino a partir de los pronunciamientos del Regulador, de los Tribunales Arbitrales, de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de las sentencias del Consejo de Estado y decisiones de la Corte Constitucional,

⁶³⁸ La Corte Constitucional, ha hecho pronunciamientos a propósito de tutelas interpuestas por operadores, que fueron parte de un conflicto de interconexión, y quienes consideraron que sus derechos fundamentales al debido proceso y a la administración de justicia habían sido vulnerados.

pues en ellos se reflexionó sobre la facultad del Regulador para resolver conflictos a propósito de la regulación nacional, de la normatividad andina y del contrato.

CAPITULO PRIMERO. ESTUDIO DE CASO. APROXIMACIÓN AL CONFLICTO ENTRE UN OPERADOR DE TELEFONÍA MÓVIL CELULAR Y UN OPERADOR DE LARGA DISTANCIA SOBRE CARGOS DE ACCESO. CONTRATO DE INTERCONEXIÓN DE 1998

En este punto se encontrarán las principales decisiones de carácter administrativo y jurisdiccional que ilustran el estudio de caso propuesto desde el contrato, las decisiones del regulador, el laudo arbitral, el recurso de anulación y dos salvamentos de voto.

Se trata del caso COMCEL – ETB, que inicia con un contrato de interconexión, una decisión del Regulador en el 2004, la conformación de Tribunal Arbitral y la decisión sobre un Recurso extraordinario de Anulación en el 2008.

Como abrebocha se anticipa que en el año 2012 el Consejo de Estado anuló el laudo y dejó sin efecto su propia decisión sobre el recurso de anulación y ordenó iniciar de nuevo el trámite arbitral, con la obligación de llevar a cabo la consulta prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).

El conflicto entre COMCEL y ETB nació a raíz de la expedición, posterior a la celebración del contrato entre los operadores, de una resolución de carácter general sobre cargos de acceso, que reguló y fijó los valores para remunerar el uso de las redes de TMC y PCS por el tráfico de larga distancia internacional entrante.

Como antecedente, para la época en que se firmó el contrato entre las partes, el Regulador no había fijado ningún valor de cargo de acceso para las llamadas de TPBCLDI entrantes a las redes de TMC o PCS, y por ese motivo COMCEL y ETB procedieron a acordar dichos valores en su acuerdo de interconexión.

Por tratarse de un caso que aún no termina, y dentro del cual existen diferentes pronunciamientos de naturaleza administrativa y jurisdiccional, así como diversas opiniones, con la finalidad de conocer el detalle, se considera necesario analizar las múltiples decisiones que lo rodean, e identificar elementos que nos permitan reflexionar sobre la función de resolver controversias por parte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en los siguientes Capítulos.

Dicha unidad administrativa especial, profirió decisiones de naturaleza administrativa que generaron interrogantes frente a la función que la normativa comunitaria le confía como autoridad de telecomunicaciones **para resolver cualquier controversia** que surja durante la ejecución de la interconexión.

Por lo anterior, se procede a hacer un recorrido a partir de los pronunciamientos del Regulador, para después abordar el laudo arbitral, y por último el recurso de anulación.

Al respecto, se tratarán los aspectos más relevantes relacionados con la solución de controversias cuando las decisiones del Regulador que resuelven conflictos son demandadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se hace un análisis de los aspectos más discutidos cuando los conflictos entre operadores se ponen en conocimiento de un Tribunal de Arbitramento y hay un pronunciamiento previo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

1. Contrato de Acceso, Uso e Interconexión de noviembre de 1998 celebrado entre COMCEL⁶³⁹ y ETB⁶⁴⁰.

En 1998, COMCEL y ETB celebraron un contrato de interconexión en virtud del cual se estableció el régimen que regularía las relaciones entre las partes del mismo, y las condiciones técnicas, financieras, comerciales, operativas y jurídicas originadas en el acceso, uso e interconexión directa de la red de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia (TPBCLD) de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá E.S.P. (ETB), con la red de Telefonía Móvil Celular (TMC) de Comunicaciones Celular S.A (COMCEL)⁶⁴¹.

⁶³⁹ Sobre COMUNICACIÓN CELULAR S.A (COMCEL S.A.): Nace en 1992 como una empresa mixta con participación de ETB de un 57,85 % y de TELECOM del 21.36%. En una segunda fase ingresó como accionista la canadiense BCE Telecom International INC del Canadá. ETB quedó entonces con el 31.61 por ciento y TELECOM redujo su participación al 14.63 por ciento. Posteriormente, ETB tenía el 13,7 % en COMCEL, y fue vendido en el 2002. TELECOM poseía el 4.3% de COMCEL. En 1994 inicia la prestación del servicio de celulares en Colombia, para el efecto se dividió el territorio Colombiano en tres zonas de operación del servicio, Bogotá y la región oriental, ; Medellín, Cali y el occidente, y por otra parte la Costa Atlántica. Para la prestación del servicio se establecieron dos segmentos de espectro radioeléctrico así, para las empresas privadas se les adjudicó la banda B, y para las mixtas la banda A. Para 1994 estas fueron los operadores escogidos: En la región oriental, CELUMOVIL - banda B, COMCEL - banda A. En la zona occidental, COCELCO - banda B, OCCCEL - banda A. En la costa atlántica, CELUMOVIL – banda B, y CELCARIBE en la banda A. En 1998 COMCEL compró a OCCCEL y en el 2002 adquirió a CELCARIBE. Esta empresa era de propiedad de Millicom Internacional Cellular. (Millicom hoy dueña del 50% de TIGOCOLOMBIA (ETB y UNE tienen 25% cada una). Hoy COMCEL presta el servicio de telefonía móvil celular de cubrimiento nacional. Desde el 2012, Comcel opera con la marca Claro Soluciones móviles.

⁶⁴⁰ Sobre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ, E.S.P, S.A. (ETB): Inicia actividades en 1884, actualmente cuenta aproximadamente con dos millones de líneas de telefonía. Así mismo es la primera por número de suscriptores de Internet de banda ancha. Desde 1997 ETB es una empresa comercial por acciones, a partir de 1998 cuenta con licencia para operar el servicio de larga distancia nacional e internacional. En el 2003, el Ministerio de Comunicaciones le otorgó a ETB, en conjunto con EPM, la licencia de PCS, lo que le dio la posibilidad de ingresar al mercado de los móviles. En el 2003, ETB se abre a capitales privados mediante la emisión de acciones, el Distrito Capital de Bogotá tiene el 88.4% de sus acciones, y el resto los privados.

⁶⁴¹ Las denominación de los servicios como TPBC, TPBCLD, TMC, son categorías que se encontraban vigentes para la época y que obedecían a la clasificación de servicios del Decreto –Ley 1900 de 1990 y a la Ley 142 de 1994, normas que hoy no rigen al sector de TIC. Sin embargo vale la pena destacar que se viene creando una postura en cuanto a que la Ley 1341 de 2009 no derogó la clasificación de servicios, para efectos de involucrar algunos servicios, con la categoría de servicios de telecomunicaciones, y regularlos. Por ejemplo telebanca. Tema sobre la mesa: marzo de 2017.

Para la época, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT, hoy CRC), expidió un acto administrativo de carácter general, la Resolución CRT 463 del 27 de diciembre de 2001, por medio de la cual modificó el Título IV y el Título V de la Resolución 087 de 1997 y dictó otras disposiciones, específicamente estableció que, a partir del 1 de enero de 2002, los operadores telefónicos tenían la obligación de ofrecer por lo menos dos opciones de cargos de acceso a los operadores que les demandaran la interconexión, como posibilidad de remuneración por el tiempo correspondiente al uso de las redes tanto en sentido entrante como saliente, la remuneración sería entonces por minuto o por capacidad, y su valor contemplaría el arrendamiento mensual de enlaces.

El artículo 5 de la Resolución CRT 463, contempló que los operadores de TMC y TPBCLD, que así lo desearan, podrían mantener las condiciones y valores vigentes en las interconexiones existentes a la fecha de expedición de esta resolución, o podrían acogerse en su totalidad a las condiciones previstas en dicha resolución para todas sus interconexiones, es decir, esta resolución fijó formas de remuneración a las que debían someterse los operadores para pagar sus cargos de acceso y de interconexión, y señaló que los acuerdos podían mantenerse o ajustarse.

Ahora bien, es importante destacar que el Órgano Regulador expidió la Resolución CRT 463 en desarrollo de sus facultades para promover la competencia en la prestación de servicios de telecomunicaciones, a propósito de las funciones otorgadas por la normatividad vigente para la época, la Ley 142 de 1994, el Decreto 1130 de 1999 y la Ley 555 de 2000.

En primer lugar, la Ley 142 de 1994, en sus artículos 73.22 y 74.3, dispuso:

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

(...)

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

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

74.3. De la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones: (...)

c) Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del estado; así mismo, fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta Ley.

Por su parte, la Ley 555 de 2000, en sus artículos 14 y 15, estableció:

Artículo 14. Régimen de Interconexión, Acceso y Uso. Todos los operadores de telecomunicaciones deberán permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro operador de telecomunicaciones que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, para asegurar los siguientes objetivos:

- a) Trato no discriminatorio;*
- b) Transparencia;*
- c) Precios basados en costos más una utilidad razonable;*
- d) Promoción de la libre y leal competencia.*

PARÁGRAFO. Las contravenciones a lo dispuesto en este artículo serán sancionadas por el Ministro de Comunicaciones, sin perjuicio de las competencias legales asignadas a otras autoridades.

Las sanciones consistirán en multas diarias hasta por 250 salarios mínimos legales mensuales, por cada día en que incurra en la infracción y por cada infracción, según la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión, sin perjuicio de las acciones judiciales que adelanten las partes.

Artículo 15. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. La CRT será el organismo competente para promover y regular la competencia entre los operadores de los Servicios de Comunicación Personal, PCS, entre sí y con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, fijar el régimen tarifario, regular el régimen de interconexión, ordenar servidumbres en los casos que sea necesario, expedir el régimen de protección al usuario y dirimir en vía administrativa los conflictos que se presenten entre los operadores de PCS, o entre estos y otros operadores de servicios de telecomunicaciones.

La CRT expedirá las normas que regulan la interconexión teniendo en cuenta los principios de neutralidad y acceso igual-cargo igual.

Finalmente, el Decreto 1130 de 1999 señaló en el artículo 37, numerales 3 y 7:

Artículo 37. Funciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Las siguientes funciones conferidas a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2167 de 1992, o atribuidas al Ministerio de Comunicaciones por normas anteriores al presente Decreto, serán ejercidas por dicha Comisión:

(...)

3. Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia; el régimen tarifario; el régimen de interconexión; el régimen de protección al usuario; los parámetros de calidad de los servicios; criterios de eficiencia e indicadores de control de resultados; y las inherentes a la resolución de conflictos entre operadores y comercializadores de redes y servicios.

(...)

7. Regular los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión de redes y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la

efectividad de interconexiones y conexiones, así como con la imposición de servidumbres de interconexión o de acceso y uso de tales bienes, respecto de aquellos servicios que la Comisión determine.

El Decreto 1130 de 1999, sumado a la Ley de PCS, permitió unificar el régimen de servicios de telecomunicaciones en su momento, pues la Ley 142 de 1994 otorgó facultades a la Comisión sobre los servicios de TPBC y TPBCLD, sin embargo, estas normas establecieron la obligación de interconexión para todos los operadores. Además se otorgaron expresamente a la Comisión las facultades de expedir el régimen de interconexión y de dirimir conflictos sobre asuntos de interconexión que se presentaran entre los operadores de servicios de telecomunicaciones.

Todo lo anterior, para destacar que en el régimen de interconexión, los cargos de acceso⁶⁴², son una parte significativa del esquema de negocio, de la estructura de costos de los operadores y de las tarifas que pagaban los usuarios finales de los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Nacional e Internacional, Telefonía Pública Básica Local Extendida, Telefonía Móvil Celular y de los Servicios de Comunicación Personal (TPBCLDN, TPBCLDNI, TPBCLE, TMC y PCS)⁶⁴³.

Luego de esta referencia sobre la normatividad posterior a la Ley de Servicios Públicos que reforzó la competencia de la Comisión, en el caso en particular, ETB como operador de TPBCLD en relaciones de interconexión con otros operadores⁶⁴⁴, se acogió a la posibilidad que planteaba la resolución de

⁶⁴² Es el peaje pagado a los operadores, por parte de otros operadores, por concepto de la utilización de sus redes, medido en términos de unidades de tiempo o cualquier otro concepto que resulte apropiado para tal efecto. Cargo de acceso y uso de las redes. (R. 087-97). Según Glosario de la página web de la CRC. <http://www.siust.gov.co/siust/htm/glosario.htm>

⁶⁴³ Categorías de servicios vigentes para la época, antes de la expedición de la Ley 1341 de 2009.

⁶⁴⁴ La ETB optó por la alternativa de cargos de acceso por capacidad en la relación de interconexión con algunos operadores de telefonía pública básica conmutada, como EMCALI, EMTELSA, ETG,

escoger la modalidad para remunerar los cargos de acceso, por tiempo o por capacidad. Por su parte, COMCEL consideró que la expedición de esta norma generaba de manera automática, un cambio en el esquema de remuneración que tenía en la relación contractual con ETB.

No obstante, ETB se negó a la solicitud de COMCEL de ajustar los valores que venía pagando por concepto de cargos de acceso a la red de TMC de COMCEL. Por esta razón, COMCEL solicitó la intervención de la CRT para dirimir el conflicto surgido con ETB a raíz de la negativa de esta de acogerse a un nuevo esquema de remuneración de cargos de acceso por el tráfico de larga distancia internacional entrante hacia la red de TMC.

Sin embargo, el conflicto no fue resuelto de fondo por la Comisión por carecer de legitimidad para decir el derecho sustancial, según la Resolución CRT 980 de 2 de abril de 2004 y la Resolución CRT 1038 de 9 de julio de 2004, en respuesta al recurso de reposición interpuesto. Las decisiones de la Comisión fueron inhibitorias, las cuales se analizarán a continuación.⁶⁴⁵

TELEPALMIRA, UNITEL TELESANTAMARTA, y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES (TELEARMENIA, TELESANTAROSA Y TELETULUA)

⁶⁴⁵ Para mayor ilustración: Son tres contratos celebrados entre COMCEL y ETB. COMCEL solicitó la intervención del regulador para resolver las controversias. A continuación, se relacionan las resoluciones proferidas por el órgano regulador. CRT 980 de 2004. Resolución CRT 1038 de 2004, que resuelve el recurso de reposición interpuesto por COMCEL contra la Resolución CRT 980 de 2004. Resolución CRT 981 de 2004 (CELCARIBE-ETB) esta resolución al igual que la decisión del regulador en la Resolución CRT 980 de 2004 afirmar que niegan las pretensiones el CELCARIBE por carecer de legitimidad para ejercer el derecho consagrado en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001. Resolución CRT 1036 de 2004 que resuelve el recurso de reposición interpuesto por CELCARIBE contra la Resolución CRT 981 de 2004, de igual manera, ratifica lo dicho en la resolución anterior y le reitera a CELCARIBE que los cargos de acceso incluyen los cargos de dispersión locales y nacionales para los servicios de TMC y de PCS, independiente del nodo donde se realice la interconexión. Lo anterior, ante la solicitud de CELCARIBE que la ETB le pagara cargos por dispersión. Resolución CRT 1148 de 2005. Resolución CRT 1193 de 2005, que resuelve el recurso de reposición interpuesto por COMCEL contra la Resolución 1148 de 2005. Tener presente que COMCEL adquirió a OCCEL en 1998 y a CELCARIBE en el año 2002

2. Decisión del Órgano Regulador

A continuación, de manera sucinta, se hace una aproximación al conocimiento y resolución del conflicto en sede administrativa, que se plasmó en dos decisiones, así:

2.1 Sobre la Resolución CRT 980 de 2 de abril de 2004

El 5 de agosto de 2003, COMCEL solicitó a la CRT su intervención para efectos de dirimir el conflicto surgido entre ésta y ETB, en relación con el cargo de acceso que ETB debía reconocer a COMCEL por el tráfico de larga distancia internacional entrante hacia la red de TMC de COMCEL.

Específicamente, COMCEL solicitó la realización de un reajuste a la liquidación de los cargos de acceso, desde el 1 de enero de 2002 a la fecha, según los valores definidos en el numeral 3 del artículo 4.2.2.19 de las Resoluciones CRT 463 de 27 de diciembre de 2001 y CRT 489 de 12 de abril de 2002, por medio de la cual se expidió el Régimen General de Protección a los Suscriptores y Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y se compilaron los Títulos I, IV, V, VII de la Resolución CRT 087 de 1997, que reguló en forma integral los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC) en Colombia.

Adicionalmente, COMCEL, con el fin de agotar las instancias de arreglo directo, solicitó la realización de un Comité Mixto de Interconexión (CMI) que se llevó a cabo el 4 de febrero de 2003, donde ETB manifestó que a la fecha no se había acogido a ninguna modalidad establecida en la Resolución CRT 489 de 2002.

Por su parte, ETB, a través de una comunicación enviada a la CRT el 2 de octubre de 2003, manifestó que el Órgano Regulador no debía conocer de esta actuación administrativa que estaba iniciando su curso, pues consideró que la CRT no tenía competencia para hacer cumplir una norma jurídica, excepción que interpuso y sobre la cual consideró que debía el Ente Regulador pronunciarse⁶⁴⁶. En suma, ETB se negó a la actualización de su esquema de remuneración de los cargos de acceso.

En este sentido, la Comisión decidió abstenerse de decidir de fondo sobre la solicitud formulada por COMCEL y argumentó que carecía de competencia para hacer cumplir una norma jurídica, manifestando que esta función le correspondía a los órganos de vigilancia y control.

La Comisión consideró que la controversia versaba sobre los inconvenientes generados entre las partes, por la determinación del operador que tiene derecho a elegir alguna de las opciones del artículo 5 de la Resolución 463 de 2001.

Adicionalmente, la CRT procedió a explicar el alcance e implicaciones de la Resolución 463: El operador telefónico al que se le demande interconexión,

⁶⁴⁶ La Comisión fundó su decisión en dos artículos del Código Contencioso Administrativo (CCA), artículo 35 y 59. Artículo 35. Adopción de Decisiones. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> <Aparte subrayado condicionalmente EXEQUIBLE> Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares. Artículo original antes de la reforma de la Ley 1437 de 2011.

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite. Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay, hoy *recursos administrativos*. Las notificaciones se harán conforme lo dispone el Capítulo X de este título.

Artículo 59. Contenido de la Decisión. Concluido el término para practicar pruebas, si lo hubiere, deberá proferirse la decisión definitiva. Esta se motivará con los aspectos de hecho y de derecho que fueren pertinentes.

según la Resolución CRT 463 de 2001 en su artículo 4.2.2.19, debe ofrecer dos opciones de cargos de acceso, por uso (minutos) o por capacidad, de igual manera, consagró para los operadores de TPBCLD y TMC el derecho a elegir entre quedarse con las condiciones vigentes o acogerse en su totalidad a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19.

Es el operador que accede a la interconexión el que tiene el derecho a escoger una de las dos opciones ofrecidas. En este caso, era ETB el operador de TPBCLD que demandaba la interconexión, es decir, era el operador interconectado⁶⁴⁷, y por tanto, era el legitimado para ejercer el derecho contemplado en la norma sustancial.

En concreto, la CRT consideró:

(...)

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que quien ofrece la interconexión para la terminación de las llamadas de TPBCLDI ostenta un monopolio de red, por cuanto los operadores que pretenden terminar llamadas en los abonados de dicha red, no tiene una opción diferente que el acceso a la misma. (Cita de pie de página: Para el acceso a las redes móviles, esto se confirma si se tiene en cuenta que la gran mayoría de los usuarios utilizan para sus llamadas móviles los servicios de un solo operador.) Dichos monopolios representan fallas de mercado (Cita de pie de página: Los resultados de los mercados en competencia, son los óptimos en términos sociales: La teoría económica muestra que el excedente social (tanto de consumidores como de productores) generado por el intercambio de mercados competidos, es el máximo posible. En este sentido, los mercados competidos llevan a una asignación de recursos deseable en términos sociales) que permiten a quien los ejerce, fijar unilateralmente ciertas condiciones, como son entre otras los precios o la calidad del servicio que se presta, fallas estas que justifican la intervención de ese mercado en búsqueda del interés general y con el objetivo de replicar las condiciones que existirían si en ellos hubiera competencia.

⁶⁴⁷ Operador solicitante. (R. 087-97) Es el operador que presta, o se alista a prestar, un servicio de telecomunicaciones y para tal efecto solicita, por derecho propio, interconexión con otra red, en los términos y condiciones establecidos en la Ley y en la Resolución. Se le puede llamar solicitante o interconectado. Operador interconectante. (R. 087-97) Es el operador al cual se le solicita y provee interconexión. Fuente: Glosario Pagina web de la CRC. <http://www.crcm.gov.co/?idcategoria=41437>

(Cita de pie de página: En este sentido se ha pronunciado la Ho. Corte Constitucional en Sentencia C-150/03. Expediente D – 4194.

2.2 Sobre la Resolución CRT 1038 de 9 de julio de 2004

COMCEL interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución CRT 980 de 2004, que niega las pretensiones y que finalmente la Comisión reconfirma.

En particular, COMCEL tenía una pretensión inicial que tuvo como propósito que la interconexión existente con ETB fuera remunerada bajo la opción de cargos de acceso establecida en la regulación vigente con la expedición de la Resolución CRT 463 de 2001. Al respecto, la CRT consideró que en la medida que COMCEL no era el titular del derecho a elegir el esquema de remuneración, dicho operador no era el llamado a generar los efectos definidos en la regulación a través de una solicitud de solución de conflictos.

COMCEL, en el recurso de reposición quiso ajustar la pretensión para que la CRT modificara la parte resolutive de la Resolución 980 de 2004, y definiera la regulación aplicable para el pago y la remuneración de los cargos de acceso en la relación de interconexión que tenía con ETB, aspecto que no fue tomado en cuenta por la Comisión por no haberse incluido en la pretensión, y por no haber sido debatido a lo largo de la actuación administrativa⁶⁴⁸.

⁶⁴⁸ Como ejemplo se trae a colación un conflicto entre estas mismas partes, resuelto por la Comisión en la Resolución CRT 1148 de 2005 y Resolución CRT 1193 de 2005, en el cual se declaró la obligación de COMCEL y ETB de implementar la opción de cargos de acceso por capacidad, como mecanismo de remuneración de la interconexión que existía entre ellos, a partir de la fecha en la cual fue presentada ante la Comisión la solicitud de solución de la controversia. Lo anterior, teniendo en cuenta que la solicitud de COMCEL ante la CRT de solucionar un conflicto de interconexión con la ETB estaba alrededor de que este operador le ofreciera y otorgara la opción de cargos de acceso máximos por capacidad del artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 575 de 2002, para la interconexión existente entre la red de telefonía móvil celular de COMCEL y la red de telefonía pública básica conmutada local de la ETB.

La regla general es que quien paga el cargo de acceso escoge la modalidad de remuneración, que en este caso es COMCEL, por ello, este operador en esta interconexión tenía la facultad para escoger la

En este punto vale la pena analizar el comportamiento de los operadores en conflicto, que se ampararon en una lógica relacionada directamente con los recursos económicos bajo argumentos ligados a una normativa general que rige a los contratos entre partes, y por otra parte de aplicación particular de la regulación a un sector específico; actitudes dentro de una actividad que las partes no lograron prever a largo plazo y que en sumas y restas, sin duda disminuyó el excedente proyectado por cada uno, y que junto a la decisión de la Comisión se constituyeron en la semilla de una cadena de peticiones y actuaciones en diferentes niveles.

3. Solución del conflicto en sede de Tribunal de Arbitramento

Por lo anterior, COMCEL convocó un Tribunal de Arbitramento cuya demandada era la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB), el cual mediante Laudo Arbitral del 15 de diciembre de 2006 resolvió condenar a ETB.

La decisión del Tribunal declaró que ETB debía pagar a COMCEL por concepto de cargos de acceso, los valores establecidos bajo la opción 1 (cargo de acceso por minuto) según las Resoluciones CRT 463 de 2001 y 489 de 2002. Así mismo, determinó que debía pagar la diferencia entre lo cancelado y lo que ha debido pagar por cargos de acceso por el uso de la red de COMCEL para la terminación de llamadas de LDI. Por su parte, la Convocada alegó sin éxito la falta de jurisdicción y competencia, la derogatoria del Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997 y la consecuente imposibilidad de aplicar un acto administrativo derogado, el cumplimiento del artículo 4.2.2.19 del Título IV de

modalidad de la remuneración de los cargos de acceso, habida cuenta de que, según la Resolución CRT 463 de 2001, en los contratos de interconexión entre un operador de TMC y un operador de TPBCL, los cargos de acceso eran remunerados por el operador de TMC, pues al operador de TPBCL no le correspondía remunerar la red del operador de telefonía móvil celular.

la Resolución CRT 087 de 1997 y del artículo 5º de la Resolución CRT 463, y la aplicación del artículo 1602 del Código Civil, referente a la falta de legitimación de la convocante para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5º de la Resolución 463 CRT de 2001⁶⁴⁹.

En resumen, los problemas jurídicos se referían a la vigencia de la Resolución CRT 463 de 2001, a la forma de remuneración de los cargos de acceso, a la posibilidad de escogencia como un acto unilateral del operador que se interconecta y al principio de integralidad, cuyo objetivo, era la aplicación de la Resolución CRT 463 de 2001, no de manera selectiva, sino general e integral. Así mismo, trataron el papel del operador interconectante sobre el deber de ofrecer las posibilidades de remuneración de los cargos de acceso al interconectado, y también la limitación a la libertad negocial por la aplicación de normas que regulan el sector.

4. Sobre el recurso extraordinario de anulación⁶⁵⁰

ETB interpuso recurso de anulación contra el laudo respectivo, situación que se repitió teniendo en cuenta que entre las mismas partes se dieron los mismos conflictos y recursos.

⁶⁴⁹ Con el fin de conocer en detalle las consideraciones del Tribunal se transcriben apartes de las fichas de análisis que son parte de una publicación del 2012, que compiló los principales laudos del sector de las telecomunicaciones. Los problemas jurídicos planteados corresponden a la labor de análisis del grupo de investigación que llevó a cabo la publicación, y para mayor ilustración se plasmaron literalmente, en el Anexo No 1 de esta investigación. Para mayor información consultar la siguiente publicación: GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. «Laudos sobre Contrato de Interconexión.» En Análisis de Laudos Arbitrales en Derecho de las Telecomunicaciones, de Edgar González López (Director) Luz Mónica Herrera (Coordinadora). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. Págs. 278 - 289.

⁶⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de Marzo de 2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. No: 11001-03-26-000-2007-00010-01(33645). Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. ESP. Demandado: COMUNICACION CELULAR S.A. COMCEL

Se trata de los siguientes Laudos Arbitrales proferidos en razón de las controversias entre COMCEL – ETB, OCCEL – ETB y CELCARIBE – ETB, todos del 15 de diciembre de 2006⁶⁵¹.

Respecto de cada laudo se interpusieron los recursos de anulación ante el Consejo de Estado que se relacionan a continuación: COMCEL-ETB, fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de marzo de 2008, Rad. No. 2007-00010-00 (33.645)⁶⁵²; OCCEL-ETB, fallo del Consejo de

⁶⁵¹ Para mayor ilustración se resumen a continuación las posiciones de la parte convocante (COMCEL) y de la convocada (ETB), así: La convocante) considera que son causa de su solicitud los siguientes hechos: Primero el haber celebrado un contrato con ETB de interconexión, que permitiría cursar tráfico de larga distancia internacional, tanto en sentido entrante como saliente. Que para la época de celebración del contrato, la CRT no había fijado los valores de los cargos de acceso que los operadores de TPBCLDI debían pagar a los operadores de TMC razón por la cual acordaron que la ETB como operador de TBCLD cancelaría a COMCEL por dicho concepto un valor similar al que pagaban los operadores de LDI por el tráfico entrante a las redes de TPBCL.

Este contrato se celebró en 1998, posteriormente la CRT expidió la Resolución CRT 463 de 2001, mediante la cual fijó los nuevos valores de cargos de acceso, y estableció dos opciones de pago, por minuto o por capacidad y que se debería ofrecer a los operadores que demanden la interconexión estas dos opciones. Esta resolución también determinó que los operadores de TMC y de TPBCLD, que así lo desearan, tenían la facultad de mantener las condiciones y valores existentes, o acogerse en su totalidad y para todas sus interconexiones con los valores definidos.

La ETB en su relación con COMCEL continuó liquidando por minuto los cargos de acceso por tráfico de LDI entrante a este operador, aplicando el valor acordado en el contrato celebrado, el cual era inferior al previsto para la opción de cargos de acceso máximos por minuto de la citada resolución.

COMCEL le solicitó a la ETB que se cancelaran los valores previstos en la Resolución CRT 463 de 2001, para el tráfico internacional entrante cursado desde enero de 2002, bajo el mismo esquema de cargos de acceso que había escogido ETB para las otras interconexiones con los demás operadores. ETB rechazó la solicitud realizada por COMCEL. Nota: Por una parte la ETB manifestó a los operadores EDATEL S.A. ESP. y TELECOM CÓRDOBA, que se acogía al esquema de remuneración por el acceso y uso de la red dispuesto por la Resolución CRT 463 de 2001. Por otra, ETB como solicitó a la CRT aplicar los valores de la nueva resolución en sus relaciones de interconexión con otros operadores (EMCALI, EMTELSA, TELSANTAMARTA, entre otros.)

COMCEL acudió al órgano regulador para que dirimiera el conflicto surgido por los cargos de acceso. La CRC se pronunció manifestando que únicamente era competente para escoger el esquema de cargos de acceso el operador que accede a la interconexión en este caso ETB. La CRC considera que carece de competencia para en este caso hacer cumplir esta norma. Que ETB es el legitimado para ejercer el derecho contemplado en la norma sustancial.

Por último, COMCEL considera que la ETB se acogió en su totalidad al esquema de cargos de acceso máximo de que trata la Resolución 463 de 2001. Que no puede aplicar la resolución a los valores de las interconexiones que le conviene, por ejemplo, a los operadores locales, y dejar de hacerlo a las de los operadores de TMC y de PCS. COMCEL consideraba que al optar por aquel esquema, el mismo regía para todas las interconexiones que tuviese ese operador.

⁶⁵² M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de mayo de 2008, Rad. No. 2007-00008-00 (33.643)⁶⁵³; CELCARIBE-ETB, fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 27 de marzo de 2008, Rad. No. 2007-00009-00 (33.644)⁶⁵⁴.

Para facilitar la aproximación a estas decisiones, se hará referencia a un solo recurso de anulación, por tratarse de las mismas partes⁶⁵⁵ y de fallos en el mismo sentido⁶⁵⁶.

ETB solicitó la anulación del Laudo del 15 de diciembre de 2006, no obstante, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 27 de marzo de 2008, declaró infundado el recurso porque ninguna de las causales de anulación invocadas por ETB tenían fundamento fáctico. Entre las causales alegadas se encuentran la de haber decidido *extra petita*, haber invocado *causa petendi* diferente a la alegada en el proceso, haberse ocupado de asuntos no transigibles, la falta de competencia por desborde de la cláusula compromisoria y la falta de competencia por juicio de legalidad de un acto administrativo.

De otra parte, ETB solicitó Interpretación Prejudicial de las normas andinas, petición que no fue aceptada por el Consejo de Estado.

En resumen, ETB consideró que para la época en que se celebró el contrato de interconexión no había regulación específica para el uso de la red de TMC,

⁶⁵³ M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

⁶⁵⁴ M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶⁵⁵ Como antecedente, en 1994 inicia la prestación del servicios de TMC en Colombia, para el efecto se dividió el país en tres zonas de operación, Bogotá y la Región Oriental; Medellín, Cali y el Occidente; y la Costa Atlántica. Con el fin de permitir la participación de varios actores, el Ministerio de las Comunicaciones dividió el uso del espectro radioeléctrico en dos en cada zona. COMCEL entró a la zona oriental, OCCEL a la occidental, y CELCARIBE a la zona de la Costa Atlántica. La banda A fue adjudicada para las empresas mixtas y la B para las privadas. Estas tres empresas operadoras eran en su momento de composición mixta.

⁶⁵⁶ COMCEL absorbió a OCCEL en 1998 y a CELCARIBE en el 2002.

y que por ese motivo, había acordado con COMCEL un valor equivalente al que pagaba el operador de larga distancia al operador fijo por cargos de acceso.

Así mismo, reconoció que aunque posterior al acuerdo, fue proferida la Resolución CRT 463, que estableció los cargos de acceso por uso de la red de la TMC en la terminación del tráfico internacional, se podían pactar por debajo de ellos, como sucedió en el contrato de interconexión con COMCEL⁶⁵⁷.

ETB, aunque argumentaba en relación con el contenido de la Resolución 463, también alegaba que era una disposición que ya se encontraba derogada por la Resolución CRT 469 de 2002, y que por lo tanto no se podía aplicar esta norma regulatoria.

Así mismo, ETB consideró que el Regulador había decidido el conflicto planteado por COMCEL, negando las pretensiones por carecer de legitimación para ejercer el derecho sustancial según el artículo 5 de la Resolución 463 de 2001⁶⁵⁸.

Por otra parte, ETB consideró como contradicción de COMCEL, el haber elevado petición ante la Comisión para resolver un conflicto que era de naturaleza administrativa y luego acudir al Tribunal de Arbitramento con las mismas pretensiones, desconociendo la decisión de la CRT que finalizó el conflicto.

⁶⁵⁷ ETB reitera que los cargos de acceso acordados no estaban en contra de lo regulado pues estaban dentro del esquema de tiempo y a un precio menor, además alega que el contrato es ley para las partes.

⁶⁵⁸ *Los operadores de TMC y de TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores vigentes en las interconexiones actualmente existentes a la fecha de expedición de la presente resolución o acogerse en su totalidad a las condiciones previstas en la presente resolución para todas sus interconexiones.*

Finalmente, ETB formuló excepciones de mérito, de falta de jurisdicción y competencia, de no aplicación de una norma regulatoria por derogatoria y de manera subsidiaria, excepción de cumplimiento de un acto administrativo proferido por el Regulador (por considerar que lo pactado estaba acorde), y de falta de legitimidad para ejercer el derecho sustancial.

4.1 Consideraciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera del Consejo de Estado

El recurso extraordinario de anulación interpuesto por ETB, fue declarado infundado, pues se concluyó que el Tribunal de Arbitramento estaba habilitado para conocer y decidir la demanda arbitral.

La Sala interpretó que las decisiones de la CRT eran de naturaleza administrativa y no judicial, y que así mismo se debía distinguir en cada caso si el conflicto entre los contratantes implicaba el cumplimiento de las funciones administrativas de este Regulador. Para el caso concreto, concluyó que el conflicto era de naturaleza jurisdiccional y no administrativa, y que por ello no podía conocerlo el Órgano Regulador.

Lo anterior, habida cuenta de que para la Sala el conflicto entre COMCEL y ETB era contractual y patrimonial, de forma que la decisión proferida por la CRT era de índole administrativa, y no resultaba excluyente ni incompatible frente a la decisión judicial del Tribunal de Arbitramento, en la medida en que la naturaleza de los conflictos sometidos al Regulador y al Tribunal de Arbitramento comportaban una naturaleza diversa.

4.2 Salvamento de Voto. Improcedente debate en Proceso Arbitral⁶⁵⁹

Para el citado Consejero la causal octava de nulidad del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: -“*haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*”, estuvo llamada a prosperar. Lo anterior, teniendo en cuenta que la controversia entre los operadores ya se encontraba expresamente decidida por la CRT.

Afirmó que el Órgano Regulador de las telecomunicaciones, en virtud del artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994, tenía la competencia para resolver los conflictos que surgieran entre las empresas por razón de los contratos que existían entre ellas; además, consideró que las respectivas decisiones estuvieron en firme y gozaron de la presunción de legalidad, y por lo tanto, cualquier cuestionamiento o desacuerdo en relación con la actuación de la CRT debió ser puesto en conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por improcedente su debate en el ámbito del proceso arbitral.

Ante el tema ya resuelto por la CRT, y teniendo en cuenta que las partes expresamente estipularon en la cláusula compromisoria la exclusión del Tribunal Arbitral de los conflictos contractuales que pudiera resolver la Comisión, no era posible iniciar el trámite arbitral.

En cuanto a la decisión de la CRT sobre la falta de legitimación de COMCEL para ejercer el derecho pretendido, afirmó el disidente que no correspondió a una decisión inhibitoria y por lo tanto, no podía pensarse que la cuestión de fondo aún estaba por resolverse. De este modo, el efecto que produjo la falta

⁶⁵⁹ Salvamento de Voto del Consejero de Estado Mauricio Fajardo. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa. Op. cit., Págs. 80 - 89.

de legitimación en la causa por activa comportó la denegación de las pretensiones, dejando en evidencia la carencia del derecho pretendido⁶⁶⁰.

4.3 Salvamento de Voto. Asuntos no sujetos a la decisión de los Árbitros⁶⁶¹

El Consejero Gil consideró que la Sala estaba equivocada al creer que el conflicto es de naturaleza jurisdiccional y no administrativo, y que por eso no podía conocerlo el Órgano Regulador. En este sentido, afirmó que el asunto central de esta controversia fue un conflicto surgido entre operadores con ocasión de un contrato de interconexión.

En este punto, se consideró que la posición que asumió la Sala era inconcebible, porque esta introdujo una división entre controversias de naturaleza administrativa y controversias de naturaleza jurisdiccional, cuando en principio todos los conflictos administrativos tuvieron la vocación de ser jurisdiccionales, por la posibilidad de demandar el acto administrativo que los resuelve.

Para este Consejero que se apartó de la decisión mayoritaria, el laudo incurrió en la causal de nulidad contemplada en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, pues se pronunció sobre asuntos no sujetos a la decisión de los árbitros, específicamente en materias no incluidas en la cláusula arbitral.

⁶⁶⁰ El Magistrado Fajardo, finalmente, citó una sentencia del CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de octubre de 1990. Exp 6054, que se refería específicamente a la falta de legitimación en la causa en el demandante o en el demandado. Al respecto afirma que la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, y que las personas no eran las titulares, del derecho o de la obligación.

⁶⁶¹ Op. cit., Págs. 90 - 171. Salvamento de Voto del Consejero de Estado Enrique Gil Botero. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 27 de Marzo de 2008. C.P. Ruth Stella Correa.

Lo anterior, en consideración de que a solicitud de COMCEL, la CRT conoció de una controversia, entre las mismas partes del contrato de interconexión, sobre la cual se pronunció mediante dos actos administrativos⁶⁶². En resumen, era un conflicto alrededor de la diferencia existente entre los operadores sobre la aplicación de la Resolución CRT 463 de 2001, la cual contemplaba la posibilidad de que las interconexiones se remuneraran pagando cargos de acceso por minutos o por capacidad.

Las Resoluciones CRT 980 y 1038 de 2004, fueron fruto de un procedimiento administrativo de solución de controversias, que frente a la cláusula arbitral del contrato celebrado entre los dos operadores, no operó por haber sido puesto el conflicto en manos del Órgano Regulador.

Igualmente, el Consejero manifestó que debió anularse el laudo porque este versó sobre temas que no eran transigibles, y en consecuencia no podían estar en la cláusula compromisoria, como fue el caso de los actos administrativos proferidos por el Regulador.

En suma para el Consejero, el laudo incurrió en la causal de nulidad contemplada en la causal 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, pues se pronunció sobre asuntos no sujetos a la decisión de los árbitros, específicamente en materias no incluidas en la cláusula arbitral⁶⁶³. Por lo tanto,

⁶⁶² Resoluciones 980 de 2004 y 1038 de 2004. La Resolución CRT 980 negó las pretensiones de COMCEL por carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001. La Resolución CRT 1038 de 2004 confirmó la anterior.

⁶⁶³ A se transcribe a parte de la cláusula que contempla el procedimiento para la solución de diferencias: ... En todos los asuntos que involucren la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

—**En los asuntos que no sean competencia del ente regulador y, cuando sea necesario, se acudirá a los medios de solución de controversias contractuales siguientes:** 1. Comité Mixto de Interconexión. Este comité queda facultado para que en un término de hasta treinta (30) días calendario

si COMCEL estuvo inconforme con la decisión del Regulador, debió controvertir el acto administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁶⁶⁴.

procure solucionar directa y amigablemente los conflictos derivados del contrato; 2. Representantes Legales de las partes. Si a nivel del Comité Mixto de Interconexión no se logra llegar a un acuerdo, se acudirá a una segunda instancia conformada por los Representantes Legales de cada una de las partes. Si a nivel del Comité Mixto de Interconexión no se logra llegar a un acuerdo, se acudirá a una segunda instancia conformada por los Representantes Legales de las partes. Si a nivel del Comité Mixto de Interconexión no se lograra llegar a un acuerdo, se acudirá a una segunda instancia conformada por los Representantes Legales de cada una de las partes, quienes buscarán una solución aceptable al conflicto planteado, dentro de los siguientes treinta (30) días calendario. Las partes podrán conjuntamente acudir a la autoridad competente para dirimir los conflictos que se presenten en materia de interconexión y, en este evento, el pronunciamiento de dicha autoridad pondrá fin al conflicto, 3. Tribunal de Arbitramento. Agotadas las etapas anteriores o decida de común acuerdo la imposibilidad de llegar a una solución amigable de las diferencias, el conflicto será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento... (negrilla fuera del texto original)

⁶⁶⁴ Hoy denominado medio de control de Nulidad y Restablecimiento. Artículo 138 de la Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CAPÍTULO SEGUNDO. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, JURISDICCIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA Y TUTELAS EN SEDE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Este Capítulo tiene como objetivo exponer las principales consideraciones de los fallos del Consejo de Estado del 2012 relacionados con el cumplimiento de la decisión del Tribunal Andino de la Comunidad Andina y de la Corte Constitucional, que tienen efecto respecto de la problemática objeto de estudio.

El propósito es presentar en orden cronológico los fallos que tuvieron gran incidencia sobre el tema objeto de estudio entre los años 2008 al 2016, entre ellos, la decisión sobre la vigencia de la resolución de carácter general que reguló el esquema de remuneración de los cargos de acceso en el año 2001, la decisión del Tribunal Andino de Justicia sobre la acción de incumplimiento interpuesta por un operador, los fallos del Consejo de Estado en cumplimiento de la decisión del TJCA, la tutela interpuesta por COMCEL a raíz de la decisión del Consejo de Estado referente al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, la tutela interpuesta por ETB respecto de los derechos al debido proceso e igualdad, un recurso extraordinario de revisión interpuesto por COMCEL, y una sentencia de unificación de la Corte Constitucional sobre una tutela de COMCEL en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En suma, se trata de siete decisiones cuyo contenido da contexto al tema de estudio.

1. Fallo sobre la vigencia de la Resolución CRT 463 de 2001⁶⁶⁵

Es importante tener presente que en el mismo año en el que fue proferido por la Sección Tercera el fallo que decidió el recurso de anulación, se pronunció la Sección Primera del Consejo de Estado, en el mes de agosto, frente a la demanda en ejercicio de la acción pública de nulidad, presentada por varios operadores de telecomunicaciones, con el fin de que se declarara la nulidad de los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 del artículo 2 y el artículo 9 de la Resolución CRT 489 de 24 de abril de 2002.

El artículo 3 de la Resolución CRT 469 del 4 de enero de 2002, expresamente derogó todas las normas expedidas con anterioridad, y en particular, el Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997, que había sido modificada por la Resolución CRT 463 del 27 de diciembre de 2001.

En concreto, la Resolución 463 había modificado los Títulos IV y V de la 087. Adicionó en el Título IV el numeral 4.2.2.19 y el 4.3.8, numerales que fueron acusados y que finalmente fueron declarados nulos.

La CRT en su momento quiso corregir el error y expidió la Circular 40 de 2002, en la cual explicó las razones por las cuales este organismo consideraba que la resolución no estaba derogada. Pues tanto la Resolución 463 como la Resolución 469 fueron aprobadas en la misma acta de Comisión. Sin embargo, la Sección Primera del Consejo de Estado consideró que *“tal acto no tiene la capacidad jurídica suficiente de revivir las disposiciones expresamente derogadas y menos aún sobre la base de una compilación de normas, pues este fenómeno solo puede darse frente a normas vigentes”*.

⁶⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 21 de agosto de 2008, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Exp. 2003-00047

Los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 del artículo 2 de la Resolución CRT 489 de 2002 fueron acusados por contemplar una fecha anterior a la publicación de la norma en el Diario Oficial, para hacer efectivos los cambios propuestos sobre la modalidad de pago por tiempo o capacidad de los cargos de acceso a las redes de telefonía y el esquema de actualización.⁶⁶⁶

En cuanto a la Resolución 489, en su artículo 9, contemplaba que:

Los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, no podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución 463 de 2001 o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones.

La Sección Primera, consideró que el aparte: “*los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, no podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución 463 de 2001*”, estaba ajustado a la legalidad, pues el mismo se sustrae de los alcances de la Resolución 463, cuyos numerales adicionados, que fueron compilados por la Resolución 489 acusados, no podían producir efectos.

Respecto a la parte correspondiente a: “*o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones*”, tiene incidencia directa el numeral 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, el cual no está llamado a producir efectos, por tratarse de un acto de carácter general, el cual

⁶⁶⁶ La norma regulatoria cuya publicación se llevó a cabo en el Diario Oficial el 24 de abril de 2002, contemplaba que a partir del 1 de enero de 2002 debían ofrecer los operadores esa nueva modalidad de cargos de acceso y aplicar el esquema de actualización.

solamente es obligatorio cuando haya sido publicado en el Diario Oficial, como lo había dicho la Sección Primera al pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos de la expresión “*a partir del primero de enero de 2002*” de los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8.

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

En el año 2012, la Sección Primera del Consejo de Estado⁶⁶⁷ se pronunció sobre dos demandas en ejercicio de la acción de nulidad contra varios apartes de la Resolución CRT 463 de 2001, presentada por varios operadores de telecomunicaciones⁶⁶⁸, y que fueron acumuladas, en las cuales se solicitaba que se declarara la nulidad parcial de los numerales 4.2.2.19, 4.2.2.20, y la nulidad del artículo 5°.

Al respecto, el Consejo de Estado, declaró la nulidad del numeral 4.2.2.20, que en particular consagraba: “*Cargo de acceso entre redes de TPBCL. No habrá lugar al pago de cargos de acceso por el tráfico local cursado entre redes de los operadores de TPBCL, lo cual implica que cada operador conservará la*

⁶⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 15 de noviembre de 2012. C.P. Maria Claudia Rojas Lasso. Expedientes: 110010324000-2002-0194-01 y 110010324000-2002-00213-01. Autoridades Nacionales. Actores: Alfredo Fajardo Muriel, y Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (Acumulados).

⁶⁶⁸ Se acumularon las siguientes demandas: una instaurada por Alfredo Fajardo Muriel (expediente N° 110010324000-2002-0194-01) y otra por las Empresas Públicas de Medellín (expediente N° 110010324000-2002-00213-01).

totalidad del valor recaudado de sus usuarios, se responsabilizará de todo lo concerniente al proceso de facturación y asumirá el riesgo de la cartera. Lo anterior sin perjuicio de que los operadores acuerden cualquier esquema alternativo.”

En este sentido, esta Corporación consideró que la ley de servicios públicos domiciliarios⁶⁶⁹ otorgó unas funciones a la Comisión de Regulación de las Comunicaciones, que debía atender en cuanto a “establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión de las redes, de acuerdo con las reglas de esta ley.”

La Sala consideró:

“es claro para la Sala que tal función que la ley asignó a las Comisiones de Regulación, constituye un mandato imperativo, que no dispositivo, para sus destinatarios, de obligatorio e ineludible cumplimiento, cuando quiera que se trate de interconexión de redes, para el caso de redes de telecomunicaciones, al cual no es posible sustraerse y sin que les sea posible evadir su cumplimiento con argumentos de conveniencia o de cualquier otra naturaleza”

Esta Corporación no aceptó como argumento la conveniencia de no realizarse pagos por concepto de cargos de acceso entre redes de los operadores de TPBCL por el tráfico local cursado. Pues aunque en muchas ocasiones el tráfico entre los operadores pueda ser similar, la Sala afirma que no es posible desconocer una norma imperativa a la cual se deben someter el regulador⁶⁷⁰.

⁶⁶⁹ Ley 142 de 1994, artículo 73.22: *Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión; así mismo, establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo con las reglas de esta Ley.*

⁶⁷⁰ La Sala resalto: “No es aceptable presumir que no se factura porque los valores serían sensiblemente iguales y no valdría la pena”

Finalmente la Sala no aceptó los otros cargos, que estaban relacionados con el posible exceso de la Comisión en sus competencias, en materia de cargos de acceso e interconexión a las redes de telecomunicaciones, pues al respecto los demandantes consideraban que ellos deberían tener *“la facultad de determinar libremente las tarifas, sin considerar su suficiencia financiera, pues ellas deben cubrir no solo los gastos de operación, administración y mantenimiento, sino un margen de utilidad”*.

Otro cargo que no fue aceptado correspondía a la desviación de las atribuciones de la Comisión, pues en este sentido consideraron los demandantes, que el regulador desconoció *“la autonomía de la voluntad contractual por no respetar los contratos celebrados por las empresas de telefonía del país y otros operadores con anterioridad a la vigencia del acto”* al imponer a los operadores el deber de ofrecer las dos opciones de remuneración al contratar el acceso o la interconexión, condición que consideran los demandantes *“trasgrede la inmutabilidad de los derechos adquiridos en los contratos válidamente celebrados”*.

Por último, otro cargo se orientó sobre la violación del principio de igualdad y el principio de acceso igual- cargo igual, relacionado con los valores de los cargos de acceso asignados por la Comisión, según las opciones de remuneración por tiempo o por capacidad, tema que no quedó demostrado por los demandantes, quienes no allegaron un dictamen o estudio en este sentido.

2. Decisión del Tribunal Andino de Justicia respecto de la Acción de Incumplimiento

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB) consideró que no se aplicaron las normas andinas en los tribunales arbitrales en los cuales fue

parte convocada, con ocasión de las controversias surgidas en los contratos suscritos sobre el acceso, uso e interconexión entre la red de TPBCLD de la ETB y la red de TMC de COMCEL, OCCEL y CELCARIBE.

En razón de lo anterior, la ETB solicitó la anulación de los laudos respectivos ante el Consejo de Estado⁶⁷¹, quien declaró infundados los recursos.

Posteriormente, la ETB instauró una demanda contra la República de Colombia en ejercicio de la acción de incumplimiento⁶⁷² ante el Tribunal Andino de Justicia por considerar que los tribunales arbitrales no tenían competencia para resolver el conflicto puesto a su consideración. ETB consideraba que los

⁶⁷¹ Los tres laudos arbitrales fueron proferidos el 15 de diciembre de 2006. Las sentencias que declararon infundados los recursos de anulación, respecto de los citados laudos fueron proferidas el 27 de marzo de 2008 de los laudos COMCEL-ETB y CELCARIBE-ETB, y el 21 de mayo de 2008 del laudo OCCEL-ETB.

⁶⁷² El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia contempla la Acción de Incumplimiento, cuyo objetivo es controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Países Miembros por las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino. Para mayor ilustración se transcribe el artículo 24: *Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior. Recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la Secretaría General de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado. Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal. Si la Secretaría General no emitiere su dictamen dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.*

Ahora bien, cuando una persona natural o jurídica se considere afectada en sus derechos por el incumplimiento de un país miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto, es decir primero a la Secretaría y luego este organismo ejecutivo y técnico en caso dado solicita el pronunciamiento del Tribunal. La Acción de Incumplimiento excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31 del Tratado de Creación, que contempla la posibilidad que por la misma causa las personas naturales o jurídicas tengan derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, según el derecho interno, cuando los países miembros incumplan la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, o en el caso que un país termine adoptando o empleando medidas contrarias a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

conflictos surgidos debían ser de conocimiento de la Autoridad de Telecomunicaciones, como lo señalaba el artículo 32 de la Resolución 432 de 2000:

Artículo 32: Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes. En el caso que éstas no logren un entendimiento que ponga fin a la controversia, la misma deberá ser sometida a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, por cualquiera de las partes. La Autoridad de Telecomunicaciones competente deberá decidir dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la recepción de la consulta.

Igualmente, manifestó que en este caso un Tribunal Arbitral no podía contemplar los equilibrios generales de competencia ni tener en cuenta los derechos de los usuarios, aspectos que son del ámbito de la autoridad regulatoria.

En consecuencia, el TJCA profirió dos fallos, uno del 26 de agosto y otro del 15 de noviembre de 2011, en el proceso No. 03-AI-2010⁶⁷³. El fallo del 15 de noviembre corresponde al pronunciamiento del TJCA sobre la solicitud de enmienda y en subsidio de aclaración de la Nación Colombiana, por considerar que el fallo del 26 de agosto tenía una inexactitud al imponer al Estado Colombiano el cumplimiento de una obligación que se encuentra fuera de su alcance de acuerdo con el marco jurídico vigente en Colombia. En suma, la

⁶⁷³ Hay dos fallos el principal No 03-AI-2010 del 26 de agosto de 2011, y el adicional que corresponde a la solicitud de enmienda y en subsidio aclaración de la República de Colombia del 15 de noviembre de 2011. El Fallo 03-AI-2010 corresponde a: *Acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A, ESP, (ETB S.A E.S.P) contra la república de Colombia, sección Tercera del Consejo de Estado por supuesto incumplimiento de la obligación objetiva de solicitar Interpretación Prejudicial obligatoria prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 de Tratado de Creación del tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.*

República de Colombia consideró que la sentencia del Tribunal debió de manera expresa manifestar cuál fue la norma incumplida y los límites temporales, espaciales y materiales dentro de los cuales se produjo el incumplimiento, y en breve, manifestó que no quedó claro cuál era el proceder esperado del Estado Colombiano.

Por lo anterior, el TJCA aclaró en el fallo citado del 15 de noviembre de 2011 que sería la Sección Tercera del Consejo de Estado de la República de Colombia, quien tendría que dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación. Sin olvidar las normas del derecho procesal interno.

De regreso al fallo del TJCA del 26 de agosto, a continuación se resumen los aspectos más relevantes tenidos en cuenta por la autoridad andina, el cual fundó su decisión en la Decisión 462 y en la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA).

En concreto, el TJCA consideró que revisados los tres laudos arbitrales y lo manifestado por ETB, la normatividad aplicable era la andina, específicamente en cuanto a interconexión y al proceso de integración y liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones. Así mismo, el TJCA hizo énfasis en la naturaleza supranacional de las normas, que son de efecto directo y aplicación inmediata, y que prevalecen sobre la normativa nacional⁶⁷⁴.

⁶⁷⁴ El artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina contempla: Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Las Decisiones requerirán incorporación al derecho interno solamente cuando su texto expresamente así lo disponga. Así mismo, el texto deberá incluir la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

En suma, el TJCA manifestó que el Tribunal no atendió a aplicar las normas andinas para resolver de fondo, y que luego cuando el proceso estaba en manos del Consejo de Estado, este hizo caso omiso de la solicitud de expresa de solicitar las respectivas interpretaciones prejudiciales de las normas andinas que se debieron aplicar en un principio por parte de los árbitros.

Para concluir, el TJCA consideró que el Consejo de Estado debió actuar como un juez comunitario al momento de analizar si declaraba nulos o no los laudos, indicando que la tarea del Consejo de Estado en este caso debió estar orientada a velar por la validez y la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino, y que además debió solicitar la Interpretación Prejudicial al TJCA.

Al respecto el TJCA citó los artículos que se transcriben a continuación para mayor ilustración, el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala que:

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.

Y por su parte, el artículo 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 500)⁶⁷⁵, sobre la consulta obligatoria indica que:

⁶⁷⁵ Decisión 500 corresponde al Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), del 22 de junio de 2001. El TJCA es de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el

De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.

En suma, el TJCA determinó como fundamentales dos temas sobre los cuales debió centrarse la Interpretación Prejudicial. Por una parte, si el Tribunal Arbitral debió solicitar la Interpretación Prejudicial de oficio o a petición de parte para resolver los laudos, y por otra, si la falta de esa solicitud por parte del Tribunal Arbitral generaría una nulidad procesal por vulneración al debido proceso.

Además el TJCA afirmó que para este caso en concreto, no era suficiente que el Consejo de estado se hubiera quedado en argumentar que las causales de nulidad son taxativas y que su función en la solicitud de nulidad iba hasta donde las normas lo permitían.

Más aún, el TJCA consideró que el Consejo de Estado debió mostrar o hacer evidente, teniendo en cuenta el orden supranacional, que en el proceso arbitral era necesario y obligatorio la solicitud de la Interpretación Prejudicial al TJCA, pues para este organismo, era un riesgo que afectaría la validez y la eficacia del orden supranacional el que operadores jurídicos con funciones judiciales aplicaran el derecho comunitario.

Para el TJCA, el Consejo de Estado, en este caso como juez comunitario, debió darle noticia por medio de la solicitud de Interpretación Prejudicial, de

derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros. Este organismo debe actuar en ejercicio de sus atribuciones, salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino.

que el Tribunal Arbitral no había enviado la correspondiente solicitud, aun cuando debía aplicar normas comunitarias andinas.

Ahora bien, dado que el Consejo de Estado no solicitó la Interpretación Prejudicial, para el TJCA se configuró un incumplimiento flagrante de la norma comunitaria andina, pues es tarea del TJCA 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 Miembros⁶⁷⁶ ⁶⁷⁷.

Los artículos citados por el TJCA, es decir, el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁶⁷⁸ y el artículo 121 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁶⁷⁹, son iguales. El Tratado es suscrito en el año de 1996 y el Estatuto del año 2001. La única diferencia en su redacción está en el artículo 121 que contempla que

⁶⁷⁶ Artículo 111 de la Decisión 500: Efectos de la sentencia de incumplimiento. El País Miembro cuya conducta haya sido declarada en la sentencia como contraria al ordenamiento jurídico andino, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución en un plazo no mayor de noventa días siguientes al de su notificación. El Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Tratado y lo que se regula al respecto en este Estatuto, velará por el cumplimiento de las sentencias dictadas en ejercicio de esta competencia.

⁶⁷⁷ Artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: Si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el País Miembro cuya conducta haya sido objeto de la misma, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación. Si dicho País Miembro no cumpliera la obligación señalada en el párrafo precedente, el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el País reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso. En todo caso el Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido. El Estatuto del Tribunal, precisará las condiciones y límites del ejercicio de esta atribución.

El Tribunal, a través de la Secretaría General, comunicará su determinación a los Países Miembros.

⁶⁷⁸ Artículo 32: Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial 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.

⁶⁷⁹ 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.

“corresponde al Tribunal interpretar las normas”, y no incluye la frase “por vía prejudicial”, que sí estaban en el artículo 32, sin embargo el artículo 121 se encuentra dentro del Capítulo de la *Interpretación Prejudicial*.

El TJCA explica que no incurrió en una falla el Consejo al no solicitar la Interpretación Prejudicial por el vicio *in procedendo* de competencia, ni el error estuvo en no solicitar la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias objeto de los laudos arbitrales. El TJCA afirma que la falla del Consejo de Estado fue no solicitarle la Interpretación Prejudicial una vez verificó que en el proceso arbitral no se solicitó dicha interpretación.

En conclusión, el TJCA manifestó la obligatoriedad de la exigencia de la Interpretación Prejudicial por parte de los árbitros, cuando el arbitraje es en Derecho y verse sobre asuntos regulados por el ordenamiento jurídico comunitario y actúe como única o última instancia ordinaria.

A continuación se propone un cuadro resumen y se presentan comentarios finales sobre este fallo del Tribunal a propósito de la acción de incumplimiento:

ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA	
PROCESO	03-AI-2010 del 26 de Agosto de 2011
MAGISTRADOS	Ricardo Vigil Toledo, Leonor Perdomo, Carlos Jaime Villarroel Ferrer, José Vicente Troya Jaramillo
DEMANDANTE	Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá. (ETB)
DEMANDADO	República de Colombia, Sección Tercera del Consejo de Estado.
ACCION	Acción de Incumplimiento
MOTIVO SOLICITUD	Por supuesto incumplimiento de la obligación objetiva de solicitar Interpretación Prejudicial obligatoria dentro del proceso de anulación de tres laudos arbitrales
DECISIÓN DEL TRIBUNAL	Declarar a lugar la demanda interpuesta por la ETB contra la República de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado
<u>Principales temas analizados por el TJCA y la transcripción de algunos apartes de las consideraciones:</u>	

Tema 1: Naturaleza jurídica de la acción de incumplimiento**Consideración:**

“En reiteradas sentencias, este Tribunal Comunitario se ha referido a la naturaleza de la acción de incumplimiento, sosteniendo que el objeto de esta es garantizar y fortalecer el proceso de integración dentro de la Comunidad Andina; mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros desde la firma del Acuerdo de Cartagena”.

Tema 2. La Interpretación Prejudicial obligatoria**Consideración:**

“La consulta obligatoria se da cuando un juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controviertan temas regulados por las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar de manera directa y mediante simple oficio la Interpretación Prejudicial al Tribunal Comunitario. Esta solicitud puede ser de oficio o a petición de parte.

En cuanto a la obligatoriedad de la solicitud de Interpretación Prejudicial, este Órgano Jurisdiccional reitera que “La interpretación que realiza el Tribunal es para cada caso concreto por lo que la ‘teoría del acto claro’ no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino” (Proceso 04-IP-94, publicado en la G.O.A.C. N° 189, de 15 de septiembre de 1995, caso: EDEN FOR MAN (etiqueta)).”

Tema 3. Ampliación del concepto de juez nacional para incluir a los tribunales de arbitramento.**Consideración:**

“Es decir, el Tribunal amplió el alcance del concepto de juez nacional a todas las entidades administrativas que cumplan funciones jurisdiccionales y que actúen como única o última instancia ordinaria. En este contexto, deriva necesario determinar si los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales y, por tanto, se encuentran incluidos dentro del concepto anterior”.

“en el sentido de considerar a los árbitros o tribunales de arbitramento como jueces nacionales, en la cual se determinó que cuando éstos son de única o última instancia y fallan en derecho, tienen la obligación de solicitar Interpretación Prejudicial cuando conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas comunitarias andinas, de conformidad con las previsiones establecidas en el ordenamiento jurídico comunitario andino...”

“Por lo tanto, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego, deben solicitar la Interpretación Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales”.

Tema 4. La obligatoriedad de solicitar Interpretación Prejudicial en los procesos de arbitraje.

Consideraciones:

“Otro elemento a tener en cuenta, es el momento procesal en el cual se debe solicitar la Interpretación Prejudicial. Para ello, se debe distinguir la etapa de decisión del laudo, de la etapa de ejecución del mismo, como también, el momento en que se decide el derecho del de ejecutar el derecho. Ya que los árbitros, al igual que los jueces, tienen el "iudicium" o sea la facultad de juzgar, de decidir el derecho pero para ejecutarlo se debe recurrir a los jueces ordinarios, quienes son los únicos depositarios del "imperium".

De lo anterior, si en la ejecución del mismo, el juez encuentra que debe aplicar normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino, debe solicitar la Interpretación Prejudicial al único organismo con competencia para hacerlo.

En este orden de ideas, se determina la obligatoriedad de solicitar la Interpretación Prejudicial de manera directa al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por parte de los árbitros, cuando el arbitraje sea en Derecho y verse sobre asuntos regulados por el Ordenamiento Jurídico Comunitario y funja como única o última instancia ordinaria”.

Cuadro de elaboración propia. Proceso 03-AI-2010

Como consecuencia del fallo del TJCA, la República de Colombia quedó obligada a adoptar las medidas necesarias según el Proceso 03-AI-2010, para dar cumplimiento a esta sentencia⁶⁸⁰.

En síntesis, este fallo del Tribunal desarrolló la noción de juez nacional e incluyó a los tribunales de arbitramento, cuyo concepto no estaba comprendido en las normas andinas, como el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁶⁸¹ y el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁶⁸², que solo hacen mención a los jueces nacionales en cuanto a la interpretación obligatoria y facultativa.

⁶⁸⁰ En caso dado que el País Miembro no cumpla la obligación señalada, el TJCA sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará cuales podrían ser los límites dentro de los cuales el País reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que benefician al País Miembro remiso. Sin embargo, en este caso del Proceso 03-AI-2011, valdría la pena reflexionar cuales podrían ser esas restricciones cuando quien demanda es un operador de telecomunicaciones. Para mayor ilustración ver el artículo 111 de la Decisión 500, que corresponde al Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁶⁸¹ Artículo 33.

⁶⁸² Artículos 122 y 123.

El Tribunal de Justicia en este caso reflexionó sobre la posición del Consejo de Estado, para afirmar que era claro que esta Corporación, al analizar la nulidad de los laudos arbitrales debió actuar como un verdadero juez comunitario⁶⁸³, velando por la validez y la eficacia de las normas comunitarias andinas, de manera que tenía que haber solicitado al TJCA la Interpretación Prejudicial.

Para el TJCA hay dos temas que no podía pasar por alto el Consejo de Estado, por una parte, que sobre el tema central de la controversia existían normas andinas aplicables, en consecuencia, de oficio o a petición de parte, debió solicitar la IP para resolver los recursos de anulación respectivos que eran de su conocimiento, y de esta manera, cumplir con el debido proceso; por otra parte, que la omisión de la solicitud de Interpretación Prejudicial devendría en una nulidad procesal por violación al debido proceso.

3. Fallos del Consejo de Estado luego de la decisión del Tribunal Andino de Justicia

Fueron tres las sentencias del Consejo de Estado que se profirieron como resultado de la demanda interpuesta por la ETB ante el Tribunal de Justicia de

⁶⁸³ Se transcribe a continuación un aparte de las consideraciones del TJCA Proceso 03-AI-2010, para destacar la misión que debe cumplir en este caso del Consejo de Estado como un juez comunitario, cuyo deber es velar por el cumplimiento de las normas andinas empezando por sus principios: “*El Juez Nacional, en este caso el Consejo de Estado de la República de Colombia, de conformidad con los principios del Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, en especial los principios de primacía, autonomía, efecto directo, aplicación inmediata y cooperación judicial, es el garante, en colaboración con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de la correcta aplicación de la norma comunitaria en el ámbito nacional. Son ciertamente jueces comunitarios, ya que en colaboración con el Tribunal Supranacional tienen la ardua labor de garantizar la validez y eficacia de todo el sistema jurídico comunitario. Su labor no sólo se limita a aplicar una norma a determinado caso concreto, sino que su actividad consiste en estructurar su quehacer judicial dentro del escenario jurídico subregional, aplicando, balanceando y armonizando la normativa nacional con la comunitaria, dándole la primacía a la segunda sobre temas específicos reglados por la misma*”.

la Comunidad Andina. Como antecedente, hay tres contratos⁶⁸⁴, tres laudos arbitrales, y tres sentencias del Consejo de Estado que declararon infundados los recursos.

El Consejo de Estado, en su condición de Juez Comunitario y dentro del marco determinado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, procedió a dar cumplimiento a lo dispuesto por dicho Tribunal de Justicia a través de la sentencia del 26 de agosto de 2011 y su auto aclaratorio de noviembre 15 del mismo año en el proceso identificado con el No. 03-AI-2010.

Por consiguiente, se profirieron los siguientes fallos:

- 1) Consejo de Estado. Sentencia del 9 de agosto de 2012. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación: 11001032600020120002000 (43281). Accionante: COMCEL S.A. Accionado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A.
- 2) Consejo de Estado. Sentencia del 9 de agosto de 2012. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 11001032600020120001300 (43045). Accionante: COMCEL S.A. (CELCARIBE). Accionado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A.
- 3) Consejo de Estado. Sentencia del 9 de agosto de 2012. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación: 11001032600020120001800 (43195). Accionante: COMCEL S.A. (OCCEL). Accionado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A.

⁶⁸⁴COMCEL, OCCEL y CELCARIBE habían suscrito un contrato de interconexión con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB). OCCEL y CELCARIBE fueron absorbidas por COMCEL.

El Consejo de Estado, luego de unas consideraciones relacionadas con diferentes temas que más adelante se detallan, resolvió dejar sin efectos las sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado del 2008⁶⁸⁵, mediante las cuales se declararon infundados los recursos de anulación impetrados contra los tres laudos arbitrales del 15 de diciembre de 2006⁶⁸⁶, proferidos por los respectivos tribunales de arbitramento constituidos con el fin de dirimir las controversias surgidas entre la ETB y COMCEL⁶⁸⁷, con ocasión de los contratos de acceso, uso e interconexión suscritos entre las partes⁶⁸⁸, los cuales esta Corporación declaró nulos.

Así mismo, el Consejo de Estado como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los laudos, ordenó a COMCEL, OCCEL y CELCARIBE devolver a la ETB las sumas de dinero que este operador había pagado en cumplimiento de los respectivos laudos arbitrales⁶⁸⁹.

⁶⁸⁵ Caso OCCEL-ETB: Se declara infundado el recurso de anulación. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 21 de mayo de 2008. Radicación No 11001-03-26-000-2007-0000800. Expediente: 33643. Caso COMCEL-ETB: Se declara infundado el recurso de anulación. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del día 27 de marzo de 2008, dentro del proceso con Radicación No 1100103260002007-00010-00. Expediente: 33.645. Caso CELCARIBE-ETB: Se declara infundado el recurso de anulación. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del día 27 de marzo de 2008, dentro del proceso con Radicación No110010326000200700009 00. Expediente: 33.644

⁶⁸⁶ Tres Laudos Arbitrales del 15 de diciembre de 2006, y Aclaratorio de 15 de enero de 2007.

⁶⁸⁷ COMCEL-OCCEL-CELCARIBE.

⁶⁸⁸ Contrato entre OCCEL y ETB de fecha 13 de octubre de 1.998. Contrato entre CELCARIBE y ETB del 11 de noviembre de 1998. Contrato entre COMCEL y ETB celebrado el 13 de noviembre de 1.998. A continuación se citan los pronunciamientos del regulador relacionados con los conflictos surgidos entre COMCEL-OCCEL-CELCARIBE y ETB. Resolución CRT 980 de 2004. Resolución CRT 1038 de 2004, que resuelve el recurso de reposición interpuesto por COMCEL contra la Resolución CRT 980 de 2004. Resolución CRT 981 de 2004 (CELCARIBE-ETB). Resolución CRT 1036 de 2004 que resuelve el recurso de reposición interpuesto por CELCARIBE contra la Resolución 981 de 2004. Resolución CRT 1148 de 2005. Resolución CRT 1193 de 2005, que resuelve el recurso de reposición interpuesto por COMCEL contra la Resolución 1148 de 2005.

⁶⁸⁹ Las sumas las deben devolver indexadas, en un plazo de 5 días hábiles que deben ser contados a partir de que la fecha en que la providencias cobren ejecutoria, es decir agosto de 2012. A la fecha no se tiene conocimiento que COMCEL haya cumplido con esta decisión del Consejo de Estado (6 de nov de 2014). Respecto a los valores correspondientes por concepto de gastos hechos por la ETB del funcionamiento de los tribunales de arbitramento que profirieron los laudos que en esta sentencia fueron declarados nulos y honorarios de los árbitros nada dijo en este fallo el Consejo de Estado.

Por otra parte, el Consejo de Estado ordenó remitir copia de la decisión como juez comunitario al expediente del recurso extraordinario de revisión que cursa en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁶⁹⁰.

Los puntos a que se refirió el Consejo de Estado están relacionados con las garantías del debido proceso, la competencia de esta Corporación en el asunto y los problemas jurídicos planteados. Así mismo, abordó aspectos relacionados con los propósitos, características y elementos integrantes del derecho comunitario andino, la prevalencia de la Constitución Política frente a este, los niveles normativos dentro del derecho comunitario, el TJCA, entre otros. En cuanto a la regulación normativa interna colombiana, se refirió a las características, objeto y causales que pueden ser invocadas como fundamento del ejercicio del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales

En relación con el debido proceso, el Consejo de Estado manifestó que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no existe un procedimiento específico que determine la manera en que deben cumplirse las decisiones adoptadas por el TJCA⁶⁹¹.

La decisión adoptada por el TJCA fue general, en el sentido de solicitarle que tomara las medidas que estimara convenientes para dar cabal cumplimiento a la sentencia, y, además, que debería de hacerlo de conformidad con las previsiones del derecho procesal interno colombiano. Aunque para el Consejo de Estado el asunto era especial y excepcional, no tenía duda de que era de naturaleza judicial y que por tanto se regía por el principio del debido proceso,

⁶⁹⁰ El recurso extraordinario de revisión contra la decisión del Consejo de Estado de declarar infundado el recurso de anulación en el caso. Magistrado a cargo Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila (Caso OCCEL-ETB y CELCARIBE-ETB). Magistrada a cargo Dra. Martha Teresa Briceño (Caso COMCEL-ETB).

⁶⁹¹ Sentencia del TJCA del 26 de agosto de 2011 y su Auto Aclaratorio de noviembre 15 de 2011.

el cual además es de aplicación inmediata según nuestra Constitución Política⁶⁹².

Sobre la competencia del Consejo de Estado como Juez Comunitario, esta Corporación cita el Acuerdo de Cartagena y la Decisión 472(Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina), y lo señalado en las providencias del 26 de agosto y del 15 de noviembre de 2011, para este caso ya mencionadas.

Respecto al tema central de la sentencia, la Sala se planteó los siguientes problemas jurídicos:

(i) Identificar las características que acompañan al Derecho Comunitario Andino con el fin de establecer el grado de obligatoriedad tanto de las disposiciones que lo integran como de las decisiones adoptadas por los órganos comunitarios —especialmente por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina— para las autoridades de los Estados Miembros de dicha organización supranacional.

(ii) Establecer, a partir de la regulación normativa interna colombiana en punto de los rasgos distintivos, del objeto y del elenco de causales que pueden ser invocadas como fundamento del ejercicio del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, la forma en que dicha reglamentación debe armonizarse con el Derecho Comunitario Andino para efectos de resolver casos como el sub lite. Con base en tales premisas, habrá de decidirse el presente asunto concreto.

El Consejo hizo referencia a los propósitos y características del derecho comunitario y los elementos que lo integran, así mismo tuvo en cuenta argumentos de la jurisprudencia constitucional sobre el Derecho Comunitario Andino y su integración al ordenamiento jurídico colombiano.

⁶⁹² Artículo 29 y 85 de la Constitución Política.

Al respecto, citó fallos de la Corte Constitucional con el fin de ilustrar los argumentos de esta Corporación sobre el alcance del derecho comunitario, el derecho comunitario en el ejercicio jurisdiccional de los órganos comunitarios judiciales e internos, y el derecho comunitario y la Constitución Política⁶⁹³.

El Consejo en particular transcribió los siguientes apartes de la Sentencia C-228 de 1995:

El derecho comunitario, surgido como resultado del traslado de competencias en diferentes materias del quehacer normativo por los países miembros y las subsecuentes regulaciones expedidas por las autoridades comunitarias apoyadas justamente en tales competencias y atribuciones, ofrece la doble característica de un sistema preeminente o de aplicación preferencial frente al derecho interno de cada país miembro y con una capacidad de aplicación directa y eficacia inmediata, porque a las regulaciones que se expidan con arreglo al sistema comunitario, no es posible oponerle determinaciones nacionales paralelas que regulen materias iguales o que obstaculicen su aplicación, ni su eficacia puede condicionarse a la voluntad del país o de las personas eventualmente afectadas por una decisión.

Del mismo fallo destacó apartes en los cuales la Corte señaló cómo opera el derecho comunitario en el ejercicio jurisdiccional de los órganos comunitarios judiciales e internos:

La solución del caso planteado implica, de una parte, la consideración de la normatividad comunitaria y de la interpretación que de ella haga el citado Tribunal y, de otra, el juicio de constitucionalidad que debe hacer la Corte con respecto a las normas demandadas. Es decir, nos hallamos en presencia de una particular colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario, aun cuando ambos actúen en ámbitos jurisdiccionales diferentes, en la aplicación de normas que tienen distinto contenido de validez, pero que exigen una interpretación integral. No existe, por tanto superposición de una jurisdicción sobre otra, que pudiera dar lugar a la estructura de una jerarquía, sino más bien actuaciones jurisdiccionales complementarias e interactuantes de los jueces comunitarios y nacionales que permiten la aplicación uniforme del derecho comunitario, e igualmente

⁶⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 del 25 de mayo de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell; Sentencia C-231 del 15 de mayo de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-256 del 27 de mayo de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

conciliada con el derecho nacional. Aparece delimitada la función del Tribunal Andino de Justicia y de este Corte, con respecto a la elucidación del asunto a que se contrae la demanda, así: corresponde al Tribunal hacer la Interpretación Prejudicial de las aludidas normas comunitarias, limitándose a precisar el contenido y alcance de las mismas, sin interpretar el aspecto sustancial del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, pues esto último corresponde a la Corte. Dentro de los supuestos limitativos anotados, la Corte debe acatar la Interpretación Prejudicial hecha por el Tribunal.

Por otra parte, de la Sentencia C-231 de 1997 se citan fragmentos donde la Corte Constitucional sostiene que los órganos de los Estados miembros de un sistema comunitario, reducen o condicionan sus competencias, así:

El derecho comunitario derivado del Acuerdo, puede repercutir en la reducción o condicionamiento de las competencias de entes o instituciones nacionales que en el ordenamiento gozan de un margen de relativa autonomía e independencia. Si se asume la legitimidad del traslado de competencias soberanas a la comunidad, dentro de su radio de acción, ello normalmente acarrea la consecuencia que acaba de enunciarse. No obstante, en el plano interno el deber de colaboración y lealtad entre los órganos del Estado, obliga al Jefe del Estado como supremo director de las relaciones internacionales a informar a las autoridades concernidas sobre las materias que para ellas revistan interés y, en lo posible, buscar y estimular su participación en el proceso de articulación de la voluntad nacional que se transmite a la comunidad a la hora de crear y aplicar el derecho que de ella emana.

Luego se refirió a la Sentencia C-256 de 1998, para destacar que para la Corte no hay duda que el Derecho Comunitario Andino no tiene prevalencia sobre la Constitución Política, y que este debe sujetarse a las garantías y reglas mínimas, así:

Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional, su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc. No existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco

conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria.

De otra parte, el Consejo destacó las principales características del Derecho Comunitario Andino, como son, la supranacionalidad, la integración con los sistemas jurídicos internos, la aplicabilidad y efectos directos o inmediatos y la intangibilidad y autonomía.

Con relación a la supranacionalidad, el Consejo consideró que se trata de una característica que comporta la transferencia de parte de las competencias estatales reguladoras respecto de determinadas materias, hacia órganos comunitarios autónomos cuyas decisiones y fallos serán aceptados por los países miembros.

Por otra parte, sobre la integración con el ordenamiento jurídico interno, afirmó que se trata de una característica que se refiere a la fuerza vinculante de las normas de Derecho Comunitario Andino por emanar de la decisión soberana de los Países Miembros de dar origen a la Comunidad Andina, a sus instituciones y a su sistema normativo, en el cual se transfieren competencias propias de las autoridades nacionales.

En cuanto a las características de la aplicabilidad y efectos directos o inmediatos, la aplicación directa del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina no requiere de incorporación a través de instrumento interno de transposición o de desarrollo para gozar de eficacia en el derecho interno de los Países Miembros, salvo que la norma andina lo contemple expresamente. Los efectos directos son considerados como una cualidad inherente al Derecho Comunitario, y consiste en que adoptada y publicada la norma comunitaria, ella se constituye en fuente de derechos y de obligaciones tanto

para las autoridades públicas como para los habitantes del territorio de los Países Miembros.

Igualmente afirma que en virtud de la intangibilidad, las autoridades de los Países Miembros tienen vedada la posibilidad de modificar unilateralmente las normas expedidas y/o las decisiones adoptadas por los órganos del Sistema de Integración.

Con respecto a la característica de la autonomía, los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración cuentan con la independencia necesaria, frente a las autoridades de los Países Miembros, para cumplir con sus funciones. El TJCA ha explicado que la aplicación de reglas y principios no se encuentran condicionados por lo establecido en las disposiciones del derecho interno de los Estados.

Al respecto, la Sala citó unos apartes de un pronunciamiento del TJCA, cuyo fragmento se trae a colación⁶⁹⁴:

El ordenamiento jurídico andino es autónomo y la aplicación de las normas comunitarias que lo conforman no depende de las de otros ordenamientos internacionales, ni debe sujetarse a que guarden compatibilidad o conformidad con ellas. Cosa bien diferente es la de que, para que este ordenamiento se acompase con el de otras esferas u organizaciones internacionales o mundiales, el legislador andino expida normas que acojan dentro de su ordenamiento principios y regulaciones idénticos o semejantes a las de aquéllas.

Sobre los niveles normativos en el Derecho Comunitario, es válido hacer referencia al derecho primario u originario, al derecho secundario o derivado y

⁶⁹⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia 89-AI-2000.

a los actos y decisiones de los órganos comunitarios y de las autoridades de naturaleza administrativa y jurisdiccional de los Estados miembros⁶⁹⁵.

El derecho primario corresponde a las normas fundamentales o constitutivas, contenidas en los tratados públicos suscritos por los Países Miembros del proceso de integración. El derecho secundario atañe a las regulaciones proferidas en desarrollo de las facultades conferidas a los órganos comunitarios por las normas fundamentales obligatorias para los Países Miembros sin que requieran de incorporación expresa, y está sometida a un control jurisdiccional de legalidad por parte del TJCA. Así mismo, hacen parte de la normatividad, los actos y decisiones de los órganos comunitarios mediante los cuales se orientan, se interpretan y aplican en la ejecución del ordenamiento andino, y pueden ser de carácter administrativo o jurisdiccional. Y por último, están aquellos actos y decisiones que a nivel de cada país miembro hacen que el ordenamiento comunitario sea eficaz, y pueden ser de carácter normativo, de naturaleza administrativa o jurisdiccional.

Por otro lado, sobre las causales para sustentar el recurso de anulación contra los laudos arbitrales, la Sala consideró que debió sumarse la omisión del Tribunal Arbitral de solicitar la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso que era de su conocimiento.

La Sala afirmó que esta causal era el fundamento para que el Consejo de Estado, como juez comunitario y en desarrollo de su normatividad declarara la nulidad de los laudos arbitrales de diciembre 15 de 2006⁶⁹⁶.

⁶⁹⁵ Artículo 2 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

⁶⁹⁶ Otro punto fundamental abordado por la Sala es sobre las causales para formular el recurso de anulación contra laudos arbitrales, pues a partir de la Ley 1150 de 2007 que superó el tema de la dualidad de regímenes de las causales de anulación, puesto que el artículo 22 previó que estas serían las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, que luego fueron compiladas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Por lo anterior, ya no es necesario determinar el régimen jurídico del contrato, si estatal

Para la Sala el incumplimiento de los tribunales de arbitramento se constituyó en un error sobre el cual manifestó lo siguiente:

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,

o de derecho privado. Actualmente, el artículo 163 del Decreto 1818⁶⁹⁶ ya se encuentra derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012.

Para mayor ilustración: Artículo 163. Derogado por el art. 118, Ley 1563 de 2012. Son causales de anulación del laudo las siguientes: 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.* 2. *No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.* 3. *No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este decreto, salvo que la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia. El Consejo de Estado declaró la nulidad de este numeral, mediante Sentencia del 8 de abril de 1999, exp. 5191, M.P. Juan Alberto Polo F.* 4. *Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.* 5. *Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.* 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. (Artículo 38 Decreto 2279 de 1989).* Ley 1563 de 2012, artículo 41. Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación:

1. *La inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral. NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-572A de 2014.* 2. *La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.* 3. *No haberse constituido el tribunal en forma legal.*

4. *Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.* 5. *Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.* 6. *Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.* 7. *Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.* 8. *Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.* 9. *Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.*

La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.

según lo entendió el TJCA en sus aludidos pronunciamientos, siempre que se trate de esta causal derivada del derecho comunitario andino.

En definitiva, el Consejo de Estado tenía el deber de acatar el fallo del TJCA, ante la supremacía de las normas comunitarias sobre el derecho interno, aspecto que obliga a las autoridades nacionales a tomar medidas para lograr la eficacia de las normas andinas.

El TJCA, soportándose en las normas de creación, juzgó necesario que el Consejo de Estado aplicara al caso las providencias proferidas el 26 de agosto y 15 de noviembre de 2011 en razón del proceso No 03-AI-2010, pues para el Tribunal era claro que el Consejo de Estado había incumplido las normas comunitarias⁶⁹⁷.

En suma, los tribunales arbitrales inobservaron la obligación que tenían de solicitar la Interpretación Prejudicial antes de proferir el fallo, aspecto que afectó la validez del laudo, y por ese motivo el Consejo de Estado en cumplimiento de los fallos del TJCA, declaró la nulidad de los laudos y dejó sin efectos sus decisiones sobre los recursos de anulación que en su momento había declarado infundados.

Adicionalmente, la Sala pone de presente un pronunciamiento del año 2012 del TJCA, adicional a los de agosto y noviembre de 2011, contradictorio en relación a los tribunales de arbitramento que habrían de constituirse para finalmente solucionar el caso en concreto. En la decisión del 2011, se ordena que se haga la solicitud de Interpretación Prejudicial, "*una vez que el Tribunal de Arbitramento se constituya nuevamente*"⁶⁹⁸, no obstante, en la decisión del TJCA de julio de 2012, que definía alcances de la decisión del 26 de agosto

⁶⁹⁷ Los pronunciamientos del TJCA tienen fuerza obligatoria, sus decisiones tienen naturaleza jurisdiccional y hacen tránsito a cosa juzgada.

⁶⁹⁸ Proceso 03-AI-2010.

de 2011, señaló que después de anular los laudos arbitrales, el Consejo de Estado debería devolver el asunto al Tribunal de Arbitramento que debió solicitar la consulta prejudicial “*para que subsane su omisión y emita un nuevo laudo*”⁶⁹⁹.

Frente a estos pronunciamientos contrarios, y teniendo en cuenta que el ordenamiento andino no tiene norma sobre el régimen arbitral en la subregión, y que nuestra Constitución Política consagra la posibilidad de que los particulares administren justicia como árbitros habilitados por las partes como un mecanismo transitorio, el Consejo de Estado decidió que procedería la convocatoria de un nuevo Tribunal de Arbitramento con el fin de cumplir con la exigencia del TJCA y así dar el espacio para la solicitud de la IP.

Es necesario recalcar que para el Consejo de Estado era claro que la jurisdicción y competencia que tenía cada Tribunal Arbitral desapareció cuando se profirió el laudo, que hubo cesación en el ejercicio de sus funciones, y que por ese motivo sería contrario al régimen legal colombiano devolver el asunto al Tribunal de Arbitramento que profirió un laudo declarado nulo.

A continuación se detallan las tutelas que fueron interpuestas por las partes, luego de ser dejados sin efectos los recursos de anulación y declarados nulos los laudos respectivos.

⁶⁹⁹ Proceso 57-IP-2012.

4. Tutela interpuesta por COMCEL. Debido Proceso y Acceso a la Administración de Justicia⁷⁰⁰

COMCEL consideró que las providencias proferidas por el Consejo de Estado el 9 de agosto de 2012⁷⁰¹ le habían vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, que estas abrieron un proceso legalmente concluido, alegando además que dicha Corporación no tenía competencia para conocer y que, era al Presidente de la República, por intermedio del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a quien le correspondía acatar lo dispuesto por el TJCA ^{702 703}.

⁷⁰⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta, Sentencia del 28 de febrero de 2013. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Exp. 78500. Demandante: COMCEL, Demandado: Consejo de Estado Sección Tercera. Se trata de una sentencia de primera instancia.

⁷⁰¹ Los fallos del 9 de agosto de 2012, fueron proferidos por el Consejo de Estado Sección Tercera, a propósito del cumplimiento de la sentencia del TJCA del 26 de agosto de 2011 en la cual se ordenaba dejar sin efectos las sentencias de esta Corporación, del 27 de marzo de 2008 y del 21 de mayo de 2008, que declararon infundados los recursos extraordinarios de anulación interpuestos por la ETB contra los 3 laudos arbitrales del 15 de diciembre de 2006 (COMCEL-OCCEL-CELCARIBE) que además, por medio de esta decisión anuló. Así mismo, el Consejo ordenó a estos operadores devolver el dinero que ETB había cancelado en cumplimiento de las decisiones arbitrales.

⁷⁰² COMCEL afirma que el artículo 189 numeral 2 de la C.P sería la norma constitucional que otorga esta competencia al Presidente. Se transcribe para mayor ilustración: *Corresponde al Presidente de la república como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: ...Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.*

⁷⁰³ COMCEL dentro de los argumentos expuestos en la demanda, manifiesta que se configuran causales específicas para que se conceda la tutela contra las providencias judiciales, pues afirma que hay un defecto orgánico por falta de competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado para cumplir lo dispuesto por el TJCA, puesto que considera la demandante que hubo exceso del Consejo al extender los efectos del Fallo del TJCA a COMCEL, quien no fue parte del proceso de incumplimiento que se dio a iniciativa de la ETB. Así mismo, hay desconocimiento de la cosa juzgada, teniendo en cuenta que para la época en que se declararon infundados los recursos de anulación, la ETB interpuso acciones de tutela, que no fueron revisadas por la Corte Constitucional, y lo resuelto allí era inmodificable. Además, hay un defecto procedimental por inexistencia de procedimiento judicial para acatar las providencias del TJCA, puesto que el Consejo de Estado basó sus decisiones en un procedimiento inexistente, para dar cumplimiento a la decisión del TJCA. Este operador, afirmó que había un defecto orgánico por falta de competencia del Consejo de Estado al crear un proceso judicial que llamo esta Corporación encuadernamiento, para cumplir las decisiones del TJCA. Sumado a lo anterior, afirmó que el Consejo de Estado creó una causal adicional por vía jurisprudencial de anulación de laudos que no existía, que correspondería a la “omisión de la Interpretación Prejudicial de las normas andinas”.

Por su parte, la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó la tutela por considerarla improcedente, toda vez que los argumentos planteados por COMCEL pudieron haber sido alegados mediante el recurso extraordinario de revisión, incoando la causal de nulidad *“originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede el recurso de anulación”*.

Adicionalmente manifestó, por una parte, que la tutela no era el mecanismo adecuado para atacar decisiones judiciales, y por otra, que COMCEL no mencionó que los fallos le habían causado un perjuicio irremediable, ni se pudo determinar del expediente, por lo cual, no procedía un análisis de fondo.⁷⁰⁴

5. Tutela interpuesta por ETB. Debido Proceso e Igualdad⁷⁰⁵

ETB, vía acción de tutela cuestionó el trámite dado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a la petición de COMCEL de convocar tribunales de arbitramento, luego de proferidas las decisiones del Consejo de Estado en cumplimiento del fallo del TJCA, por considerar que se le habían vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió el fallo cuya decisión no concedió el amparo solicitado por ETB, quien interpuso recurso ante la Sección Segunda del Consejo de Estado, el cual confirmó esta decisión.

⁷⁰⁴ Afirma el Consejo de Estado, que no está probado que las providencias objeto de tutela pongan en riesgo grave e inminente los derechos de la sociedad demandante.

⁷⁰⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 1 de abril de 2013. Sección Segunda C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. No 2013-00199-01 (AC). Actor la ETB y el demandado, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

La ETB en su solicitud manifestó que el asunto objeto de la controversia ya había sido objeto de decisión en distintas instancias judiciales, y que COMCEL había solicitado convocar a un Tribunal de Arbitramento al Centro de Arbitraje sin cumplir los requisitos, como el de presentar la demanda de convocatoria, impidiendo de esta manera que ETB ejerciera su derecho de defensa.

Sumado a lo anterior, el accionante manifestó que COMCEL desconoció la obligación que le impuso el Consejo de Estado⁷⁰⁶ de devolver las sumas de dinero que ETB había cancelado por concepto de los laudos anulados⁷⁰⁷.

El Consejo de Estado determinó que es el Tribunal Arbitral el que debe pronunciarse sobre su competencia para decidir el asunto planteado y sobre el cumplimiento de los requisitos de la demanda arbitral. Por último, consideró que la ETB no fue objeto de trato discriminatorio por parte del Centro de Arbitraje, pues se citó a una reunión para designar a los árbitros de común acuerdo, y ante la imposibilidad de hacerlo porque la ETB no asistió, se procedió a su designación de conformidad con el artículo 14 de la Ley 1563 de 2012⁷⁰⁸.

⁷⁰⁶ Es decir, las Sentencias del 9 de agosto de 2012 proferidas por el Consejo de Estado en cumplimiento del Fallo del TJCA, que deja sin efectos los recursos de anulación y anula los respectivos laudos entre COMCEL y ETB.

⁷⁰⁷ Los valores los había cancelado la ETB a COMCEL en cumplimiento de los laudos arbitrales que lo condenaron a cancelar, por concepto de la diferencia entre lo pagado y lo que ha debido pagar por cargos de acceso por el uso de la red de COMCEL para la terminación de llamadas de larga distancia internacional (LDI).

⁷⁰⁸ Para mayor ilustración, se transcribe el Artículo 14 sobre la integración del Tribunal Arbitral:

1. Si las partes han designado los árbitros, pero no consta su aceptación, el director del centro de arbitraje los citará por el medio que considere más expedito y eficaz, para que se pronuncien en el término de cinco (5) días. El silencio se entenderá como declinación. Este mismo término y el efecto concedido al silencio, se aplicará para todos los eventos en que haya designación de árbitro y este deba manifestar su aceptación.
2. Si las partes no han designado los árbitros debiendo hacerlo, o delegaron la designación, el director del centro de arbitraje requerirá por el medio que considere más expedito y eficaz a las partes o al delegado, según el caso, para que en el término de cinco (5) días hagan la designación.
3. Si las partes delegaron al centro de arbitraje la designación de todos o alguno o varios de los árbitros, aquella se hará por sorteo dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud de cualquiera de ellas.

6. Recurso Extraordinario de Revisión⁷⁰⁹

COMCEL interpuso recurso extraordinario de revisión y solicitó una medida cautelar con el fin de que se modularan los efectos de la sentencia de *encuadernación* dictada por el Consejo de Estado, luego de las decisiones de esta Corporación del 2012, de las tutelas interpuestas por las partes antes mencionadas, y de haberse iniciado de nuevo los trámites arbitrales.

Este operador consideró que el Consejo de Estado había activado un proceso arbitral y que además había vulnerado la inmutabilidad de sentencias ejecutorias que ya había hecho tránsito a cosa juzgada, refiriéndose a los fallos de los recursos de anulación.

También, consideró este operador que esta Corporación incurrió en nulidad por omitir la competencia de la Sala Plena del Consejo para anular las sentencias, que creó un proceso particular para resolver el caso dejando de lado el principio de legalidad, e incumplió normas andinas por no haber solicitado a esa fecha la Interpretación Prejudicial.

A su turno, el Consejo de Estado negó la solicitud realizada por COMCEL por improcedente, pues la medida solicitada no estaba prevista en el trámite del recurso extraordinario de revisión, ya que el Código de Procedimiento

4. En defecto de la designación por las partes o por el delegado, el juez civil del circuito, a solicitud de cualquiera de las partes, designará de plano, por sorteo, principales y suplentes, de la lista de árbitros del centro en donde se haya radicado la demanda, al cual informará de su actuación.

5. De la misma forma se procederá siempre que sea necesario designar un reemplazo.

6. Las partes, de común acuerdo, podrán reemplazar, total o parcialmente, a los árbitros con anterioridad a la instalación del tribunal.

⁷⁰⁹ Auto que resuelve solicitud de medida cautelar. CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 21 de abril de 2014. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. No 2042-00. Demandante: COMCEL. Demandado: ETB

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la consagra para procesos declarativos⁷¹⁰.

7. Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional. Tutela en contra del fallo proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁷¹¹

La Sentencia SU-263 de 2015 revisó el fallo de tutela emitido en segunda instancia por la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.

COMCEL interpuso acción de tutela contra tres providencias proferidas por el Consejo de Estado en el 2012⁷¹², por medio de las cuales dicha Corporación obedeció la decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, correspondiente a la Sentencia 3-AI-2010⁷¹³.

La Corte Constitucional revocó la sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁷¹⁴, que negaba la protección de los derechos invocados dentro de la acción de tutela presentada por COMCEL en contra de la Sección Tercera y confirmó el fallo que declaró la improcedencia del amparo constitucional proferido por la

⁷¹⁰ Este mismo cuerpo normativo remite al Código de Procedimiento Civil, y al Código General del Proceso que tienen previsto medidas cautelares que en este caso no aplican por ser propias del derecho privado. A la fecha el recurso se encuentra en trámite.

⁷¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 263 del 7 de mayo de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

⁷¹² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencias del 9 de agosto de 2012.

⁷¹³ Decisión del TJCA por Acción de Incumplimiento interpuesta por la ETB contra la República de Colombia y la Sección Tercera del Consejo de Estado, y el Auto aclaratorio del 15 de noviembre de 2011. Como consecuencia el Consejo de Estado invalidó sus propias decisiones respecto del recurso de anulación, dejándolas sin efecto y anuló los laudos arbitrales de diciembre de 2006. Como antecedente: tanto los laudos arbitrales como los recursos de anulación fueron a favor de COMCEL.

⁷¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 23 de octubre de 2013.

Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en primera instancia.

La Corte consideró que en este caso no se reunían los requisitos para concluir que ocurriría un perjuicio irremediable que fuera argumento suficiente para que procediera la tutela de manera transitoria⁷¹⁵. Por tanto, afirmó que no hubo vulneración de derechos fundamentales, ya que el asunto sólo tenía contenido de carácter patrimonial.

Concluyó esta Corporación, que la acción de tutela era improcedente cuando en un proceso contencioso administrativo se alegaba la vulneración al debido proceso y este derecho fundamental podía ser protegido mediante el recurso extraordinario de revisión.

Es importante tener presente que COMCEL consideraba que los fallos del Consejo de Estado eran indeterminados⁷¹⁶ y que estos podrían no cumplir con el requisito previsto en el Código Contencioso Administrativo, sobre la procedencia del recurso extraordinario de revisión contra las sentencias ejecutoriadas.

⁷¹⁵ Al respecto la Corte cita la Sentencia SU 712 de 2013, que se refiere a los requisitos del perjuicio irremediable: *“Cuando se hace uso de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable la jurisprudencia ha fijado los criterios de inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad de la intervención, como los referentes para aceptar la procedencia del amparo ante la presencia de otras vías de defensa judicial, cuyo alcance ha sido explicado en los siguientes términos: “En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”*

⁷¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencias del 9 de agosto de 2012. C.P. Mauricio Fajardo Gómez (Rad: 43.045); Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Rad: 43.281); Carlos Alberto Zambrano Barrera (Rad: 43.195).

Ahora bien, COMCEL consideró que la posibilidad de que se extendiera en el tiempo el pronunciamiento sobre el recurso de revisión era factible y que este aspecto lo afectaría, por tanto determinó que no era el medio idóneo para proteger su derecho de acceso a la administración de justicia.

Sin embargo, la Corte consideró que en este caso no se encuentra que el paso del tiempo genere un menoscabo a COMCEL, quien podría hacer lo siguiente:

(i) Comcel puede ejercer todos sus derechos nuevamente dentro de los trámites arbitrales o administrativos que se hayan convocado o se adelanten, incluyendo, por ejemplo, la acción de nulidad ante el Consejo de Estado; (ii) El objeto principal del proceso, esto es, los dineros que hubiere de reintegrar podrían volver a su patrimonio, debidamente indexados, en caso de que el recurso extraordinario determinara la existencia de una vulneración de sus derechos; hay que tener en cuenta que en ninguna ocasión Comcel demostró que la devolución de esa cantidad puede llegar a impedir que cumpla con su objeto social o cualquiera de sus obligaciones.

Adicionalmente, la Corte consideró que como la acción de tutela se declaró improcedente, no era necesario hacer referencia a las normas comunitarias y que, por ende, tampoco se debía solicitar la Interpretación Prejudicial, pedida por la ETB⁷¹⁷.

⁷¹⁷ En el caso concreto, aun se hubiera dado el caso de dar el amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, tampoco hubiese sido necesario solicitar la interpretación, porque la decisión no sería la definitiva del asunto. Sobre el tema, la Corte transcribe el siguiente párrafo de la Sentencia C-228 de 1995, sobre el alcance de las normas comunitarias: “Frente a esta situación, considera la Sala que la ausencia de concepto no limita a esta Corporación a desatar la acción de tutela propuesta, por cuanto esta acción constitucional, como se verá más adelante, sería procedente como mecanismo transitorio al constatar la existencia de un perjuicio irremediable y es precisamente el hecho de no resolver definitivamente el conflicto lo que hace que el concepto del Tribunal no sea necesario, como sí lo sería para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la cual como se ha dicho es el canal adecuado para definir esta controversia.”

Para resumir, en primera instancia se denegó por improcedente la acción de tutela⁷¹⁸ por considerarse que COMCEL no había agotado los mecanismos de defensa judicial, al existir la posibilidad de acudir al recurso extraordinario de revisión, cuya causal a invocar sería “*nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede el recurso de apelación*”.

En segunda instancia, la Sección Quinta del Consejo de Estado⁷¹⁹, modificó el fallo de primera instancia y negó la protección de los derechos invocados dentro de la acción de tutela presentada por COMCEL en contra de la Sección Tercera. Esa Sección consideró que el derecho de acceso a la administración de justicia no se había afectado y que los temas de fondo de la controversia serían resueltos por los tribunales de arbitramento.

Finalmente, la Corte Constitucional confirmó el fallo proferido en primera instancia por la Sección Cuarta, y declaró la improcedencia del amparo constitucional⁷²⁰.

⁷¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta, Sentencia del 28 de febrero de 2013.

⁷¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta, Sentencia del 23 de octubre de 2013.

⁷²⁰ En resumen, a raíz de las decisiones del Consejo de Estado del 2012, COMCEL interpone la acción de tutela contra los tres fallos proferidos por esta Corporación, en cumplimiento de la decisión del TJCA, y la ETB hace lo mismo contra el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, en cuanto a las tutelas interpuestas por este operador, que consideró que COMCEL estaba solicitando al Centro de Arbitraje que se reanudaran ilegalmente tres procesos arbitrales, que ya estaban concluidos, que se violó el debido proceso y que además no se cumplió la orden del Consejo respecto a la devolución de los dineros por parte de COMCEL a la ETB. Para mayor información, ver la sentencia de la Corte Constitucional. Sentencia T-783 del 12 de noviembre de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En resumen, no procede la acción de tutela por no cumplir el principio de subsidiariedad, pues se cuenta con otros medios de defensa judicial.

La ETB instauró acciones de tutela contra el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. La Sala de Revisión considera que las acciones de tutela presentadas la ETB son improcedentes. Lo anterior teniendo en cuenta que este operador cuenta con otros medios de defensa judicial, para hacer valer todos los derechos invocados. La Corte afirma que el poder para definir la existencia de una “demanda real”, que cumpla los requisitos del reglamento del Centro de Arbitraje, está en cabeza del Tribunal de Arbitramento, y no en manos de este Centro que presta apoyo administrativo y sus funciones no son de carácter judicial; la acción de tutela contra los actos del Centro de Arbitraje solo procederá de manera excepcional cuando se verifique que no son suficientes para salvaguardar los

CAPÍTULO TERCERO. LOS NUEVOS TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO Y LAS INTERPRETACIONES PREJUDICIALES

Este Capítulo tiene como objetivo exponer las principales consideraciones de los nuevos laudos arbitrales proferidos a raíz de la decisión del Tribunal Andino de la Comunidad Andina respecto a la acción de incumplimiento interpuesta por la ETB, y las interpretaciones prejudiciales respectivas.

Así mismo se incluyen otros laudos recientes en los cuales se abordan aspectos importantes sobre la competencia de la Comisión para resolver las controversias.

El propósito es presentar en orden cronológico siete laudos que tuvieron gran incidencia sobre el tema, once interpretaciones prejudiciales y cuatro recursos de anulación.

1. Nuevos Laudos Arbitrales

A raíz de los pronunciamientos del Consejo de Estado, en los cuales se dejaron sin efectos los fallos sobre los recursos de anulación interpuestos, y se anularon los respectivos laudos arbitrales, se instalaron nuevos tribunales arbitrales, cuyos laudos se traen a continuación, para conocer de primera mano un tema no pacífico sobre la competencia para conocer las controversias relacionadas con la interconexión.

derechos las etapas del trámite arbitral o el recurso de anulación; también cuando que presente un perjuicio irremediable.

1.1 Fallo del Tribunal de Arbitramento respecto de la controversia entre COMCEL y ETB del 10 de octubre de 2014. El Tribunal Arbitral se declara incompetente para decidir⁷²¹

El propósito es destacar las principales consideraciones del Tribunal Arbitral sobre el contrato suscrito entre las partes en conflicto, los cambios regulatorios y la respuesta del TJCA que lo llevo a tomar su decisión.

1.1.1 Sobre el contrato⁷²²

En desarrollo de dicho contrato se acordó que la ETB se obligaba a pagarle a OCCEL unas sumas de dinero, por concepto de los cargos de acceso por la utilización de la red celular para terminar las comunicaciones de larga distancia internacional entrante⁷²³.

El valor establecido era provisional y correspondía al cargo de acceso que pagan los operadores de larga distancia por el acceso a la red de TPBC local de acuerdo al valor estipulado en la regulación vigente o a aquel que estableciera la CRT como cargo de acceso a pagar por los operadores de larga distancia a los operadores de TPBC. Este valor se consideraba provisional mientras las partes definían el valor definitivo a pagar por este concepto.

⁷²¹ El Tribunal Arbitral estaba compuesto por los árbitros, Juan Carlos Cuesta, María Fernanda Guerrero y Luis Fernando Villegas.

⁷²² Contrato de Acceso, Uso e Interconexión del 13 de noviembre de 1998.

⁷²³ Corresponde al contrato de Interconexión celebrado el 13 de noviembre de 1998, entre la ETB y OCCEL, cuyo objeto es regular las relaciones entre las partes del mismo, y las condiciones técnicas, financieras, comerciales, operativas y jurídicas originadas en el acceso, uso e interconexión directa de la red TPBCLD de ETB, con la red de TMC de OCCEL S.A.

Si no se lograba un valor diferencial por parte de la ETB en la negociación con los operadores internacionales, ETB reconocería a OCCEL por la terminación de las llamadas internacionales entrantes, el cargo de acceso establecido por el ente regulador competente que debe pagar el operador celular a los operadores de TPBCL, como valor definitivo.

Además, la cláusula incluía que lo indicado en el párrafo anterior se aplicaría automáticamente al vencimiento del plazo señalado de 90 días, sin necesidad de acuerdo entre las partes. Todo esto, en el evento en que no se lograra un acuerdo comercial mutuo con condiciones más favorables.

Las partes se comprometieron y acordaron que por su parte OCCEL, debía cobrar a los demás operadores de larga distancia una suma de dinero por este mismo concepto.

También dentro de la cláusula se aclaró que los valores acordados no estaban referenciados al costo por uso de la red celular de OCCEL. Los valores eran productos de negociaciones comerciales.

1.1.2 Cambios regulatorios. Resolución 253 de 28 de abril de 2000.

La Resolución 253 de 2000 modificó la Resolución 087 de 1997, mediante la cual estableció el régimen aplicable a las tarifas fijando la remuneración de los operadores de redes móviles por las llamadas de larga distancia internacional entrantes, en una suma equivalente a la que pagaban los operadores de larga distancia por terminar tráfico en las redes de los operadores locales.

La Resolución CRT 463 del 27 de diciembre de 2001, mediante la cual se modificó el Título IV y el Título V de la Resolución 087 de 1997, incluyó dos esquemas para el pago de cargos de acceso por tiempo y por capacidad.

La Resolución CRT 489 compilatoria, tomó el artículo quinto de la Resolución 463, que disponía que *“los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución CRT 463 de 2001 o acogerse, en su totalidad a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 del 2001 y compilada en la presente Resolución, para todas sus interconexiones”*.

Como antecedente, ETB se había acogido al esquema de cargos de acceso previsto en la Resolución 463 de 2001 en sus relaciones de interconexión con algunos operadores, sin embargo, en su relación con OCCEL había mantenido la tarifa aplicada antes de entrar a regir la citada resolución.

Luego COMCEL⁷²⁴, en enero de 2003 le solicitó a ETB, aplicar los valores establecidos en la Resolución de la CRT 463 de 2001 para el tráfico de larga distancia entrante y realizar el ajuste de la liquidación de los cargos de acceso desde el mes de enero de 2002; petición que fue rechazada en el mes siguiente por ETB. Ese mismo año, en el mes de agosto, COMCEL solicitó a la CRT su intervención para dirimir el conflicto surgido con ETB.

Acto seguido vinieron todas las actuaciones ya comentadas como las resoluciones de la Comisión, los laudos arbitrales, los recursos de anulación, la decisión del TJCA, y los tres fallos del Consejo de Estado que finalmente

⁷²⁴ Antes OCCEL. COMCEL compró a OCCEL en 1998 y finalmente se fusionan en el 2002, año en el cual también compró a CELCARIBE.

dejaron sin efectos las sentencias que declararon infundados los recursos, y declararon la nulidad de los laudos arbitrales.

En efecto, como el conflicto estaba por resolverse, por iniciativa de COMCEL se instaló de nuevo un Tribunal de Arbitramento ocho años después de haberse instalado el primer Tribunal Arbitral entre las partes, el cual solicitó al TJCA la Interpretación Prejudicial, que declaró que este Tribunal Arbitral no era competente para resolver las controversias surgidas entre COMCEL y ETB en razón del contrato suscrito el 13 de noviembre de 1998 y pronunció un laudo inhibitorio.

El Tribunal Andino en esta oportunidad hizo referencia a la Interpretación Prejudicial dentro del proceso 181-IP-2013⁷²⁵, en la cual manifestó lo siguiente, sobre el concepto de juez nacional y de árbitro, así como de su obligación de solicitar la Interpretación Prejudicial del Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina:

(...) Los árbitros o tribunales de arbitramento que son de única o última instancia y fallan en derecho, se incluyen dentro del concepto de juez nacional contenido en los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 122 y 123 de su Estatuto y, en consecuencia, tiene la obligación de solicitar Interpretación Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando conozcan de un proceso en el que debe aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, de conformidad con las previsiones consagradas en la normativa comunitaria.

Por lo señalado anteriormente, el concepto de juez nacional, de acuerdo a las normas comunitarias, alcanza a los árbitros en derecho, que decidirán el proceso, ateniéndose a la Ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. (...)

⁷²⁵ Caso entre la ETB y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES

El Tribunal de Arbitramento procedió a solicitar la consulta prejudicial y elevó consulta varias preguntas. Para el Tribunal está claro que la controversia que quieren resolver las partes, tiene su origen en un contrato que regula la relación de interconexión entre ellas, y como se refiere a un tema regulado por el ordenamiento andino, está obligado a surtir este paso.

El Tribunal Arbitral realizó la siguiente consulta al TJCA relacionada con la materia sobre la cual se pronunciaría pues de carecer de competencia nada de lo que se discute podría ser resuelto por este.

En efecto, al elevar la consulta y solicitar la Interpretación Prejudicial, este Tribunal Arbitral indagó si “(...) al determinar el contenido y alcance del artículo 32 de la Decisión 462 frente a la competencia de un Tribunal de Arbitramento en desarrollo de una cláusula compromisoria, para resolver controversias originadas en la selección de la tarifa que debe aplicarse en un contrato de interconexión, debiendo escogerse entre la tarifa determinada de común acuerdo entre las partes y la fijada posteriormente por la Autoridad Nacional Competente . Lo anterior, en el entendido que para dirimir la controversia, el Tribunal Arbitral no fijaría tarifa o cargo de acceso alguno, sino fijaría cuál de las tarifas fijadas es la aplicable.”⁷²⁶

Sobre esta consulta, el TJCA según el pronunciamiento No. 255-IP-2013 respondió sobre cuál sería la autoridad competente para resolver conflictos de interconexión en caso de desacuerdo entre las partes. Al respecto citó la Interpretación Prejudicial 181- IP-2013⁷²⁷, la cual expresa que:

*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.***

⁷²⁶ Consulta Prejudicial del 5 de diciembre de 2013 radicada en la Secretaría del TJCA.

⁷²⁷ El TJCA consideró que la cita que trae la Interpretación Prejudicial 255-IP-2013, para este caso, y que se refiere a la interpretación perjudicial 181-IP-2013, aplica para el caso en concreto. Esa Interpretación Prejudicial, fue emitida por un conflicto en Colombia de dos PRST sobre cargos de acceso aplicables a una interconexión, cuyo caso fue resuelto por la CRT en el año 2005.

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.

Por su parte, el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría 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 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).

La IP aclara que este Tribunal Arbitral no es continuación del Tribunal Arbitral inicial.

Al respecto, el Tribunal Arbitral actual sostiene que el trámite es autónomo e independiente del Tribunal de Arbitramento anterior. Así mismo, reitera que el laudo de ese Tribunal Arbitral fue anulado⁷²⁸, y que la justicia arbitral es *pro tempore*, no puede ser reinstalada ni existe procedimiento para el efecto, igualmente señala que el trámite arbitral es reglado, y que la Ley 1563 de 2012 que expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional no estableció trámites *ad hoc* o especiales para este tipo de casos. Así mismo, afirma que este trámite arbitral garantiza y ha garantizado el debido proceso, el derecho de defensa y el derecho de contradicción.

El Tribunal Arbitral declaró su competencia para hacer el análisis que luego lo hiciera inhibirse para pronunciarse sobre el caso. Al respecto, tuvo en cuenta los siguientes aspectos, que se resumen a continuación: el Tribunal Arbitral hace parte del sistema de justicia de la Comunidad, como cualquier otro

⁷²⁸ Según el Proceso 03-AI-2010 del TJCA, el Auto aclaratorio del 15 de noviembre de 2011 y la sentencia del Consejo de Estado del 9 de agosto de 2012.

funcionario de la rama jurisdiccional debe proceder a aplicar las normas emitidas por la CAN, así que según los antecedentes y anulaciones de los laudos debía solicitar la Interpretación Prejudicial para definir por una parte, si las normas de la CAN (Decisiones 439 y 462 y la Resolución 432 de la SGCAN), eran aplicables a las relaciones de interconexión y cargos de acceso, entre operadores de un mismo País Miembro, e igualmente para determinar la competencia para resolver controversias en materia de interconexión. Así mismo, tuvo en cuenta la obligación de elevar consultas al TJCA respecto de la interpretación y aplicación de las normas de la CAN.

Por todo lo anterior, el Tribunal consideró necesario declararse competente inicialmente y asumir el rol de árbitro para proceder a elevar la consulta al TJCA. El Tribunal Arbitral consideró que sin decretar su propia competencia, no hubiese podido actuar como juez comunitario para elevar la consulta, tampoco habría podido decidir ni adoptar posteriormente la decisión del TJCA. El Tribunal Arbitral estaba obligado a solicitar la consulta, según lo consagrado en el artículo 123 del Estatuto del TJCA, citado:

Art.123: Consulta obligatoria: De oficio o a petición de parte, el Juez Nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspenderse el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.

Sobre la obligatoriedad de acatar lo dicho en la Interpretación Prejudicial, el artículo 127 del Estatuto TJCA (Decisión 500), contempla:

Art. 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.

En resumen, luego de algunas consideraciones, el Tribunal Arbitral manifestó lo siguiente:

Como corolario de todo lo expuesto, este Tribunal carece de competencia principal para resolver la controversia planteada así como de competencia residual, porque esta última tampoco está consagrada en las normas dado que la Resolución 432 se refiere a una única, exclusiva y excluyente competencia en cabeza de la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones competente, entiéndase CRC actualmente, de una parte, y de la otra, si se entendiera por competencia residual aquella para conocer de las materias resueltas por la otrora CRT en sus Resoluciones 980 y 1038 varias veces citadas, sin importar si contienen decisiones inhibitorias o no, este Tribunal tampoco la tendría, porque el control de legalidad de los actos administrativos es competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa administrativa y, ni siquiera por habilitación de las partes, este Tribunal podría conocer de la misma.

El Tribunal Arbitral por medio del laudo puso fin al proceso, y declaró que se inhibía para pronunciarse respecto de las pretensiones de la convocante y de las excepciones de la convocada, por carecer de competencia.

1.2 Fallo del Tribunal de Arbitramento del 14 de octubre de 2014, respecto de la controversia entre ETB y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES (COLTEL). El Tribunal Arbitral se declaró no competente para decidir parcialmente⁷²⁹

El objetivo de analizar el laudo del caso ETB vs. COLTEL está dado por el análisis que hace el Tribunal Arbitral sobre su competencia para resolver en un conflicto sobre cargos de acceso, el cual difiere en cuanto a su regulación, por tratarse de un acuerdo de interconexión de dos operadores locales entre redes locales.

⁷²⁹ El Tribunal Arbitral estaba compuesto por William Namén Vargas, María Cristina Morales de Barrios y Juan Pablo Cárdenas Mejía.

El asunto central de la controversia giró en torno al pago de los cargos de acceso entre redes locales, que se remuneran bajo el esquema *Sender Keeps All*, y que según uno de los operadores, no remunera el tráfico cuando este es asimétrico.

El Tribunal de Arbitramento consideró que no era competente para resolver controversias relativas a la regulación de interconexión, sin embargo, consideró que si podía pronunciarse sobre otros aspectos contractuales o extracontractuales entre los operadores.

El Tribunal soportó su decisión en la IP-181-2013⁷³⁰, proferida por el TJCA dentro del proceso arbitral, pues según esta autoridad andina, la competencia para resolver los conflictos surgidos por la interconexión es de la Autoridad Nacional Competente. Aspecto que está expresamente consagrado en la Decisión Andina 462.

Así mismo, la Resolución 432 de la Secretaria General de la CAN otorgó competencia a la Autoridad de Telecomunicaciones del país donde se realiza la interconexión para solucionar los conflictos que surjan.

Aunque el Tribunal Arbitral acogió la IP del TJCA, expresó inquietudes alrededor del pronunciamiento del TJCA en el Proceso 03-AI-2010, toda vez que en fallo del 26 de agosto de 2011, esta autoridad comunitaria solicitó que se anularan los laudos arbitrales, y como efecto, que se devolviera el asunto al Tribunal de Arbitramento que debió solicitar la consulta prejudicial para que se subsanare la omisión. Sobre este aspecto, en el Auto Aclaratorio⁷³¹, el

⁷³⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 181-IP-2013, del 22 de enero de 2014. M.P. Leonor Perdomo Perdomo.

⁷³¹ Auto Aclaratorio del 15 de noviembre de 2011 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 26 de agosto de 2011.

TJCA expresó que el Tribunal de Arbitramento debía constituirse nuevamente de acuerdo con las normas colombianas, para que luego este solicitara la debida Interpretación Prejudicial de conformidad con la normativa comunitaria y la jurisprudencia del TJCA.

Al respecto, el Tribunal Arbitral manifestó que según las decisiones del TJCA de agosto y noviembre de 2011, tendría competencia para conocer de las controversias surgidas de la interconexión, luego de que se surtiera la IP.

Por otra parte el Tribunal Arbitral dejó constancia de que aunque el TJCA, según la normatividad andina, debía limitarse a interpretar ese cuerpo normativo, en la IP emitida (181-IP-2013), fue más allá, al manifestar que el Tribunal Arbitral no era competente para resolver el asunto en particular, aspecto que efectivamente fue fruto de un análisis de los hechos del proceso que, en principio, serían de conocimiento del juez nacional.

Como antecedente, la CRT se pronunció sobre el caso a través de la Resolución 1388 de 2005, que resolvió el recurso de reposición y confirmó la Resolución 1345 de 2005, decisiones que frente a la ausencia de acuerdo entre las partes sobre el tema del pago de los cargos de acceso entre sus redes locales en Bogotá, incluyeron determinaciones por parte del Regulador, consistentes en que les regía la forma de remuneración prevista en la Resolución CRT 463 de 2001 artículo 4.2.2.20, la cual debía ser implementada en esa relación de interconexión desde la fecha en la cual COLTEL presentó la solicitud de solución controversias ante el Regulador.

Por ese motivo, y teniendo en cuenta la IP, el Tribunal Arbitral consideró que el asunto estaba decidido, y que la vía para controvertir esa decisión era la acción de incumplimiento ante el TJCA o ante el juez natural nacional.

Ahora bien, es claro que las partes no acordaron precios para sus cargos de acceso entre redes locales, y que a falta de acuerdo se aplica el sistema *Sender Keeps All*, según las normas regulatorias de la CRT, que en este caso no distinguían si el tráfico cursado era simétrico o asimétrico.

Sin embargo, estaba probado que el tráfico era asimétrico, y esta diferencia estaba en contra de ETB, aspecto que el Tribunal consideró por fuera de su competencia, por lo dicho previamente; pero, en todo caso, afirmó que era el Regulador quien debía acometer su análisis y proponer los correctivos, de ser el caso, para remediar posibles situaciones inequitativas. Por último, el Tribunal manifestó que las normas reguladoras parten de un supuesto *teórico e ideal*, cuya ejecución práctica evidencia falencias.

1.3 Fallo del Tribunal de Arbitramento del 21 de octubre de 2014 respecto de la controversia entre COMCEL y ETB. El Tribunal Arbitral se declaró competente para decidir⁷³²

El Tribunal de Arbitramento se declaró competente para resolver el asunto y profirió un laudo en el cual determinó que ETB incumplió el contrato de interconexión celebrado con COMCEL, en cuanto al pago del precio acordado⁷³³. Por ese motivo, ETB debía pagar la diferencia entre los cargos de acceso liquidados según la Resolución 253 de 2000 y las tarifas fijadas por las Resoluciones CRT 463 de 2001, CRT 489 de 2002 y CRT 087 de 1997⁷³⁴.

⁷³²El Tribunal de Arbitramento estaba compuesto por Juan Manuel Arboleda, Omar Rodríguez y Mauricio Velandia.

⁷³³ Corresponde al contrato de Interconexión celebrado el 13 de noviembre de 1998, entre las partes cuyo objeto era regular las relaciones a propósito de la interconexión directa de la Red de TPBCLD de ETB con la Red de TMC de COMCEL.

⁷³⁴ El Tribunal de Arbitramento condenó a la ETB a pagar intereses moratorios desde la fecha de pago de cada liquidación y hasta la presentación de la demanda. Esta suma está limitada a la cifra estimada en el Juramento Estimatorio. Así mismo, se condenó al pago de intereses moratorios desde la presentación de la demanda y hasta la fecha en que se emitió el Laudo, como los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda, según el Código General del Proceso.

El Tribunal Arbitral consideró que COMCEL y ETB convinieron incorporar al contrato de interconexión⁷³⁵ la Resolución CRT 087 de 1997, así como las tarifas proferidas por la Entidad Reguladora. La remuneración de los cargos de acceso correspondía entonces a la de “Cargos de Acceso Máximos por Minuto”, como lo contemplaban dichas resoluciones.

A continuación se abordarán las principales consideraciones del Tribunal Arbitral sobre su competencia, la aplicación de la norma comunitaria, los aspectos regulatorios sobre cargos de acceso, la respuesta del TJCA en la IP, y el salvamento de voto de algunos árbitros.

1.3.1 Sobre la competencia del Tribunal de Arbitramento

El Tribunal Arbitral consideró que el objeto de la controversia era de naturaleza contractual, de forma que en este caso no estaba en discusión la existencia, validez o vigencia de un acto administrativo, sino que se trataba de la aplicación de las normas regulatorias proferidas por el Regulador y la armónica interpretación de estas con las disposiciones contractuales⁷³⁶.

1.3.2 Aplicación de la norma comunitaria

⁷³⁵ Contrato de Interconexión entre la Red de TPBCLD de ETB con la Red de TMC de COMCEL del 13 de noviembre de 1998.

⁷³⁶ Como ya se había mencionado, el Consejo de Estado en cumplimiento del fallo del TJCA anuló los laudos arbitrales por no haber cumplido el requisito de solicitar la Interpretación Prejudicial. Esa Corporación no cuestionó la competencia de los Tribunales de Arbitramento para decidir sobre los asuntos que, en virtud del pacto arbitral, les fueron encomendados. El TJCA declaró el incumplimiento de las normas andinas al no haber exigido en los procesos la Interpretación Prejudicial.

El Tribunal Arbitral cumplió con el requisito de solicitar la Interpretación Prejudicial, en la que el TJCA reiteró que la competencia para dirimir los conflictos derivados de la interconexión es de titularidad de la Autoridad Nacional Competente, es decir, la CRC.

Específicamente, sobre esta facultad del Regulador, el Tribunal citó jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual se afirmó que las funciones de intervención de la Comisión eran de carácter administrativo, y que la facultad de solucionar conflictos sobre la interconexión era parte de la función administrativa que le correspondía y no podía actuar entonces como autoridad jurisdiccional.

El Tribunal Arbitral consideró teniendo en cuenta la Interpretación Prejudicial del TJCA, que las normas andinas no son aplicables a conflictos entre operadores de un mismo país, porque si bien el artículo 2 de la Decisión 439 sobre el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina adopta definiciones y se refiere al comercio de servicios entre Países Miembros, no hace referencia al comercio de servicios dentro de un mismo país.

Finalmente, el Tribunal Arbitral concluyó que el Órgano Regulador tiene la facultad para regular las tarifas y para fallar los conflictos entre los operadores en ejercicio de funciones administrativas que culminan con el trámite de esa naturaleza, sin perjuicio de que se dé inicio al proceso judicial, por lo cual consideró que era competente para decidir sobre las pretensiones de COMCEL en contra de ETB.

Todo lo anterior, teniendo en cuenta que había un pacto arbitral, y que el asunto era “*transigible, de contenido patrimonial, negociable y renunciable y*

*las instancias contractuales previas a su competencia fueron agotadas como aparece demostrado en el proceso*⁷³⁷

Como se mencionó con anterioridad, el Tribunal Arbitral consideró que las normas andinas no eran aplicables en este caso, pues independientemente de que se hubiese cumplido con la solicitud de Interpretación Prejudicial, esto es, que el TJCA según el cometido de cooperar con el juez nacional hubiera verificado la interpretación de manera uniforme y objetiva de la norma comunitaria, es al juez nacional a quien le correspondía aplicar el derecho al caso en concreto⁷³⁸.

El Tribunal Arbitral manifestó que las normas andinas se referían a la interconexión y que en este caso el asunto de fondo no era ese, sino la remuneración que ETB le debía pagar a COMCEL por el uso de su red en el servicio de larga distancia internacional, es decir, que era una controversia puramente contractual.

⁷³⁷ Pacto arbitral, según la cláusula veinticuatro del Contrato de Interconexión suscrito el 13 de noviembre de 1998. Ver Anexo No 2.

⁷³⁸ El Tribunal Arbitral cito la sentencia de la Corte Constitucional C-227 de 1999, que declaró la exequibilidad del Tratado Aprobatorio de la Creación del Tribunal Andino. Del fallo transcribe los siguientes apartes sobre la tarea del TJCA: “La aplicación directa y preferente del ordenamiento comunitario en los países miembros, obliga a articular un sistema que permita unificar su interpretación. El principio de igualdad demanda que la aplicación de las normas que componen este ordenamiento se realice de manera homogénea. De lo contrario, la atomización de interpretaciones podría conducir a situaciones de inequidad, lo cual minaría el esfuerzo de integración. Dado que la interpretación uniforme sólo abarca el contenido y alcance de las normas de la comunidad, no se puede aducir que se vulnere la autonomía funcional de los jueces nacionales. En últimas se revela en esta materia, relacionada con la aplicación del derecho comunitario, un rasgo inherente a la formación y puesta en obra de un ordenamiento jurídico supranacional, que apela al concurso de los órganos judiciales nacionales con el objeto de aplicar sus normas a las controversias que se sometan a su consideración. Justamente, los medios procesales de unificación de la interpretación, apuntan a armonizar los campos de actuación de los diferentes órganos judiciales, lo que se realiza concediendo al Tribunal preeminencia en lo que atañe a la determinación del contenido y alcance del derecho comunitario.”

El Tribunal de Arbitramento citó una nota publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena⁷³⁹, en la cual se fijaron los requisitos de carácter informativo del planteamiento de las solicitudes de Interpretación Prejudicial, en la cual se contempló que la consulta prejudicial es obligatoria cuando las decisiones no son susceptibles de ulterior recurso en derecho interno o si solo proceden recursos que no permiten revisar la norma sustantiva comunitaria⁷⁴⁰, y aclaró que tiene cabida siempre que en el proceso se deba “*aplicar o se controvierta una norma comunitaria*”⁷⁴¹.

El Tribunal Arbitral manifestó que el deber de solicitar la Interpretación Prejudicial al TJCA correspondió a la decisión del Consejo de Estado de obligar al Tribunal que se conformara para dirimir la controversia y para pedir la IP. Así mismo, insistió en que el tema que está en discusión no es la aplicación de las normas comunitarias, sin embargo hizo un análisis de la Interpretación Prejudicial del TJCA, que se encuentra adelante.

El Tribunal Arbitral hizo la reflexión de que en el derecho interno pasa lo mismo, destacó que en la normatividad colombiana estaba y está previsto que la Comisión de Regulación de Comunicaciones es la autoridad con la función de mediar en los conflictos originados en la interconexión entre operadores.

Los árbitros traen de nuevo a colación que en el caso concreto, COMCEL acudió al Regulador, y en su momento la CRT, se abstuvo de decidir porque

⁷³⁹ La Nota Informativa es del día 3 de agosto de 2.001, Año XVIII Número 694, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

⁷⁴⁰ Decisión 500 (Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 22 de junio de 2001). Artículo 123 sobre la Consulta obligatoria. En detalle: *De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.*

⁷⁴¹ *Ibíd.*

para ese órgano quien estaba habilitada para solicitar la resolución del conflicto era ETB⁷⁴².

Adicionalmente, los árbitros reiteraron que las funciones que ejerce el Regulador son administrativas y también señalaron que carece de funciones jurisdiccionales, por estar así previsto en la ley, y afirmaron que si el Regulador como autoridad administrativa no resuelve el conflicto, este deberá ser decidido por la *autoridad jurisdiccional*.

Frente a este tema, los árbitros hacen referencia a dos situaciones que se presentan a continuación, reflexionan acerca de si el conflicto es regulatorio, o si la naturaleza del conflicto es contractual, para concluir que en el primer evento se atacan los actos administrativos, y que la competencia será de la justicia contencioso administrativa, mientras que en los conflictos de naturaleza contractual, la jurisdicción ordinaria será la que conozca y falle el asunto.

Para el caso concreto, los árbitros consideraron que la Interpretación Prejudicial hacía referencia a que la Autoridad Nacional Competente tomara una decisión conforme al derecho interno, aspecto que para ellos ya se había surtido por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, de acuerdo con las resoluciones ya citadas del año 2004⁷⁴³.

⁷⁴² Resolución CRT 980 del 2 de abril de 2.004, confirmada por la Resolución CRT 1038 de 9 de julio de 2004. Y destaca que estos actos administrativos se encuentran en firme.

Solicitar la resolución del conflicto por parte del regulador puede hacerlo cualquier de las dos partes PRST, siempre y cuando se haya surtido la etapa que exige la norma sobre Reglas para la solución de controversias en materia de Interconexión de la negociación directa. EN el caso en concreto, la CRT consideró que carece de competencia para hacer cumplir una norma jurídica. El regulador se abstuvo de conocer la solicitud formulada por COMCEL, consideró que el asunto era de competencia de los “órganos de vigilancia y control”, por una parte y por otra, que la controversia versa sobre los inconvenientes generados entre las partes por la determinación del operador que tiene el derecho para elegir alguna de las opciones del artículo 5 de la Resolución 463 de 2001, que en este caso era la ETB.

⁷⁴³ Como lo mencionan los árbitros estas decisiones no decidieron de fondo el asunto y se basaron en las normas internas.

Los árbitros consideraron que habían dos temas fundamentales para tener en cuenta, de los cuales se derivarían las consecuencias que tendría su decisión, por una parte, era necesario analizar si en este caso aplicaban las normas comunitarias, para lo cual el Tribunal manifestó que no eran de aplicación por tratarse de un conflicto entre operadores de un mismo país, y cuyas prestaciones se efectuaron en un mismo territorio. Los árbitros manifestaron que no se tipificó ninguna hipótesis del artículo 80 sobre comercio intrasubregional de servicios del Acuerdo de Cartagena⁷⁴⁴.

Así mismo, afirmaron que el caso en concreto no encuadraba en las definiciones del artículo 2 de la Decisión 439 de la Comunidad Andina⁷⁴⁵, en

⁷⁴⁴ Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena). Decisión 563 del 25 de junio de 2003. Artículo 80.- El marco general previsto en el artículo anterior se aplicará al comercio de servicios suministrado a través de los siguientes modos de prestación:

- a) Desde el territorio de un País Miembro al territorio de otro País Miembro;
- b) En el territorio de un País Miembro a un consumidor de otro País Miembro;
- c) Por conducto de la presencia comercial de empresas prestadoras de servicios de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro; y,
- d) Por personas naturales de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro.

⁷⁴⁵ Sobre el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina del 11 de junio de 1998. Artículo 2.- A los efectos del presente Marco General, se adoptan las siguientes definiciones:

Comercio de servicios: El suministro de un servicio de cualquier sector, a través de cualquiera de los siguientes modos de prestación:

- a) Desde el territorio de un País Miembro al territorio de otro País Miembro;
- b) En el territorio de un País Miembro a un consumidor de otro País Miembro;
- c) Por conducto de la presencia comercial de empresas prestadoras de servicios de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro; y,
- d) Por personas naturales de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro.

Medida: Cualquier disposición, sea en forma de ley, decreto, resolución, reglamento, regla, procedimiento, decisión, norma administrativa, o en cualquier otra forma, adoptada o aplicada por los Países Miembros.

Medidas adoptadas por los Países Miembros que afecten al comercio de servicios: Abarcará las medidas referentes a:

- a) La compra, pago o utilización de un servicio;
- b) El acceso a servicios que se ofrezcan al público en general por prescripción de esos Países Miembros y la utilización de los mismos, con motivo del suministro de un servicio; o,
- c) La presencia, incluida la presencia comercial, de personas de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro para el suministro de un servicio.

Presencia comercial: Todo tipo de establecimiento comercial o profesional dentro del territorio de un País Miembro con el fin de suministrar un servicio, a través de, por ejemplo:

especial referentes al comercio de servicios y los modos de prestación, en los que siempre está de por medio la relación entre Países Miembros. Así mismo, afirmaron que el conflicto central del caso era sobre el precio o remuneración de los cargos de acceso, y que por lo tanto no se trataba de un conflicto de interconexión, e insistieron en que era un aspecto derivado de un anexo al contrato de interconexión.

Por otra parte, los árbitros analizaron si se estaba decidiendo sobre un tema regulatorio o sobre un tema contractual, y consideraron que era contractual por tratarse de la remuneración de las partes del contrato de interconexión por la terminación de las llamadas del servicio de larga distancia internacional entrante y saliente en sus redes, sobre la cual, la parte convocante, COMCEL, alegaba que tenía derecho a las tarifas que el Órgano Regulador había fijado en dos resoluciones de carácter general, y la parte convocada, ETB, consideraba que se debían respetar las tarifas convenidas en la ejecución del contrato de interconexión⁷⁴⁶.

a) La constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica; o,

b) La creación o mantenimiento de una sucursal o una oficina de representación.

Servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales : aquellos que el Gobierno o las entidades públicas de cualquiera de los Países Miembros suministren en condiciones no comerciales, ni en competencia con uno o varios prestadores de servicios, incluyendo las actividades realizadas por un banco central o una autoridad monetaria y cambiaria o por cualquier otra entidad pública.

Suministro de un servicio: Abarcará la producción, distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio.

⁷⁴⁶ Para la época de celebración del contrato el órgano regulador no había fijado ningún valor de cargo de acceso para las llamadas de telefonía pública básica conmutada de larga distancia internacional entrantes a las redes de telefonía móvil celular o de servicio de comunicación personal. Los operadores COMCEL y ETB acordaron dichos valores en el contrato, luego aproximadamente a los dos años de haberse suscrito el contrato fue regulado el tema por la CRT según la Resolución CRT 253 de 2000, en la cual se consagró que la remuneración de los operadores de redes móviles por las llamadas de larga distancia internacional entrantes, correspondería a la suma equivalente a la que pagaban los operadores de telefonía pública básica conmutada de larga distancia internacional (TPBCLDI) por terminar tráfico en las redes de los operadores de telefonía pública básica conmutada local (TPBCL). Según lo consagrado en el artículo 5.10.2.1 de la Resolución CRT 253 de 2000, contemplaba que los operadores de TPBCL, TPBCLC y TMR recibirían por concepto del acceso y uso de sus redes de TPBCL, los siguientes cargos por parte de los operadores de TPBCLD. El valor de los cargos de acceso que las empresas prestadoras de los servicios de TPBCL reciben de los operadores de TPBCLD cuando éstos hacen uso de sus redes, tanto en sentido entrante como saliente, fue fijado en treinta pesos (\$30) por cada minuto cursado o proporcionalmente por fracción de minuto de cada llamada completada. Esa tarifa

Finalmente, los árbitros consideraron que en este caso no era de aplicación la Resolución 432 de 2000 proferida por la Secretaría General de la Comunidad Andina, porque regula los principios que deben cumplir los Países Miembros dentro de sus regulaciones internas en cuanto a la interconexión, y que a la par en la legislación nacional, el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, precisa las competencias de la Comisión de Regulación de las Comunicaciones, de los jueces ordinarios, y de los árbitros.

1.3.3 Aplicación de las normas para la fijación del precio de los cargos de acceso

El Tribunal manifestó que no era competente para pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos, en particular, sobre las resoluciones proferidas por la Comisión de Regulación, sin embargo, analizó la vigencia de las normas que se debían aplicar para el caso en concreto y consideró que ETB debía pagar a COMCEL por la interconexión a su red de telefonía móvil celular (TMC), los precios fijados por la CRT. Lo anterior, según el artículo 4.2.2.19 de la Resolución 087 de 1997, que fue introducido por la Resolución CRT 463 de 2001. Luego el artículo fue derogado por la Resolución CRT 469 de 2002, y finalmente compilado por la Resolución CRT 489 de 2002.

sería actualizada el 1 de marzo de 1997, conforme con el Índice de Actualización Tarifaria (IAT) descrito en la misma norma.

1.3.4 Sobre la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 14-IP-2014

El Tribunal Comunitario, en respuesta a la solicitud realizada por el Tribunal de Arbitramento que dirimía el conflicto entre COMCEL y ETB, plasmó las siguientes conclusiones, que organizó en nueve puntos, y que se resumen a continuación:

Hace referencia a la IP obligatoria y a la facultativa, para reiterar que la primera se trata de una consulta necesaria cuando la sentencia que se va a proferir es de única o última instancia, no existiendo recurso alguno interno, cuando se trate de la aplicación de una norma que sea parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. En cuanto a la segunda⁷⁴⁷, no suspende el proceso y se presenta en casos donde el proceso no es de única o última instancia.

Respecto a la norma aplicable, el TJCA manifestó que si el tema que se discute se encuentra en la normatividad andina se aplica la norma comunitaria, y que solo podría aplicarse la norma interna del país cuando el asunto no esté contemplado en la norma comunitaria y su contenido no vaya en contra de las normas andinas. El TJCA hace mención del *principio de complemento*, que deja a la legislación de los Países Miembros contemplar aspectos que no fueron previstos en la normatividad andina, claro está, con la exigencia de que no se adicionen requisitos o reglamentaciones que entren en conflicto con el

⁷⁴⁷ Según el artículo 122 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que consagra: *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.*

Derecho Comunitario Andino o restrinjan aspectos esenciales regulados por él.

En este sentido, el TJCA reitera la potestad de las autoridades nacionales de telecomunicaciones de desarrollar, a través de normas internas, los asuntos sobre interconexión entre redes de telecomunicaciones, siempre sobre la base de que la norma interna no se puede contraponer a la comunitaria.

Partiendo de lo anterior, el TJCA consideró que se debe verificar si las partes podían haber tenido conocimiento de los cambios sobrevenidos por las normas expedidas, y así analizar si cabría restaurar el equilibrio del contrato a las nuevas necesidades, o si se debería resolver el contrato desde una fecha determinada y bajo las condiciones por las partes pactadas.

Teniendo en cuenta la solicitud de la convocada, consistente en que se definiera el alcance del principio *pacta sunt servanda* en los contratos de interconexión, el TJCA manifestó que rige para todos los contratos en general, sin embargo, reconoció que pueden surgir situaciones que traen cambios, como en este caso, la regulación de los valores a remunerar en el uso de las redes de TMC y PCS por tráfico de larga distancia internacional entrante, y por tanto, correspondería revisar si se aplica el principio *rebus sic stantibus*, que sería una excepción al principio general de cumplir lo pactado.

Respecto a la normativa andina sobre la interconexión, el TJCA hizo una interpretación de los elementos esenciales de los cargos de interconexión, y acudió al artículo 30 de la Decisión 462⁷⁴⁸ y a los artículos 18 y 20 de la

⁷⁴⁸ La Decisión 462 del 25 de mayo de 1999 sobre las Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina, expedida por la Comisión de la Comunidad Andina, dentro del Capítulo de los Principios Relativos a la Interconexión el TJCA analiza el artículo 30 sobre las Condiciones para la Interconexión, que consagra lo siguiente: Todos los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones

Resolución 432 del 2000⁷⁴⁹, que se resumen en la obligatoriedad de la interconexión, el promover la competencia y la finalidad social, como aspectos principales alrededor del esquema de los cargos de interconexión, y en la facultad de la autoridad nacional de tomar una decisión frente a la negativa de un operador de dar la interconexión. Así mismo, el TJCA hizo énfasis en el sustento de la normativa comunitaria andina, el cual radica en el principio de autonomía de la voluntad privada, pues no hay duda que las partes pueden acordar las condiciones de interconexión siempre respetando los parámetros establecidos, tanto en las normas comunitarias como en las nacionales, toda vez que los proveedores u operadores de telecomunicaciones tienen el suficiente margen de acción contractual para fijar las condiciones generales, económicas y técnicas.

interconectarán obligatoriamente sus redes con las de los proveedores que hayan homologado sus títulos habilitantes, de acuerdo a la normativa nacional de interconexión de cada País Miembro.

La interconexión debe proveerse:

- a) En términos y condiciones que no sean discriminatorias, incluidas las normas, especificaciones técnicas y cargos. Con una calidad no menos favorable que la facilitada a sus propios servicios similares, a servicios similares suministrados por empresas filiales o asociadas y por empresas no afiliadas;
- b) Con cargos de interconexión que:
 1. Sean transparentes y razonables;
 2. Estén orientados a costos y tengan en cuenta su viabilidad económica;
 3. Estén suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio.
- c) En forma oportuna;
- d) A solicitud, en puntos adicionales a los puntos de terminación de la red, ofrecidos a la mayoría de los usuarios, sujeto a cargos que reflejen el costo de construcción de las instalaciones adicionales necesarias. En caso de negativa de un proveedor a la interconexión, será la Autoridad Nacional Competente la que determine su procedencia.

⁷⁴⁹ La Resolución 432 del 2 de octubre de 2000, sobre las Normas Comunes sobre Interconexión, expedida por la Secretaría General de la Comunidad Andina. El artículo 18 sobre las condiciones económicas de la Interconexión, contempla lo siguiente: Los cargos de interconexión deberán estar orientados a costos, complementados con un margen razonable de utilidad más una cuota de costos comunes o compartidos inherente a la interconexión y suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio.

Se entenderá por costos comunes o compartidos aquellos que corresponden a instalaciones y equipos o prestaciones compartidos por varios servicios.

Artículo 20: La interconexión deberá ser económicamente eficiente y sostenible, atendiendo a cargos de interconexión orientados a costos que preserven la calidad a costos eficientes.

Ahora bien, sobre los cargos de interconexión, el TJCA manifestó que deben estar orientados a costos, y aclaró que tanto la decisión como la resolución no están apostándole a una metodología específica, sino que desde siempre la intención del legislador comunitario ha sido que los costos sean clave en la determinación de los precios de interconexión.

El Tribunal, igualmente, hizo énfasis en el valor de la interconexión⁷⁵⁰ que debe dar cuenta de los servicios prestados de origen, tránsito y terminación de la llamada; por consiguiente, la metodología que se defina debe dar razón de la relación ingreso-costos, y debe tener presente también los costos comunes⁷⁵¹ o compartidos de la interconexión, claro está desagregados, para efecto de no pagar por elementos que no sean necesarios.

La interconexión debe ser viable económicamente, debe brindar una continuidad en el servicio, permitir el mantenimiento y mejoramiento de la calidad, posibilitando el acceso a las redes. El TJCA destacó que sobre los hombros de los dueños de las redes se impone una función social, y que la interconexión no es una actividad eminentemente lucrativa. Las redes deben ser remuneradas, según los costos más la utilidad razonable, y específicamente sobre este término, explicó que los ingresos deben cubrir *cómodamente* los costos, que los cargos no pueden ser excesivos y tampoco pueden permitir una actividad a pérdida.

⁷⁵⁰ Definición de Interconexión: Todo enlace con los proveedores que suministran redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones con objeto que los usuarios de un proveedor puedan comunicarse con los usuarios de otro proveedor y tener acceso a los servicios suministrados por otro proveedor respecto de los que se contraigan compromisos específicos. Artículo 2 de la Decisión 462 de 1999 de la CAN.

⁷⁵¹ Como se había citado anteriormente: Se entenderá por costos comunes o compartidos aquellos que corresponden a instalaciones y equipos o prestaciones compartidos por varios servicios. Artículo 18 de la Resolución 432

En resumen, aunque la Decisión 462 consagró el término “*cargos de interconexión razonables*” y la Resolución 432 incluyó el concepto de “*utilidad razonable*”, el TJCA manifestó que “*al hablar de utilidad razonable se debe entender que la interconexión está destinada a permitir el establecimiento de la competencia para que redunde en calidad, eficiencia y precios convenientes para los usuarios*”.

Otro punto, que abordó el TJCA se relacionó con la remisión que hizo la Resolución 432⁷⁵² y la Decisión 439⁷⁵³, a las definiciones y términos de la UIT y la OMC, para manifestar que aunque sirvieran de complemento a la regulación comunitaria, en caso de que riñeran, prevalecerían por el *principio de primacía*, las definiciones del sistema comunitario andino, cuya tarea de interpretación sería de la autoridad competente.

1.3.5 Salvamento de voto. Obligtoriedad de la Decisión del Tribunal Andino. Error orgánico, sustancial y fáctico.

El Arbitro Mauricio Velandia se apartó de la decisión de la mayoría y salvó su voto. Para el efecto, dividió sus argumentos por razones de orden orgánico, sustancial y fáctico, que a continuación se resumen.

Respecto a las razones de orden orgánico, relacionadas directamente con la capacidad y competencia del juez para conocer del asunto, afirmó estar en contra de la decisión de los otros árbitros de no cumplir con el fallo del TJCA

⁷⁵² El artículo 2 de la Resolución 432 de 2000, contempla: A los efectos de la aplicación de la presente Resolución rigen los términos y definiciones contenidos en los Reglamentos adoptados de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y la Decisión 462 de la Comunidad Andina.

⁷⁵³ El artículo 26 de la Decisión 439 de 1998, contempla: Para los efectos de garantizar la consistencia y claridad del Marco General establecido por la presente Decisión, los conceptos, definiciones y elementos interpretativos contenidos en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), se aplicarán a dicho Marco General, en todo lo que sea pertinente.

y que ordenaba remitir el caso al Órgano Regulador de las Telecomunicaciones, pues apoyaba la posición de esta autoridad comunitaria, consistente en que las normas andinas consagran que la autoridad nacional de telecomunicaciones de cada País Miembro será quien conozca y resuelva el conflicto que surja durante la ejecución de la interconexión.

Sobre este asunto, el árbitro disidente afirmó que las decisiones del TJCA hacen tránsito a cosa juzgada, que sus decisiones son de obligatorio cumplimiento y que tienen carácter vinculante para el juez nacional. Así mismo, que la normatividad andina es aplicable entre operadores que se encuentren en un mismo territorio de un País Miembro.

El árbitro hace énfasis en la realidad de la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones de Colombia, en cuanto a la naturaleza de las funciones para resolver controversias, pues estas son de carácter administrativo y la CRC no cuenta con funciones de carácter jurisdiccional.

Por otra parte, independientemente de que el TJCA remita la solución del conflicto, posiblemente de manera equivocada a la CRC, en el momento actual no queda más remedio que obedecer al TJCA. Por tanto, esa autoridad de carácter administrativo, es decir la CRC, será quien evalúe si es o no competente para resolver el caso.

No obstante, el árbitro consideró que hay un vicio orgánico por nacer, pues cree que hay una tensión entre el derecho fundamental que tienen los particulares a un debido proceso y a un juez natural, frente a los compromisos comunitarios andinos.

El vicio mencionado nacería, considera él, en caso de que la autoridad de regulación de las telecomunicaciones, es decir la Comisión de Regulación de

las Comunicaciones, se declare competente para conocer del asunto. El árbitro indicó que es el momento para que la CRC defina si es competente y si posee facultades jurisdiccionales para fallar las controversias que se encuentran en proceso⁷⁵⁴. En ese orden de ideas, el árbitro dejó planteado que es posible que el TJCA se haya extralimitado en sus funciones, y al respecto señaló que una Interpretación Prejudicial no es estática y que los interesados pueden buscar herramientas jurídicas para que esta se modifique en caso que se considere una decisión errada.

Ahora bien, el disidente también aclaró que en principio, y antes de que se conociera la Interpretación Prejudicial, él y sus compañeros consideraban que era el Tribunal Arbitral el competente y juez natural para el tipo de conflictos que se ventilan en este caso.

Sumado a lo anterior, el árbitro consideró que la Interpretación Prejudicial puede llegar a generar responsabilidad extracontractual comunitaria, para quien la expidió, es decir, el TJCA. Así mismo, consideró que puede darse la figura de la falla en el servicio por parte de Colombia, al no cumplir el compromiso de haber dotado a la CRC de facultades jurisdiccionales⁷⁵⁵, y de esa manera haber adecuado la estructura jurisdiccional a los compromisos comunitarios asumidos⁷⁵⁶. El árbitro cita dos sentencias del Consejo de Estado

⁷⁵⁴ Sobre este aspecto planteado por quien salvó el voto, se considera que no tiene discusión, pues la naturaleza del órgano regulador de las telecomunicaciones y de sus decisiones son de carácter administrativo, aún de la facultad de solución de controversias, antes de Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones hoy Comisión de Regulación de las Comunicaciones ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional cuando las facultades estaban consagradas en la Ley 142 de 1994 según la Sentencia C- 1120 de 2005. M.P: Jaime Araujo Rentería y luego con la Ley 1341 de 2009, Sentencia C-186 de 2011. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷⁵⁵ El Árbitro disidente cita dos sentencias del Consejo de Estado sobre la falla en el servicio: Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 7 de abril de 2011, C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 20750. Consejo de Estado, Sección Tercera del 13 de julio de 1993. Exp. 8163.

⁷⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-256 de 23 de abril de 2014. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual se cita la Sentencia C-988 de 2004 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, de la cual se transcribe el siguiente aparte: Retomando, *los actos jurídicos que emite un organismo supranacional tienen prevalencia sobre las normas internas que regulen los mismos aspectos y, por tanto, en caso de*

y una de la Corte Constitucional de abril de 2014, en la cual se hace referencia a la adecuación que debió darse de la estructura jurisdiccional.

Para finalizar, el disidente manifestó que el artículo 4 de la Constitución Política como norma de normas, no permite que no se tome en cuenta el carácter de cosa juzgada de una decisión judicial.

Sobre las razones de orden sustancial, el árbitro hace referencia a la aplicación de las normas sustanciales al caso en concreto, frente a lo cual consideró que existía una norma vigente para la época de los hechos, y que no fue tomada en cuenta, se trataba del artículo 14 de la Ley 555 de 2000. La citada norma consagraba lo siguiente:

Artículo 14.- Régimen de interconexión, acceso y uso. Todos los operadores de telecomunicaciones deberán permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro operador de telecomunicaciones que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, para asegurar los siguientes objetivos:

- a) Trato no discriminatorio;*
- b) Transparencia;*
- c) Precios basados en costos más una utilidad razonable;*
- d) Promoción de la libre y leal competencia.*

Parágrafo.- Las contravenciones a lo dispuesto en este artículo serán sancionadas por el Ministro de Comunicaciones, sin perjuicio de las competencias legales asignadas a otras autoridades.

Las sanciones consistirán en multas diarias hasta por 250 salarios mínimos legales mensuales, por cada día en que incurra en la infracción y por cada infracción, según la gravedad de la falta, el daño producido y

contradicción entre la norma comunitaria y la norma nacional, la primera desplaza a la segunda en su aplicación. Sumado a lo anterior, todo tipo de contradicción que surja entre el contenido de las reglas emitidas por el órgano comunitario y las del ordenamiento jurídico interno deben ser resueltas por la autoridad judicial competente dentro del sistema comunitario.

Por ejemplo, con el fin de asegurar la aplicación correcta y uniforme de las normas que emite la Comunidad Andina de Naciones, el juez nacional al resolver un caso que involucre la aplicación de una norma emitida por un órgano del sistema comunitario, puede solicitar una Interpretación Prejudicial al Tribunal Andino que no es asimilable a una prueba, tal y como lo ha indicado este órgano judicial, “sino que constituye una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe observar obligatoriamente antes de dictar sentencia”

la reincidencia en su comisión, sin perjuicio de las acciones judiciales que adelanten las partes.

El autor del salvamento afirmó que el referido artículo estaba vigente para el litigio y que se estaba frente a una norma de orden público, de carácter imperativo, de contenido social y económico, que contemplaba el régimen tarifario en materia de interconexión. Esta norma protegía el excedente del consumidor y brindaba un criterio de ponderación que debería tenerse en cuenta en las normas expedidas por el Órgano Regulador, señaló que en la Resolución CRT 463 de 2001 se fijaron unos topes de tarifas sobre los cargos de acceso de interconexión, denominados 'tarifa máxima'.

Este árbitro criticó la posición de los otros miembros del Tribunal pues consideró que ellos no tomaron en cuenta la Ley 555 de 2000, sino que directamente aplicaron la tarifa máxima como si fuera la única de las normas regulatorias, Resolución 463 de 2001 y luego la Resolución 489 de 2002. Además criticó que se tomara el precio máximo como un precio único, pues consideró que se estaba haciendo una interpretación exegética de la norma regulatoria, y que de esa manera se "desconoce el objetivo último de la facultad reguladora de la CRC, (el) cual es maximizar el excedente social generado por el intercambio, cuidado expresamente por el art 14 de la ley 555 de 2000". (Subrayado del texto original)

En resumen, el árbitro consideró que la tarifa máxima buscó exigir a los operadores eficiencia en su operación, y resaltó en negrillas en su documento que el propósito de esta nunca fue permitir una interpretación que legalizara maximizar el beneficio de un operador, en detrimento del excedente del consumidor, defraudando el contenido de una ley.

Para terminar, las razones de orden fáctico, por una parte obedecen a que en el expediente no se encuentran pruebas que permitan observar que el convocante cumpliera con el criterio de ponderación del que se habló en las razones de orden sustancial. Es decir, no hay pruebas que demuestren que se cumplió con la fórmula de costos más utilidad razonable, y que el monto que se está cobrando por los cargos de acceso se encuentra dentro del criterio legal de ponderación.

Por otra parte, el árbitro que salvó su voto manifestó su inconformidad por el hecho de que se hayan tenido en cuenta pruebas del proceso anterior, cuyo laudo fue declarado nulo, a pesar de que la mayoría de la Sala acogió la tesis de que este proceso arbitral era un proceso nuevo, aspecto que no consideró coherente.

Para finalizar, el árbitro realizó una recomendación para que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) investigara las tarifas que se habían cobrado entre los operadores de telecomunicaciones en Colombia, por concepto de cargos de interconexión, con el fin de saber si se había defraudado el excedente del consumidor, así las partes lo hubieran acordado⁷⁵⁷.

⁷⁵⁷ El árbitro manifiesta que esta tarea se debe llevar a cabo por la SIC, siempre y cuando no este prescrita la facultad para sancionar, por el paso del tiempo.

1.4 Fallo del Tribunal de Arbitramento del 3 de diciembre de 2014, respecto de la controversia entre ETB y EPM UNE TELECOMUNICACIONES⁷⁵⁸. No competencia sobre obligaciones regulatorias

El tema central objeto de la controversia correspondió al valor de los cargos de acceso local – local⁷⁵⁹. Las partes acudieron a un Tribunal de Arbitramento, en el cual el convocante fue ETB y la convocada UNE EPM Telecomunicaciones, quien luego demandó en reconvención.

ETB alegó que UNE no había pagado los cargos de acceso por tráfico asimétrico cursado por la red de ETB. Las partes habían pactado como remuneración de sus redes locales el sistema de *Sender Keeps All* (SKA)⁷⁶⁰.

El convocante consideró que la convocada incumplió obligaciones contractuales y legales al no pagar el valor de los cargos de acceso por la interconexión local-local, por el tráfico asimétrico que se cursan entre las dos redes. Lo anterior, a raíz de la expedición de las normas regulatorias de carácter general, Resolución CRT 463 de 2001 y la Resolución CRT 1763 de 2007, que incluyen aspectos referidos a la remuneración de los cargos de acceso, a las obligaciones del operador solicitante y del interconectante.

⁷⁵⁸ El Tribunal Arbitral estaba compuesto por los siguientes árbitros: Jorge Humberto Montero, Juan Pablo Cárdenas, y Nicolás Gamboa.

⁷⁵⁹ Para mayor ilustración, las partes celebraron un contrato de interconexión el 30 de octubre de 1997, luego firmaron un Acuerdo de transacción, compensación y modificación del contrato, el 13 de septiembre de 2000. La convocante reclama pago de cargos de acceso, según el tráfico cursado desde agosto de 2001 a la fecha. El tema central de la controversia

- específicamente sobre la remuneración de redes locales, según sistema *Sender Keeps All*

⁷⁶⁰BRUNO, Néstor. “Interconexión de redes entre dos operadores desregulados de acceso a Internet”. en Fuente: <http://www.aaep.org.ar/anales/works/works2007/bruno.pdf> (consultado en 1 de marzo de 2015)

Para mayor ilustración se propone esta definición: “El que envía Cobra” (*Sender Keep All – S.K.A.*) es el acuerdo más antiguo utilizado, donde la red que origina el tráfico que termina en otra, no realiza pago alguna a la red destino. Requiere, a fin de poder mantenerse, que las redes participantes intercambien patrones de tráfico balanceados.

La empresa convocante manifestó que se debe declarar la nulidad absoluta del acuerdo suscrito por las partes por objeto ilícito, al pactarse el *no pago* de los cargos de acceso entre las partes, aspecto que para esa época estaba acorde con las normas regulatorias⁷⁶¹.

El Tribunal Arbitral procedió, en cumplimiento de las normas andinas, a solicitar la Interpretación Prejudicial del TJCA, en la cual se consideró que el Tribunal Arbitral no le corresponde ocuparse de los aspectos regulatorios objeto de conflicto⁷⁶², sino que su ámbito de competencia se limita a los aspectos contractuales o extracontractuales entre los diferentes operadores. El TJCA afirmó que la jurisdicción permanente del Estado o los Tribunales Arbitrales, no pueden resolver controversias que versen sobre cuestiones de ejecución de la interconexión, y que en este caso, la autoridad competente para dirimir el conflicto entre ETB y UNE EPM es la Comisión de Regulación de las Comunicaciones.

El TJCA recordó respecto del Proceso 181-IP-2013 el artículo 32 de la Decisión 462, proferida por la Comisión de la Comunidad Andina, que contempla que cuando un proveedor considere que existen actuaciones atentatorias a las normas o principios de interconexión o libre competencia, deberá ir a la Autoridad Nacional Competente para que resuelva de acuerdo con la norma nacional. Así mismo, citó la Resolución 432 en su artículo 32,

⁷⁶¹ Esta petición de declarar nulidad absoluta fue propuesta por la ETB de forma subsidiaria, en caso que se entendiera que se pactó “no pago”, en el acuerdo de transacción, compensación y modificación del contrato de acceso, uso e interconexión que modificó tres años después, el contrato suscrito el 30 de octubre de 1997. La ETB afirma que se pactó el sistema de *Sender Keeps All*, pero en el supuesto que las condiciones de este método que corresponde a una compensación se cumplan, como la simetría en el tráfico entre las redes de los dos operadores, y la similitud entre los costos de red de los operadores interconectados. Para la ETB no hay duda que si hay tráfico asimétrico, se deberán calcular y liquidar los cargos de acceso que no se alcanzaren a remunerar por cuenta de la compensación.

⁷⁶² Interpretación Prejudicial según Proceso 161-IP-2013, del 13 de mayo de 2014. Recibida por el Tribunal Arbitral el 30 de julio de 2014.

pronunciada por la Secretaría General, que también otorgó competencia a la Autoridad de Telecomunicaciones del país donde se lleva a cabo la interconexión. Para el TJCA no hay duda de cuál es la autoridad competente para resolver conflictos en materia de interconexión.

En este sentido, el Tribunal Arbitral hizo una crítica a los alcances del pronunciamiento del TJCA, que hacía referencia a una interpretación anterior del mismo organismo, en el Proceso 181-IP-2013, en la cual no se limitó a interpretar las normas andinas, como sería su tarea, sino que además indicó que la autoridad competente para resolver el asunto es la CRC. Al respecto, el Tribunal Arbitral consideró que el TJCA hizo un análisis de los hechos materia del proceso, aspecto que según las normas andinas, estaría reservado al juez nacional⁷⁶³.

Sobre el caso en concreto, el Tribunal Arbitral consideró que la interconexión está sujeta a una regulación por parte de la autoridad nacional y la autoridad comunitaria, y que por lo tanto, los cambios en la regulación pueden incidir en los contratos en ejecución, por disposiciones imperativas.

Para el Tribunal fue claro que las normas nacionales contemplan que no habrá cargos por conexión, y que sobre este tema, era la Autoridad Reguladora la que debía estudiar sobre lo que puede suceder respecto del pago de cargos de acceso cuando el tráfico no es balanceado.

⁷⁶³Otra crítica al pronunciamiento del TJCA, está alrededor de tomar como antecedente un caso cuyos hechos no corresponden al proceso que están conociendo, pues en la IP 181 existían ya pronunciamientos del órgano regulador, es decir la CRC sobre el caso, aspecto que en este caso no se dio, puesto que las partes acudieron directamente al Tribunal Arbitral. El TJCA, cita los artículos 23 al 31 del Tratado de creación del Tribunal.

A propósito de este tema, el TJCA manifestó en la 181-IP-2013, que el paso a seguir para controvertir lo decidido por la CRC en el caso, era la acción de incumplimiento ante el TJCA si considera que se vulneró el ordenamiento jurídico andino, al resolver el conflicto, o acudir a los mecanismos nacionales de impugnación de los actos administrativos, dentro del cual es necesario acudir a la IP. El TJCA cita el Proceso 207-IP-2013.

Para el Tribunal Arbitral era claro que no tenía competencia para entrar a definir si la regulación sobre el tema está ajustada a las normas superiores. Al respecto, consideró que esta tarea le corresponde al mismo Regulador, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y al TJCA.

Sin embargo, sobre este tema, el TJCA manifestó en el Proceso 181-IP-2013, que no es de su resorte dentro de la Interpretación Prejudicial examinar si los sistemas de remuneración de cargos de interconexión cumplen los parámetros de la normativa comunitaria. El TJCA consideró que esta tarea le corresponde a la Autoridad Administrativa Nacional Competente, según los parámetros que siente este organismo.

El Tribunal Arbitral afirmó que tiene competencia para conocer de los conflictos contractuales y no de los derivados de la regulación, como pueden ser, e el incumplimiento de las obligaciones regulatorias, relativas a la interconexión, la declaratoria de la falta de pago relativo al incumplimiento de ellas, su actualización e intereses de mora.

El Tribunal Arbitral denegó las pretensiones sobre la declaración del incumplimiento de las obligaciones contractuales, la falta de pago, la actualización y los intereses moratorios, sobre las cuales se podía pronunciar en el presente caso, teniendo en cuenta que según el contrato y la regulación, cada operador tiene derecho a retener lo que percibe de los usuarios y no debe pagar a la otra parte.

El Tribunal Arbitral concedió una única pretensión declarativa propuesta por UNE sobre la vigencia del contrato, afirmando que el contrato de interconexión efectivamente se encuentra vigente, que el conflicto es de carácter regulatorio,

y que no tiene competencia para pronunciarse sobre obligaciones provenientes de la regulación.

Frente a las pretensiones de la demanda de reconvención de UNE EPM, manifestó el Tribunal que no se iba a pronunciar sobre las que provenían del posible incumplimiento de la regulación, pero respecto de las que se originaban del posible incumplimiento contractual se pronunciaría, denegándolas, pues para el Tribunal Arbitral no hubo incumplimiento contractual por parte de ETB⁷⁶⁴.

En resumen, los temas entre los dos operadores, giraron alrededor del incumplimiento contractual y regulatorio, del dinero que recibe el operador por atender las llamadas del otro operador, de la relación financiera con los costos asumidos por cada parte de la interconexión local, de la no remuneración del uso real de la red, del tráfico asimétrico, de la nulidad absoluta por objeto ilícito del acuerdo de transacción y de la entrada en vigencia de una resolución de carácter general, que regula los cargos de acceso y sus efectos en contratos en curso⁷⁶⁵.

⁷⁶⁴ UNE EPM en la demanda de reconvención afirma que le manifestó a ETB que utilizaría menos enlaces, que había capacidad ociosa de las redes entre las partes, y que ese fue uno de los motivos de conflicto entre ellos que la ETB tuvo para proponer que se eliminara el cobro de los cargos de acceso que quedó luego plasmado en el acuerdo de transacción. UNE EPM afirma que en el citado acuerdo no se incluyeron condiciones sobre las estructuras de costos, que si se tuvieran en cuenta le favorecerían puesto que la estructura de costos de la ETB está atada a más usuarios que UNE, y que este aspecto hace que el costo de interconexión por minuto sea más alto en la red de UNE que en la de ETB. UNE considera que tendría un valor a su favor en función de los costos de la red de acceso y del tráfico total cursado entre las redes de TPBCL de UNE y ETB.

⁷⁶⁵ Las normas relacionadas con los cargos de acceso en redes locales citadas en el Laudo Arbitral entre ETB y UNE EPM TELECOMUNICACIONES fueron las resoluciones CRT 104 de 1998, 253 de 2000, 463 de 2001, y 1763 de 2007.

1.5 Fallo del Tribunal de Arbitramento del 29 de mayo de 2015, respecto de la controversia entre COMCEL y ETB. El Tribunal Arbitral se declaró competente para decidir. Condena en costas por no prosperar las pretensiones⁷⁶⁶

Como antecedente, se trata de un conflicto entre CELCARIBE y COMCEL que se originó en un contrato de 1998 para la interconexión directa de la red de TMC de CELCARIBE con la red de TPBCLD de ETB, cuyo problema jurídico está alrededor de los cargos de acceso que el operador de larga distancia debe pagar al de TMC a raíz del cambio regulatorio sobre el tema.

1.5.1 Sobre la competencia

El Tribunal Arbitral asumió competencia y consideró que las normas legales no le atribuyen funciones jurisdiccionales a la CRC, y que por ese motivo, este ente no tiene competencia para asumir la resolución de conflictos contractuales y patrimoniales entre los PRST.

Así mismo destacó la importancia de las estipulaciones dispuestas por las partes para resolver sus conflictos, según el caso, acudir a la jurisdicción arbitral o a la ordinaria:

El Tribunal Arbitral afirma "(...) se agrega que las facultades conferidas a la CRC así como los ámbitos de intervención del Estado están dirigidos a aspectos netamente regulatorios y en ningún caso a la resolución o tratamiento de obligaciones contractuales pactadas en contratos de interconexión, menos aún con el cumplimiento o no, de aspectos comerciales o de obligaciones que no interfieren con la correcta prestación del servicio de telecomunicaciones⁷⁶⁷.

⁷⁶⁶Tribunal Arbitral conformado por Ramiro Saavedra Becerra, María Clara Gutiérrez y Omar Rodríguez Turriago (con aclaración y salvamento).

⁷⁶⁷ Tribunal arbitral de 29 de mayo de 2015

Para el Tribunal Arbitral, la competencia de la CRC se debe interpretar de acuerdo con la normativa nacional y esta no le ha otorgado competencias jurisdiccionales. En este sentido, el tribunal considera que la ley le otorga la facultad de resolver conflictos entre los PRST, pero no es una competencia general, pues el límite de sus competencias está dado por los temas “*netamente regulatorios*”⁷⁶⁸.

Por lo anterior, el tribunal concluye que los conflictos entre los PRST que tengan carácter contractual y patrimonial debe conocerlos y fallarlos la jurisdicción ordinaria o la arbitral, en caso que las partes así lo hayan dispuesto.

1.5.2 Sobre la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 146-IP-2014⁷⁶⁹:

El TJCA destacó en la IP la preeminencia de la norma comunitaria andina, se refirió al contrato de interconexión y a su naturaleza, así mismo destacó la protección a la libre competencia y a los servicios de telecomunicaciones, los parámetros para establecer los cargos de interconexión y el límite normativo. Este tribunal afirmó que la autoridad nacional competente para resolver conflictos de interconexión es la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones, en este caso la Comisión de Regulación de las Comunicaciones.

El Tribunal Arbitral se apartó de la decisión de la IP, por una parte, por considerar que aunque el TJCA hace un análisis de las normas andinas y resuelve la posible contradicción entre la Decisión 462 y la Resolución 432 por

⁷⁶⁸ *Ibíd.*

⁷⁶⁹ Proceso 146-IP-2014 del 20 de febrero de 2015. M.P: Leonor Perdomo Perdomo.

el principio de especialidad, considera que la normativa remite la solución de conflictos de interconexión, en primera instancia a la voluntad de las partes, aspecto que el Tribunal Arbitral ata al contenido del contrato suscrito entre las partes en el cual se incluyó la posibilidad de acudir a la justicia arbitral.

En este sentido, consideraron los árbitros que la Autoridad asume competencia al no incorporarse el acuerdo sobre la solución de controversias por las partes.

Por otra parte, resaltan que las normas andinas establecieron condiciones mínimas para que se cumplan los acuerdos de interconexión, cuyo fin es permitir que los usuarios de telecomunicaciones de cualquier operador se comuniquen sin restricciones. Destaca que los contratos de interconexión se rigen por la legislación civil de cada País Miembro, y que el objetivo de la norma andina no es regular aspectos específicos de estos acuerdos.

1.5.3 El caso en concreto

El Tribunal Arbitral analizó la normativa sobre la cual se soportaron las pretensiones, en particular la Resolución CRC 463 de 2001, norma sobre el régimen de remuneración, que no tiene carácter imperativo, cuya aplicación no podría afectar a los contratos celebrados con anterioridad a su expedición y cuyos topes previstos permiten un margen de negociación a las partes.

Así mismo, subrayó que aunque esta norma regulatoria muy pronto fue derogada y que aunque quiso ser revivida esto no fue posible. En detalle, la Resolución CRT 469 de 2002 derogó, entre otros, el Título IV de la Resolución 087 de 1997 relativo al régimen unificado de interconexión, incluyendo la modificación que había efectuado la Resolución CRT 463 de 2001. Luego la Resolución CRT 489 de 2002 compilatoria incorporó el artículo 4.2.2.19 de la

Resolución CRT 463 de 2001, sin embargo lo hizo de manera ilegal pues el objeto de la compilación era sobre normas vigentes, situación que no correspondía a este caso.

Finalmente, el Tribunal Arbitral concluyó que la norma sobre la cual se soportaron las pretensiones del operador de TMC, para reclamar un mayor valor por concepto del pago de los cargos de acceso no estaba vigente⁷⁷⁰. El Tribunal Arbitral condenó a COMCEL (antes CELCARIBE) a pagar a ETB por concepto de costas y agencias en derecho.

1.6 Fallo del Tribunal de Arbitramento del 1 de septiembre de 2015, respecto de la controversia entre COMCEL y ETB. El Tribunal Arbitral se declaró competente para decidir. Condena por aplicación de la Resolución 1763 de 2007⁷⁷¹

El objetivo de este aparte corresponde al análisis de la competencia del Tribunal Arbitral, los principales aspectos de la Interpretación Prejudicial, el caso en concreto y un salvamento de voto.

⁷⁷⁰ COMCEL reclamaba que se aplicara el esquema previsto en la Resolución CRT 463 de 2001, según Opción 1 sobre los cargos de acceso máximo por minuto. El Tribunal también destacó que la opción de pagar por tiempo o por capacidad que ofrecía la Resolución 463 de 2001 estaba dada para el operador que demandaba la interconexión, así mismo esta norma dejó la opción de que los operadores mantuvieran las condiciones pactadas antes de la expedición de la resolución. Por último, el Tribunal también desechó el argumento del operador de TMC sobre el principio de integralidad de la Resolución según el cual la negociación de los cargos de acceso pactados por los operadores trae consigo la aplicación del mismo tratamiento a todos los demás operadores con los cuales se interconecta. El Tribunal señaló que de conformidad con la sentencia T-058 de 2009 y la Sentencia del Consejo de Estado del 21 de agosto de 2008 la Resolución CRT 463 y el artículo 9 de la Resolución 489 de 2002, que incorporaba tal principio, están derogados.

⁷⁷¹ El Tribunal Arbitral estaba compuesto por María Teresa Garcés, María Fernanda Guerrero, y Jorge Guzmán.

1.6.1 Sobre la competencia del Tribunal Arbitral

El asunto central de la controversia entre las partes giró en torno al pago de los cargos de acceso por el tráfico de la red de larga distancia internacional de ETB, que terminaba en la red de telefonía móvil celular de COMCEL⁷⁷².

Este último consideraba que el cargo de acceso pagado por ETB en razón del uso de la red, era inferior al valor que había debido realizar en el periodo comprendido entre el 1 de febrero del 2006 y el 28 de febrero de 2008⁷⁷³.

El Tribunal Arbitral consideró que tenía competencia para tramitar y decidir el conflicto, sin embargo, procedió en cumplimiento de las normas andinas a solicitar la Interpretación Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Al respecto, el Tribunal Arbitral consideró que la tarea de interpretación del Tribunal Andino se contrae a las normas andinas, y que esta no se extiende a las normas nacionales, la cual sería labor de los jueces nacionales y árbitros.

Igualmente, destacó que la competencia de los árbitros deriva de la voluntad de las partes al pactar una cláusula compromisoria, y que este pacto no va en contra de la competencia de la Comisión de Regulación de las Comunicaciones, que es de naturaleza administrativa y no judicial.

Así, el Tribunal Arbitral asumió como juez del contrato, por considerar que la controversia que se presentó entre las partes era de carácter patrimonial y transigible, y que tiene la competencia para ello. Igualmente, afirmó que el hecho de que el TJCA reconociera que las autoridades jurisdiccionales, entre

⁷⁷² Antes OCCEL

⁷⁷³ Se trata del contrato de interconexión celebrado entre las partes el 13 de noviembre de 1998.

ellas los tribunales de arbitramento, deban garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del derecho andino, y que por ese motivo estén obligados a solicitar la Interpretación Prejudicial, trae como efecto que el TJCA reconozca a los tribunales arbitrales como competentes para resolver el caso.

Sobre el asunto, se destaca la decisión del 9 de agosto de 2012, del Consejo de Estado, en cumplimiento del fallo del TJCA, Proceso 3-AI-2010, donde se ordenó dejar sin efecto las sentencias en las cuales se había negado la solicitud de anulación de tres laudos, anuló los laudos proferidos, ordenó un nuevo trámite al que llamaron *encuadernamiento*⁷⁷⁴, y remitió al Centro de Arbitraje para que se iniciaran nuevos tribunales arbitrales.

Por último, el Tribunal Arbitral manifestó que se unificó el criterio entre el TJCA y el Consejo de Estado respecto a la competencia de la justicia arbitral en conflictos de interconexión entre operadores.

1.6.2 Sobre la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 322-IP-2014

El Tribunal soportó su decisión en la interpretación 322-IP-2014⁷⁷⁵, proferida por el TJCA dentro del proceso arbitral, en la cual se expresó y ratificó que la competencia para resolver los conflictos surgidos por la interconexión es de la Autoridad Nacional Competente⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ Con el fin de agrupar los documentos o instrumentos que dieron paso la actuación judicial de la que se ocupó el Consejo de Estado, en especial la providencia que dictó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de los fallos sobre los cuales recayeron dichas decisiones.

⁷⁷⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 322-IP-2014, del 20 de mayo de 2015. M.P. Leonor Perdomo Perdomo.

⁷⁷⁶ Según Decisión Andina 462 y Resolución 432 de la Secretaria General de la CAN que otorga competencia a la Autoridad de Telecomunicaciones del país donde se realiza la interconexión para solucionar los conflictos que surjan.

Al respecto, el TJCA se pronunció sobre tres temas en concreto, por una parte, la normativa prevalente frente a interconexión, de la cual en primera medida señaló que es la norma andina la que rige. Luego se enfocó en los elementos más importantes de la interconexión como su obligatoriedad, los cargos de acceso orientados a costos y complementados con una utilidad razonable, cuyo lucro debe ser moderado, teniendo en cuenta la función social de los servicios de telecomunicaciones⁷⁷⁷. Por último, el TJCA abordó aspectos relacionados con la autoridad competente para conocer de conflictos de interconexión, y con la autoridad competente para resolver conflictos de equilibrio económico del contrato de interconexión.

Al respecto, el Tribunal Comunitario afirmó que cuando en la ejecución de la interconexión, es decir, en desarrollo del contrato se presenta un conflicto y las partes no han podido llegar a un acuerdo directo, la competencia es de la autoridad de telecomunicaciones, de forma exclusiva y excluyente.

Sobre la competencia respecto al conflicto de equilibrio económico, afirmó el TJCA que teniendo en cuenta que la Comisión de Regulación de Comunicaciones es la competente, también lo sería para conflictos donde está de por medio la ruptura del equilibrio contractual cuando se hubiese ejecutado el contrato⁷⁷⁸.

El Tribunal Arbitral resaltó que entre las partes se firmó el contrato que constató la ocurrencia de un conflicto, y que según lo pactado una de las partes

⁷⁷⁷ Concepto que está atado al acceso universal a los servicios de telecomunicaciones, como un derecho instrumental para el efectivo goce de los derechos fundamentales. en cumplimiento de los principios constitucionales, cuya actividad es inherente a la finalidad social del Estado. Art 365 C.P. Artículo 2 y artículo 4 de la Ley 1341 de 2009.

⁷⁷⁸ El Tribunal de Arbitramento destaca que desde el inicio asumió la competencia y no duda que la tiene. Y que por ese motivo no consulta el tema expresamente en la petición de Interpretación Prejudicial.

solicitó la intervención del Órgano Regulador para que solucionara la controversia⁷⁷⁹. Al respecto, la Comisión respondió la solicitud de intervención en el conflicto, según Resolución CRT 982 de 2004, en la cual negó la petición de COMCEL por considerar que este operador no estaba legitimado para ejercer el derecho sustancial, según el artículo 5 de la Resolución 463 de 2001, que modificó el esquema de remuneración de cargos de acceso.

En este orden de ideas, el mismo operador acudió a los árbitros como estaba previsto en el contrato suscrito entre las partes, aspecto que este tribunal consideró de carácter patrimonial y transigible, y que trajo consigo petición de acceso a la administración de justicia, y sobre la cual no podría negarse⁷⁸⁰.

El Tribunal de Arbitramento consideró que las normas andinas, como la Decisión 462, que regulan el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina, y la Resolución 432 de la CAN, que contempla normas sobre solución de controversias de carácter general y especial, en lo que tiene que ver con la ejecución de los contratos de interconexión, coexisten. Y de manera particular entre las disposiciones de la Resolución 432, que por una parte contempló que los operadores deben definir medios alternativos de solución de controversias, y por otra, específicamente determinó quién las resolvería, de manera que manifestó que las dos normas de manera armónica se complementan.

En detalle, el Tribunal Arbitral consideró que existe una clasificación entre conflictos regulatorios y conflictos no regulatorios, al respecto afirmó que en los conflictos que se refieren a materias regulatorias, los operadores deben acudir a la Autoridad de Telecomunicaciones. Finalmente, consideró que si el

⁷⁷⁹ COMCEL acudió a la Comisión de Regulación.

⁷⁸⁰ El Tribunal Arbitral trae a colación el artículo 229 de la C.P, sobre el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia.

conflicto no era sobre una materia regulatoria, o este no fue resuelto por la autoridad competente, las partes podían acudir a otra autoridad nacional competente, bien sea la autoridad judicial o la autoridad arbitral.

1.6.3 El caso en concreto

El Tribunal de Arbitramento consideró que en este caso se trató de un hecho surgido por una estipulación de las partes, y por tanto, no es sobreviniente en la relación, ni se trata de una ruptura del equilibrio económico del contrato, pues lo concibieron como un aspecto relacionado con el precio definitivo, sobre el cual no hay acuerdo entre los operadores.

Para el Tribunal Arbitral fue claro que la controversia surgió del contrato como tal, y que estaba directamente relacionado con las fórmulas pactadas para el establecimiento de los cargos de acceso.

Por lo dicho, para este el conflicto nació desde antes de que se pusiera en marcha la ejecución del contrato de interconexión, es decir, en el momento correspondiente a la etapa precontractual y de perfeccionamiento del contrato. En suma, el Tribunal de Arbitramento consideró que tenía la competencia para asumir y resolver el conflicto y que su actuar estaba acorde con las normas andinas que expresamente consideran que la competencia es exclusiva y excluyente de la Autoridad de Telecomunicaciones, cuando se trate de cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión, que no sería este el caso.

Se resumen a continuación elementos de juicio tenidos en cuenta: por una parte, las resoluciones de la CRC que no modificaron el contrato⁷⁸¹, por otra,

⁷⁸¹ Resolución 463 de 2001 y Resolución 1763 de 2007.

el acuerdo de las partes sobre un procedimiento para la fijación del cargo de acceso que deberían pagar por el uso de la red, así mismo, el acuerdo de estas para aplicar el cargo fijado por la Comisión en caso dado que no llegaran a un acuerdo. El Ente Regulador fijó cargos de acceso para la interconexión de las redes de telefonía en el 2001 y en el 2007⁷⁸².

ETB interpuso excepciones que el Tribunal Arbitral declaró improcedentes y que a continuación se plasman: procedió a hacer una enunciación de las excepciones, que la parte convocada organizó en procesales y de fondo.

Respecto a las excepciones procesales:

- Falta de jurisdicción y competencia: el asunto en discusión es de carácter regulatorio, de competencia del Ente Regulador.
- Falta de competencia del Tribunal Arbitral: por no agotarse la instancia de los representantes legales.
- El convocante carece de legitimación en la causa.
- Ocurrencia de la caducidad de la acción contractual.

Respecto a las excepciones de fondo:

- Las resoluciones del Regulador sobre cargos de acceso no modificaron el contrato de interconexión, ni la tarifa pactada.
- Estas resoluciones no obligaban a la modificación de los esquemas de remuneración pactados antes de entrar en vigencia.
- Cumplimiento del contrato y del derecho vigente al tiempo de su celebración.

⁷⁸² Las partes acordaron un plazo para fijar el cargo de acceso, que dejaron vencer y por lo tanto el aplicable fue el previsto por la Comisión.

- La convocante da alcance antijurídico a la función del Ente Regulador en relación con la fijación de cargos de acceso.
- El precio pactado en el contrato es de mercado y es eficiente.
- La aplicación de las Resoluciones 463 y 1763 a la interconexión es ilícita y va en contra de lo dispuesto por la Corte Constitucional, y además no aplican para el periodo comprendido entre febrero de 2006 y 2008.
- La convocante reclama el pago de una tarifa superior a la pactada en el contrato, faltando así al deber de actuar de buena fe.
- El periodo de condena que solicita la convocante es inválido y su aplicación es irregular.

Finalmente, se consideró que los cargos de acceso por el uso de la red de TMC eran los definidos por el Regulador, según se encuentra incorporado en el contrato celebrado entre las partes, y por el cual se condenó a ETB a pagar la diferencia entre lo que ha debido pagar y lo cancelado, según los valores previstos para los cargos de acceso, de acuerdo con la Resolución 1763 de 2007, para el periodo de vigencia de la citada resolución⁷⁸³.

1.6.4 Salvamento de voto. Norma Andina y Nacional. Coherencia y Unidad. Parajudicialidad

El Tribunal Arbitral constituido para resolver las controversias entre COMCEL y ETB el 1 de septiembre de 2015, se declaró competente para decidir la controversia y condenó a ETB con base en la Resolución CRT 1763 de 2007

⁷⁸³ Vigente del 7 de diciembre de 2007 al 28 de febrero de 2008. La Resolución 1235 de 2005 que reguló los cargos de acceso, no fue aplicada para el periodo de febrero de 2006 al 6 de diciembre de 2008 por no haber sido solicitado expresamente por el demandante.

a cancelar a COMCEL por concepto de cargos de acceso, los valores previstos en el artículo 8 teniendo en cuenta la vigencia de esa resolución⁷⁸⁴.

Lo anterior, a pesar de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de acuerdo con la Interpretación Prejudicial Proceso 322-IP-2014, determinó que la Comisión de Regulación de las Comunicaciones era quien tenía la competencia exclusiva y excluyente para solucionar conflictos en la ejecución de la interconexión.

A continuación se plasman brevemente algunas de las consideraciones de la Árbitra Maria Fernanda Guerrero quien salvó su voto:

- ¿Quién es el competente?

La competencia exclusiva y excluyente para resolver el conflicto es de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, por lo tanto el Tribunal Arbitral no es competente y no puede pronunciarse de fondo porque la controversia se presentó por asuntos sucedidos en la etapa de ejecución del contrato de interconexión entre COMCEL y ETB.

- Metodología utilizada.

La disidente organizó sus argumentos por razones de diferentes órdenes así: Orden conceptual: referencia a “naciones, definiciones o significados de los términos utilizados en el asunto en conflicto”. Destacó *“que es la CRC, como autoridad técnica, la competente para analizar si las definiciones potencialmente aplicables podrían reñir con el sistema comunitario andino. De*

⁷⁸⁴ Salvamento de Voto de la Dra. María Fernanda Guerrero dentro del Laudo arbitral entre COMCEL (Antes OCCEL) y la ETB del 1 de septiembre de 2015. Árbitros: María Teresa Garcés, Jorge Guzmán Moreno.

ahí, los “deberá” de la Interpretación Prejudicial respecto de la actualización y definición de los conceptos técnicos por parte de la Autoridad de Regulación”⁷⁸⁵.

Orden contextual: sobre “las razones de contenido de las obligaciones de interconexión, todo gira alrededor de la sociedad de la información y la liberalización como aspectos que ayudan a la creación de un mercado competitivo, influyen tanto en la contratación, en la regulación y la función de las autoridades de regulación”. Resaltó que *“en razón a la complejidad y especialidad de la temática resulta más que justificado que sea la Autoridad de Regulación la que conozca la controversia sobre los cargos de acceso en virtud de que es el ente técnico, especializado y porque al ser un problema que surge en el mercado tiene efectos sobre este en su totalidad, incluidos los usuarios del sector”⁷⁸⁶.*

En particular afirmó: “Se estima igualmente que los conceptos ya indicados se vinculan estrechamente y describen como se desenvuelve tanto el contrato como la regulación en el sistema en su conjunto. En este punto me detendré en la interpretación e integración del contrato que conduce al interprete a considerar el contexto económico en el que el mismo opera, situación esta que podría haber sido apreciada por el Tribunal Arbitral en el análisis del conflicto”.

Razones de orden estructural e institucional: recalcó que el sector de las telecomunicaciones tiene una “matriz comunitaria”, teniendo como base la liberalización y que en las distintas fases por las que ha pasado el proceso, “se encuentran las bases y los instrumentos normativos que ordenan la regulación de las telecomunicaciones”.

⁷⁸⁵ *Ibíd.*

⁷⁸⁶ *Ibíd.*

Razones de orden adaptativo o de reinterpretación: en este punto, afirmó que se concentra en el conflicto tomando como principal punto la competencia de la Comisión de Regulación en conflictos que requieren *justicialidad*⁷⁸⁷.

- Elemento justiciabilidad y jurisdicción

La árbitra manifestó que “la CRC es una entidad administrativa y no judicial, y que sus funciones en lo que tiene que ver con la solución de conflictos es *parajudicial*, entendida como una función de regulación”⁷⁸⁸.

Explicó que si bien la CRC no es jurisdiccional, como lo es un Tribunal Arbitral, “los dos conceptos se aproximan en un elemento común que corresponde a que ambos son mecanismos alternativos de resolución de conflictos”. Ahora bien, destacó respecto a la Comisión que su ámbito es de justiciabilidad y que el del Tribunal Arbitral es de jurisdicción⁷⁸⁹, además en la práctica son distintos en sus propósitos y procedimientos.

⁷⁸⁷ La árbitro afirma: “*permiten la competencia del ente regulador en funciones cuasijudiciales*”

⁷⁸⁸ Como ya se había mencionado, en este sentido Ospina en su trabajo de tesis doctoral de 2012 afirmó que la actividad de la administración es para-jurisdiccional, pues los que tienen una disputa, la encomiendan a la decisión administrativa que se podría haber atribuido a una jurisdicción; pero por varias razones, incluyendo la eficiencia, se justificó recurrir a la función administrativa.

⁷⁸⁹ Para mayor ilustración se traen algunos apartes considerados por la árbitro quien cita los siguientes fragmentos relacionados con algunas sentencias de la Corte Constitucional a propósito de las funciones o mecanismos de justiciabilidad al referirse a los procedimientos y recursos para la protección directa de los derechos. Sentencia C-748 de 2011: *Ahora bien, tales herramientas pueden ser tanto de naturaleza judicial como administrativa, es decir, el literal a) hace referencia (i) tanto a acciones o recursos que permiten reclamar la satisfacción de un derecho ante un juez y que implican la existencia de un proceso, (ii) como a mecanismos administrativos tales como órganos de vigilancia y control y procesos administrativos dirigidos a resolver controversias relacionadas con la realización de los derechos fundamentales.*

En relación con los recursos judiciales, es necesario traer a colación la clasificación empleada en la sentencia C-372 de 2011, según la cual un derecho fundamental debe gozar de mecanismos de justiciabilidad ordinarios y otros reforzados dirigidos a la protección directa e inmediata de los derechos; de estos últimos debe ocuparse la ley estatutaria.

Otro aparte citado: *En fallo C-372 de 2006, la Corte se refirió a la justiciabilidad para: Como se indicó en la Sentencia T-760 de 2008, no existe en la jurisprudencia constitucional ni en la doctrina una definición unívoca de derecho fundamental. La Sala no pretende zanjar tales debates en el presente*

La árbitra enfatizó que la diferencia fundamental entre estos dos mecanismos de resolución de controversias es la **neutralidad**. Para fundamentar ello hizo la siguiente cita:

*“el rol de la Autoridad no es, y no debe ser, aquel de un juez. El ordenamiento comunitario europeo exige que la autoridad, además, de independiente debe ser **neutral** delante de los intereses particulares y esto no equivale a estar en posición de indiferencia porque en distinto grado cada uno de estos intereses condiciona o determina la realización de los objetivos fundamentales de la regulación. Incluso en la solución de controversias, la Autoridad no puede prescindir de ellos”.* (Negrilla del texto original)

Sumado a lo anterior, consideró que la Comisión es una entidad administrativa de naturaleza económica y técnica, que está en capacidad de adelantar la función de *enforcement*⁷⁹⁰, característica que destacó como relevante dentro de instituciones similares y cuya función consiste en “*disuadir comportamientos oportunistas e incidir sobre funcionabilidad del sistema en su conjunto*”.

Para finalizar, la árbitra reflexionó y reiteró la labor interpretativa que era necesaria hacer por parte del Tribunal Arbitral, el cual no debió olvidar que los ejes centrales para decidir el conflicto planteado eran en especial de esta naturaleza.

proceso. Sin embargo, pese la falta de definición, la Sala reconoce que la jurisprudencia constitucional sí ha concordado en que ciertos elementos hacen parte del contenido de los derechos fundamentales, uno de ellos, la obligación de prever mecanismos de protección judicial que permitan la justiciabilidad de los derechos.

⁷⁹⁰ El vocablo se deriva de *enforce* que corresponde a aplicar, ejecutar, hacer cumplir, respetar, valer, poner en vigor, asegurar el cumplimiento de una ley, exigir, forzar el cumplimiento, imponer. Se toma de un Diccionario. Fuente: Enrique Alcaraz Varó Brian Hughes. “Diccionario de Términos Jurídicos”, Ariel Derecho. 7ª Nueva Edición. Pág. 212 y 213.

La disidente manifestó que el contrato de acceso, uso e interconexión y la Interpretación Prejudicial recibida del TJCA, hacen parte de un sistema que es nada más y nada menos que el Sistema Jurídico de Integración Comunitaria, y que el Consejo de Estado cuando emitió los fallos del 2012 hizo referencia a ello. Así mismo, que el Tribunal de Justicia Andino siempre ha llamado la atención del principio de *preeminencia* del Derecho Comunitario Andino, que “desarrolla un sistema jurídico u ordenamiento jurídico comunitario, el cual se caracteriza por coherencia y unidad”⁷⁹¹.

1.7 Fallo del Tribunal de Arbitramento del 28 de diciembre de 2015, respecto de la controversia entre COMCEL y ETB⁷⁹². No competencia para resolver de fondo

La controversia en este caso correspondió a la determinación de la norma regulatoria que debía ser aplicada a los cargos de acceso entre las partes, durante un periodo en el cual esta norma fue declarada nula, y por otra parte, se dio un cambio regulatorio, en el cual la Comisión expidió reglas sobre cargos de acceso a redes móviles.

El Tribunal se concentró en la función de resolución de conflictos, su alcance y naturaleza, y decidió acoger la Interpretación Prejudicial del Tribunal Andino de Justicia, Proceso 385-IP-2015, cuyo pronunciamiento se mantiene en la línea jurisprudencial que traía el organismo comunitario en cuanto a considerar que la competencia para resolver controversias entre operadores durante la ejecución de interconexión, la tiene la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones de cada país. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral se declaró

⁷⁹¹ Apartes del salvamento de voto citado.

⁷⁹² El Tribunal Arbitral estaba compuesto por los siguientes árbitros: Edgar González López, Francisco Castro Córdoba y María Clara Gutiérrez Gómez (Salvó voto).

no competente para resolver de fondo las controversias surgidas entre COMCEL y ETB.

El Tribunal de Arbitramento, en cumplimiento de la Interpretación Prejudicial proferida por el TJCA, envió este proceso a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, reconociéndola como la Autoridad Nacional de Comunicaciones y en quien recae la función según las normas andinas, entre ellas, la Decisión 463 de la Comisión y la Resolución 432 de la Secretaria de Comunidad Andina⁷⁹³.

De esta manera, el Tribunal Arbitral adoptó y soportó su decisión en la interpretación 385-IP-2015⁷⁹⁴ y declaró que no era el competente para resolver este conflicto, apoyado en el pronunciamiento del TJCA y en el ordenamiento jurídico andino, ratificando que la competencia para resolver los conflictos surgidos por la interconexión es de la Autoridad Nacional Competente, que corresponde a la Comisión de Regulación de Comunicaciones⁷⁹⁵.

Si bien el Tribunal Arbitral acogió la IP, vale la pena destacar algunas de sus consideraciones, en las cuales se percibe la posibilidad de no haber

⁷⁹³ Según la Resolución 432, el artículo 32, se refiere a la autoridad de telecomunicaciones competente. De acuerdo con la Decisión 462, el artículo 30, lo contempla como la Autoridad Nacional Competente.

⁷⁹⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 385-IP-2015, del 15 de diciembre de 2015 M.P. Leonor Perdomo Perdomo, Magistrados que participaron en la decisión: Cecilia Luisa Ayllón Quinteros, Leonor Perdomo Perdomo, y Hernán Romero Zambrano. El señor Magistrado Luis José Diez Canseco Núñez fue disiente de la posición mayoritaria y, en consecuencia, no participó de su adopción. Lo dicho consta en el Acta N° 40-J-TJCA-2015, cuyo contenido es reservado y no se encuentra disposición en la página de la CAN.

⁷⁹⁵ Los árbitros trajeron a colación los argumentos del Ministerio Público que consideró que el conflicto al cual se refieren no es de naturaleza contractual sino regulatorio, que el tema corresponde a la aplicación de la Resolución 463 sobre interconexión. De paso reflexionaron como la normatividad de telecomunicaciones, la Ley 142 de 1994 como la Ley 1341 de 2009, otorgaron competencia a la Comisión para resolver controversias de interconexión, a petición de cualquier de las partes; y de esta manera, destacan que no tendría razón de ser que una facultad legal se restrinja por una norma regulatoria de carácter general, que en un momento dado otorgó la facultad a unos operadores de telecomunicaciones, desconociendo así la prevalencia de la ley.

compartido la posición del TJCA, e igualmente, la obligación de no llegar a invadir la competencia del Tribunal Andino por el juez nacional. Así mismo, se amparó en la decisión del Consejo de Estado que recientemente había conocido de un recurso de anulación sobre la misma materia, en la cual esa Corporación señaló que la competencia atribuida por el Tribunal Andino a la CRC para resolver las controversias, no desconocía la Constitución Política⁷⁹⁶.

1.7.1 Sobre la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 385-IP-2015

Después de 4 meses de su solicitud por parte del Tribunal Arbitral, el TJCA se pronunció sobre la petición de IP, y al respecto, destacó la preeminencia de la norma comunitaria andina⁷⁹⁷, que goza de prevalencia respecto del ordenamiento jurídico de los Países Miembros⁷⁹⁸.

Así mismo, el TJCA a propósito del Proceso 57-IP-2012⁷⁹⁹ afirmó que el Consejo de Estado debe garantizar la primacía del orden comunitario andino y que en caso dado de que un Tribunal Arbitral omita la solicitud de IP, o sea el mismo Consejo de Estado el que lo haga, deberá declararse la nulidad de la sentencia o laudo arbitral que no cuente con la respectiva Interpretación Prejudicial.

⁷⁹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 23 de septiembre de 2015. Exp. 53054. C.P. Carlos Alberto Zambrano. Op. Cit.

⁷⁹⁷ Como antecedentes, se encuentra la Sentencia del 26 de agosto de 2011, dentro de proceso de Acción de Incumplimiento 03-AI-2010, y la Interpretación Prejudicial del 11 de julio de 2012, dictada en el proceso 57-IP-2012.

⁷⁹⁸ Así mismo la norma andina tiene prevalencia sobre normas de derecho internacional. Lo dicho, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario.

⁷⁹⁹ Corresponde al caso entre COMCEL y EPM TELECOMUNICACIONES.

Así mismo, el Tribunal Andino se refirió a las normas nacionales, como complemento indispensable, para aseverar que estas pueden regular temas que no se encuentren regulados por la norma comunitaria andina, para lograr su aplicación, sin embargo, cuando una materia está regulada por ambas esferas, como es el caso de la interconexión, es claro que prima la normatividad andina frente a la local⁸⁰⁰.

Sumado a esto, se resaltó que la autoridad nacional, en relación con el control y la vigilancia del cumplimiento de las normas, debe hacer parte de este principio de complemento indispensable⁸⁰¹.

Luego se concentró en la autoridad competente para resolver los conflictos en la ejecución de la interconexión, para lo cual ratificó lo dicho en los pronunciamientos anteriores, en cuanto a considerar que esta función recae en cabeza de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, de manera exclusiva y excluyente⁸⁰². La función para resolver conflictos de interconexión, afirma el TJCA, es atribuida a la Autoridad Nacional, según los lineamientos de la ley interna⁸⁰³.

Respecto a la naturaleza de la función como tal, el Tribunal de Justicia consideró que es un tema que debe ser definido por la normativa nacional, y

⁸⁰⁰ Afirma el TJCA en el Proceso 57-IP-2012

⁸⁰¹ Proceso 79-IP-2014

⁸⁰² Para mayor ilustración, ver las siguientes interpretaciones prejudiciales: 255-IP-2013, 14-IP-2014, 181-IP-2013, 16-IP-2014, 57-IP- 2012, 79-IP-2014, 161-IP-2013, 322-IP-2014. 40. El Tribunal de Justicia en el Proceso 181-IP-2013, del 13 de mayo de 2014, cuya M.P. fue la Dra. Leonor Perdomo Perdomo, determinó los juicios valorativos y los fines sobre este tema, y por ese motivo esta IP es citada en los demás pronunciamientos de este órgano comunitario, relacionados con el asunto.

⁸⁰³ De acuerdo con el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaria General de la Comunidad Andina, del año 2000.

que en el derecho colombiano, la asignación de funciones jurisdiccionales es un asunto que le compete al sistema jurídico interno⁸⁰⁴.

1.7.2 Salvamento de voto. Conflicto patrimonial. Competencia Tribunal Arbitral

Aunque el Tribunal Arbitral decidió no resolver de fondo la controversia por considerarse no competente para hacerlo, uno de los árbitros, María Clara Gutierrez, salvo su voto, por considerar que el Tribunal Arbitral sí era competente, con las siguientes consideraciones, que se agruparon en asuntos relacionados con la competencia de la CRC, el contenido de la controversia, las decisiones de las Cortes, el TJCA y los laudos citados, en particular la IP de este pronunciamiento, y las normas andinas aplicables al caso.

Sobre la facultad de la CRC de resolver controversias, consideró que a esta autoridad no se le atribuyeron funciones jurisdiccionales con la Ley de Servicios Públicos, ni con la Ley de TIC. Afirmó que el ámbito de competencia de la Comisión es únicamente regulatorio, y que resolver controversias no hace parte de ese espacio⁸⁰⁵.

En relación con el asunto sometido a consideración del Tribunal Arbitral, afirmó que las diferencias entre estos PRST se enmarcaron en un conflicto

⁸⁰⁴ El TJCA bajo la premisa de ser la autoridad de telecomunicaciones del país la que conoce de resolución de conflictos durante la ejecución de la interconexión, se abstiene de decidir sobre el tema bajo el principio de complemento indispensable. El TJCA en la 385-IP-2015, afirma que en este caso le corresponderá al ordenamiento nacional definir si esta autoridad regulatoria goza de funciones jurisdiccionales o su decisión correspondería a un acto administrativo.

⁸⁰⁵ La postura de la árbitro está en contravía de lo que afirman doctrinantes como Ospina ya citado, quien afirma que esta facultad está ligada a la regulación.

patrimonial y no en el incumplimiento de una obligación de carácter regulatorio⁸⁰⁶.

Sobre las decisiones citadas en el laudo con el fin de confirmar que la competencia es exclusiva y excluyente de la CRC para resolver controversias derivadas del contrato de interconexión, afirmó que *“no se concluye de forma contundente que frente a las controversias de carácter pecuniario, suscitadas por los cargos de acceso, los tribunales arbitrales no lo sean”*.

Para la árbitra, la controversia no recayó sobre el incumplimiento de las obligaciones del contrato de interconexión, ni en que no se hubieran establecido los cargos de acceso. De paso enfatizó en que las obligaciones no se han suspendido en ningún momento desde que se suscribió el contrato, ni se ha dejado de pagar, en cambio opinó que todo se sujeta a *“los valores de los cargos de acceso que deben liquidarse, de conformidad con lo acordado por las partes en el contrato de interconexión, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y que escapan de la órbita de competencias de la CRC”*.

En particular sobre la IP del caso en concreto, consideró que tanto el mandato de la Decisión 462 como de la Resolución 432 en cuanto a la interconexión, están dados para establecer la importancia de las condiciones mínimas para preservar el objetivo de que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones puedan comunicarse con cualquier operador sin restricciones. Sin embargo, subrayó que la misma Interpretación Prejudicial contempló que la norma andina remite la competencia para resolución de

⁸⁰⁶ Otra postura considera que se trata de un tema que va más allá de la autonomía de la voluntad y del contenido patrimonial.

conflictos de interconexión, a la autoridad nacional y bajo los lineamientos de la ley interna⁸⁰⁷.

Sobre la normativa andina aplicable al caso, centró su argumento en la voluntad de las partes que fue plasmada en el contrato, en el cual se previó el Tribunal Arbitral. Específicamente trajo a colación el artículo 32 de la Resolución 432 que expresamente otorga a las partes la facultad para resolver los conflictos que surjan durante la ejecución de la interconexión, por lo tanto el Tribunal Arbitral haría parte de la solución dada por las mismas partes.

Por último en cuanto al principio de complemento indispensable, la Árbitra advirtió que aunque la norma comunitaria establece la competencia de la Comisión para resolver los conflictos de interconexión cuando no han llegado a un acuerdo, la forma en que estos deben ser resueltos se deriva de la norma nacional, y en nuestro caso, esta no le dio funciones jurisdiccionales a la CRC.

En suma, la Árbitra consideró competente al Tribunal Arbitral para decidir, por ser el juez el único llamado a resolver conflictos, reiteró que la Ley 1341 de 2009 no entregó funciones jurisdiccionales a la CRC. Por otra parte, afirmó que la resolución de conflictos no hace parte de la regulación, y que la controversia sometida a consideración de los árbitros es de índole contractual. Todo para concluir que el competente para dirimir los conflictos entre los operadores era el tribunal de arbitraje, en virtud de la cláusula compromisoria⁸⁰⁸.

⁸⁰⁷ En este sentido la arbitro disidente afirma: *Tal como lo señala la exposición de motivos de la precitada Resolución, la interconexión y por ende su ejecución “debe garantizar unas comunicaciones satisfactorias para los usuarios, el fomento y desarrollo justo y adecuado de un mercado competitivo de telecomunicaciones armonizadas, el establecimiento y desarrollo de redes, así como la interoperabilidad de los servicios y el acceso a dichas redes”, ello con independencia del pago efectivo de los cargos de acceso que hacen parte de un reclamo de naturaleza patrimonial.*

⁸⁰⁸ Hay tesis contrarias a las plasmadas por la árbitro que salvo el voto, como es el caso de Ospina ya citado, que por una parte considera que la función de resolver conflictos hace parte de la actividad de la

2. Sobre las Interpretaciones Prejudiciales proferidas por el TJCA relacionadas con los conflictos dentro de los acuerdos de interconexión. 2012-2015

El propósito de este aparte es la compilación y análisis de las interpretaciones prejudiciales que fueron proferidas por el TJCA entre los años 2012 y 2015 relacionadas con acuerdos de interconexión dentro de Colombia. Se trata de once pronunciamientos en su mayoría solicitados por tribunales arbitrales y en menor proporción por el máximo órgano de lo contencioso administrativo.

Es importante tener presente que la Interpretación Prejudicial es una consulta que puede ser obligatoria o facultativa según el caso, que puede ser de oficio o a solicitud de parte para interpretar la norma comunitaria, por parte del juez nacional al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁸⁰⁹, previo a la sentencia⁸¹⁰.

regulación, y por otra, que aunque aceptando que la administración no tiene funciones jurisdiccionales, no deja de lado que posea funciones contenciosas y que tanto las unas como las otras resuelven conflictos, y que las diferencias son de carácter formal como es el caso del efecto de cosa juzgada que tienen aquellas proferidas por un juez.

⁸⁰⁹ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es un órgano jurisdiccional de la comunidad, con competencias para declarar e interpretar uniformemente el derecho comunitario y dirimir las controversias que surjan del mismo. El Tribunal está integrado por cinco magistrados, para periodos de seis años, que se renovarán parcialmente cada tres años y podrán ser reelegidos por una sola vez. Según el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 28 de mayo de 1996.

⁸¹⁰ Para mayor ilustración se citan normas de la CAN relacionadas: Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, artículo 33, que consagra que los jueces nacionales que conozcan un proceso donde se deba aplicar o se controvierta una norma andina pueden o deben según el caso solicitar directamente la Interpretación Prejudicial (IP). En el caso de que la sentencia sea de susceptible de recursos en el derecho interno el juez podrá solicitar directamente la IP y puede emitir su fallo aun si el pronunciamiento del TJCA no ha llegado al momento de dictar la sentencia. En el caso de la consulta obligatoria en procesos donde las sentencias son de única o última instancia, el juez debe suspender el procedimiento y solicitar la IP. Puede ser de oficio o a solicitud de parte.

Estatuto del Tribunal Andino de Justicia artículos 122 y 123. Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, artículos 30 y 32 sobre las condiciones para la interconexión, condiciones entre proveedores. Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina artículos 32, 34 y 35, sobre solución de controversias, que contempla que los conflictos que surjan durante la ejecución de la interconexión se tratarán de resolver entre las partes. En el caso que no logren un acuerdo que ponga fin

Este mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario busca producir una interpretación objetiva de la norma comunitaria, en la cual se resguarde la aplicación uniforme por todos los jueces en el territorio de los Países Miembros.

En los conflictos surgidos con ocasión de contratos de interconexión, esta consulta es obligatoria, como es el caso de los tribunales arbitrales, los jueces de única instancia, o en sede del Consejo de Estado ante un recurso extraordinario de anulación.⁸¹¹

Luego de los fallos del Consejo de Estado del 9 de agosto de 2012, en cumplimiento de la decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, según Proceso 03-AI-2010, mediante la sentencia del 26 de agosto de 2011 y su auto aclaratorio de noviembre 15 del mismo año, en los cuales se dejaron sin efectos las decisiones del Consejo de Estado sobre los recursos de anulación interpuestos por ETB⁸¹² y de declararon nulos los respectivos laudos arbitrales, múltiples conflictos dieron lugar a la solicitud de IP ante el TJCA.

al conflicto, este deberá ser sometido a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión. Esta norma andina consagra expresamente que las partes deberán regirse por las normas comunitarias andinas y, en lo no previsto, por las disposiciones contenidas en la legislación de cada País Miembro donde se lleve a cabo la interconexión.

⁸¹¹ Como ejemplo, el caso de un recurso de apelación ante el Consejo de Estado, por una demanda de mandamiento de pago relacionado con decisiones proferidas por el órgano regulador que resolvió una controversia entre operadores de telecomunicaciones relacionada con el acuerdo de interconexión y los costos del uso de las redes. Para mayor ilustración se puede consultar Proceso 16-IP-2014 del 18 de junio de 2014, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁸¹² La ETB manifestó que los tribunales arbitrales de diciembre de 2006, omitieron la aplicación de las normas andinas relacionadas con los conflictos de interconexión. Así mismo, este operador inició proceso de única instancia de anulación de laudo, ante el Consejo de Estado en el cual solicitó que esta Corporación pidiera al TJCA la IP de los artículos 3, 30 inciso final y 32 de la Decisión 462 y los artículos 1, 3, 13, 32 y 35 de la Resolución 432.

Decisión 462 artículo 3: Alcance. La presente Decisión abarca todos los servicios de telecomunicaciones y todos los modos de prestación, excepto los servicios de radiodifusión sonora y televisión.

Decisión 462 artículo 30 inciso final: (...) En caso de negativa de un proveedor a la interconexión, será la Autoridad Nacional Competente la que determine su procedencia.

Decisión 462 artículo 32: Condiciones entre proveedores. Si un proveedor que solicita una interconexión considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, recurrirá ante las Autoridades Nacionales respectivas de la materia que se trate, las

Varios asuntos de conocimiento de tribunales arbitrales, algunos conformados luego de los fallos de agosto de 2012 y otros cuya actuación inició recientemente en cumplimiento de la norma andina, solicitaron la IP, fue este el caso del Consejo de Estado.

Al respecto, se presentan los siguientes procesos en los cuales está de por medio un conflicto relacionado con la interconexión de redes, aspecto que se debe regir por las normas comunitarias andinas y que en lo no previsto, como se había dicho anteriormente, se debe acudir a la legislación de cada país donde se lleva a cabo la interconexión.

En las siguientes tablas se indican los datos básicos de las interpretaciones, el magistrado ponente del TJCA, quién la solicita, si fue a propósito de un proceso arbitral, los principales aspectos abordados y la referencia a otras IP. Seguidamente se presenta un cuadro general denominado Consultas Prejudiciales, en el que se plasmaron las preguntas de las partes y los árbitros dirigidas al TJCA, junto a una síntesis de las respuestas.

En detalle, y por ser el tema principal de esta investigación, se muestran las consideraciones más destacadas de los pronunciamientos del TJCA sobre la competencia para solucionar las controversias a propósito de la interconexión de redes y los cargos de acceso entre los Proveedores de Redes y Servicios

cuales resolverán de acuerdo con su normativa nacional y los artículos 1, 3, 13, 32 y 35 de la Resolución 432. *“Los artículos 30 inciso final de la D. 462, y los artículos 13, 17 literal f) y 32 de la Resolución 432 tienen que ver con asuntos procesales para dirimir conflictos contractuales de interconexión que por pacto entre las partes pueden ser resueltos por un tribunal arbitral según el artículo 17 literal f) de la Resolución 432 y los conflictos técnicos, macroeconómicos, de competencia y regulatorios de la interconexión, que solo pueden ser resueltos por la Autoridad de Telecomunicaciones como lo señala el artículo 32 de la Resolución 432”.*

En efecto *“la naturaleza del conflicto entre los operadores determinará la competencia para conocer y resolver el mismo (...)”.*

de Telecomunicaciones. Estas solicitudes fueron realizadas en su mayoría por los tribunales arbitrales conformados en cumplimiento de las normas andinas, y al respecto vale la pena resaltar que el Proceso 181-IP-2014 corresponde a la IP más citada en todos estos pronunciamientos del TJCA, posiblemente por ser cronológicamente de las primeras en el periodo 2013-2014. Igualmente, dentro de estos pronunciamientos, llama la atención que en siete interpretaciones prejudiciales del TJCA, un magistrado se apartó de la decisión mayoritaria y no la adoptó.⁸¹³.

En particular, en los procesos que a continuación se relacionan, se dejó constancia de que el señor Magistrado Luis José Diez Canseco Núñez fue disidente de la posición mayoritaria y las razones que lo llevaron a no participar en la adopción de la IP⁸¹⁴. Se trata de los procesos: Proceso 261-IP-2013 del 1 de junio de 2014, Acta No 16-J-TJCA-2014; Proceso 181-IP-2013 del 22 de enero de 2014, Acta No 13-J-TJCA-2014; Proceso 161-IP-2013 del 13 de mayo de 2014, Acta No 13-J-TJCA-2014; Proceso 14-IP-2014 del 20 de marzo de 2014, Acta No. 07-J-TJCA-2014; Proceso 79-IP-2014 del 25 de agosto de 2014, Acta No 22-J-TJCA-2014; Proceso 16-IP-2014 del 18 de junio de 2014, Acta No 13-J-TJCA-2014; Proceso 255-IP-2013 del 11 de junio de 2014, Acta No 07-J-JJCA-2014; y Proceso 385-IP-2015 del 15 de diciembre de 2015, Acta No 40-J-TJCA-2015.

1.

⁸¹³ Se trata del Magistrado José Luis Diez Canseco, quien se apartó en varias IP.

⁸¹⁴ En una nota de pie de página de cada Proceso se informa que las razones de su disentimiento constan en un documento explicativo que se encuentra anexo al acta respectiva. Las razones del disentimiento no se conocen. Los magistrados del TJCA no están obligados a informar los motivos que los llevan apartarse de la decisión. En abril de 2015, se realizó petición a la Secretaria del TJCA, sobre la cual informan que el tema está en estudio por el TJCA, pues no son pocas las peticiones que reciben por este concepto. Están determinando de qué manera, el contenido y a quien se le podría brindar la información.

2.1 Cuadro-Resumen. Interpretaciones

De acuerdo con lo dicho, se elaboró una síntesis de las interpretaciones con el fin de facilitar la comprensión de los diferentes argumentos dados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina encuadrados cronológicamente, cuya materia principal corresponde a los casos relacionados con la solución de controversias a propósito de la interconexión⁸¹⁵.

Se trata de un grupo de procesos recientes ante el Tribunal de Justicia de la CAN⁸¹⁶, en cuyo encabezado se indicó si el solicitante fue un Tribunal Arbitral, una autoridad, o un juez, por ejemplo el Consejo de Estado colombiano⁸¹⁷.

Como ya se había enunciado son once las interpretaciones:

2.1.1 Proceso 57-IP-2012

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL	
PROCESO	57-IP-2012 DEL 11 DE JULIO DE 2012
MAGISTRADO PONENTE	Pendiente
DEMANDANTE	COMCEL
DEMANDADO	EPM TELECOMUNICACIONES
ÓRGANO CONSULTANTE	NACIONAL Sección Tercera del Consejo de Estado de la República de Colombia.
ASUNTO	Solicitud de Oficio de la interpretación de los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 122 y 123 de la Decisión 500.
Antecedentes	
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Laudo arbitral Del 29 de mayo de 2010. Este fallo resolvió que EPM fue negligente en el cumplimiento de la obligación contractual, al no cumplir los requisitos del documento interno sobre el 	

⁸¹⁵ En apartados anteriores ya se había hecho referencia a unas IP que se incluyeron en los cuadros de resumen de esta parte, por considerarse necesario para el análisis de los laudos. En general, el contenido de estos cuadros se tomó directamente de la respectiva Interpretación Prejudicial.

⁸¹⁶ Desde año 2012, a raíz de la Acción de Incumplimiento, según Proceso 03-AI-2012. Por otra parte, en cuanto a las decisiones de los magistrados del TJCA, son resueltas por mayoría simple.

⁸¹⁷ Proceso 57-IP-2012 y Proceso 16-IP-2014

procedimiento para recepción y trámite de pedidos de líneas telefónicas para clientes residenciales y empresariales de ese operador. El Tribunal Arbitral no solicitó la IP.	
<p>▪ Recurso Extraordinario de Anulación</p> <p>EPM interpuso el recurso de anulación por las causales de no constituirse el Tribunal Arbitral en forma legal y por la de no fallar en derecho. No alegó vulneración de normas andinas. La Sección Tercera del Consejo de Estado solicitó la Interpretación Prejudicial de algunos artículos de la Decisión 462 de la CAN y de la Resolución 432 de la Secretaría General.</p>	
<p>▪ Principales temas analizados por el TJCA</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tribunal de Arbitramento como juez nacional - Instrumentos básicos del sistema. Consulta facultativa y consulta obligatoria - Características de la figura de la Interpretación Prejudicial - Efectos que se derivan del incumplimiento de la obligación de solicitar la Interpretación Prejudicial obligatoria. - Caso colombiano. Recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral. - Efectos que se desprenden de la expedición de la Interpretación Prejudicial. 	
Acción de Incumplimiento citada	Proceso 03-AI-2010
Interpretación citada	Proceso 142-IP-2003

2.1.2 Proceso 255-IP-2013

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL	
PROCESO	255-IP-2013 DEL 11 DE JUNIO DE 2014
MAGISTRADO PONENTE	José Vicente Troya
DEMANDANTE	COMCEL (OCCEL)
DEMANDADO	ETB
ÓRGANO CONSULTANTE	Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá
ASUNTO	“Condiciones para la interconexión de Redes o Servicios Públicos de Transporte de Telecomunicaciones”
SALVAMENTO DE VOTO	Del Magistrado Luis José Diez Canseco Núñez. Consta en documento explicativo anexo al Acta No. 07-J-TJCA-2014
Antecedentes	
<p>▪ Ante el Regulador:</p> <p>El conflicto ya había sido resuelto por la CRT mediante las Resoluciones 980 de 2004 y 1388 de 2005, donde se negó la solicitud de COMCEL por carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en la Resolución CRT 463 de 2001. Se confirmó la Resolución 980.</p>	
<p>▪ Laudo Arbitral:</p> <p>Del 10 de octubre de 2014. La IP fue solicitada dentro del proceso arbitral. Árbitros: Luis Fernando Villegas G. Juan Carlos Cuesta Quintero. María Fernanda Guerrero M.</p> <p>Comentario: Laudo inhibitorio. El Tribunal Arbitral acoge la IP y se declaró no competente para solucionar controversias surgidas entre las partes en razón del contrato de interconexión</p>	
<p>▪ Consideraciones del Tribunal Arbitral:</p> <p><i>“Que la CRT tiene facultades suficientes para avocar y resolver controversias entre operadores en materia de interconexión y, por ende, de cargos de acceso y, que esa facultad procede de la ley misma y debe ejercerse conforme a ella, esto es, que esa facultad</i></p>	

no es derogable en favor de otra autoridad, salvo cuando la misma ley lo permite, pero en este caso, ella no lo hace, porque es la misma ley aplicable –entiéndase el artículo 32 de la Resolución 432 de la SGCAN- la que establece la competencia exclusiva en cabeza de la Autoridad Nacional Competente, que en nuestro caso, actualmente, es la Comisión de Regulación de Comunicaciones”.(...) “Como corolario de todo lo expuesto, este Tribunal carece de competencia principal para resolver la controversia planteada así como de competencia residual, porque esta última tampoco está consagrada en las normas dado que la Resolución 432 se refiere a una única, exclusiva y excluyente competencia en cabeza de la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones competente, entiéndase CRC actualmente, de una parte, y de la otra, si se entendiera por competencia residual aquella para conocer de las materias resueltas por la otrora CRT en sus Resoluciones 980 y 1038 varias veces citadas, sin importar si contienen decisiones inhibitorias o no, este Tribunal tampoco la tendría, porque el control de legalidad de los actos administrativos es competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa administrativa y, ni siquiera por habilitación de las partes, este Tribunal podría conocer de la misma”⁸¹⁸.

▪ **Principales temas analizados por el TJCA**

- La autoridad competente para resolver conflictos de interconexión en caso de desacuerdo entre las partes.
- De la Interpretación Prejudicial facultativa y obligatoria.
- De los principios de preeminencia y complemento indispensable.
- Qué se debe entender por comercio de servicios. Conflictos de interconexión entre operadores locales.
- Sistema para determinar la remuneración entre operadores o proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones. Principios y características.
- Principio del *pacta sunt servanda* y como excepción el principio de *rebus sic stantibus*.

Interpretación citada

Proceso 181-IP-2013

2.1.3 Proceso 14-IP-2014

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL	
PROCESO	14-IP-2014 DEL 20 DE MARZO DE 2014
MAGISTRADO PONENTE	José Vicente Troya
DEMANDANTE	COMCEL
DEMANDADO	ETB
ÓRGANO CONSULTANTE	Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá
ASUNTO	“Condiciones para la interconexión de Redes o Servicios Públicos de Transporte de Telecomunicaciones”
SALVAMENTO DE VOTO	Del Magistrado Luis José Diez Canseco. Consta en documento explicativo anexo al Acta No. 07-J-TJCA-2014
Antecedentes	
▪ Ante el Regulador:	

⁸¹⁸ Tribunal arbitral del 10 de octubre de 2014. Partes: COMCEL-ETB.

<p>El conflicto ya había sido resuelto por la CRT mediante las Resoluciones 980 de 2004 y 1388 de 2005. Negó la solicitud de COMCEL por carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en la Resolución CRT 463 de 2001. Se confirmó la Resolución 980.</p>	
<p>▪ Laudo Arbitral: Del 21 de octubre de 2014. La IP fue solicitada dentro del proceso arbitral. Árbitros: Juan Manuel Arboleda Perdomo. Omar Rodríguez Turriago. Mauricio Velandia (salvamento de voto)</p>	
<p>▪ Comentario: El Tribunal Arbitral se pronunció y consideró que se trataba de una controversia contractual para establecer el precio de un contrato, que es de contenido patrimonial y renunciable por cualquiera de las partes.</p>	
<p>▪ Consideraciones del Tribunal Arbitral: <i>“Aquí no se juzgan los actos administrativos de la CRT, sean estos ajustados o no a las disposiciones superiores, lo que aquí se tramita es una prestación económica, transigible y negociable, derivada del Contrato de Interconexión. Cosa diferente hubiera sido si con la demanda se pretendiera que el Tribunal declarara que las Resoluciones 980 y 1038 de 2.004 fueran nulas o que se obligara a la CRT a modificarlas, alterarlas, cambiarlas o complementarlas. En estos casos claramente el Tribunal no tiene competencia y por tanto se habría inhibido de pronunciarse sobre pretensiones como las de este ejemplo. Pero contrario sensu, lo que aquí se pretende no es la controversia sobre los actos administrativos sino sobre el valor al que tiene derecho COMCEL como dueño de la red del servicio de TMC como cargo de acceso por la terminación de las llamadas del servicio de LDI. Para estos efectos el Tribunal deberá analizar si aplica o no las Resoluciones de la CRT que imponen las tarifas de interconexión o no, pero de ninguna manera podrá pronunciarse sobre las mismas. La jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene competencia sobre la existencia y validez de los actos administrativos, el Tribunal sobre los conflictos derivados de la relación contractual, regida o no por estos actos administrativos y en relación específica con puntos que contengan contenidos transigibles por las Partes del Contrato. Corresponderá a una y otra administradora judicial, aplicar las normas jurídicas atinentes a cada asunto sometido a su decisión”</i>⁸¹⁹</p>	
<p>▪ Principales temas analizados por el TJCA</p> <ul style="list-style-type: none"> - La autoridad competente para resolver conflictos de interconexión en caso de desacuerdo entre las partes - La Interpretación Prejudicial facultativa y obligatoria. - De los principios andinos de preeminencia y complemento indispensable. - Qué se debe entender por comercio de servicios. Conflictos de interconexión entre operadores locales. - Sistema para determinar la remuneración entre operadores o proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones. Principios y características. - Principio del <i>pacta sunt servanda</i> y como excepción el principio de <i>rebus sic stantibus</i> 	
Interpretación citada	Proceso 181-IP-2013

2.1.4 Proceso 161-IP-2013

⁸¹⁹ Laudo arbitral del 21 de octubre de 2014. Partes: COMCEL-ETB

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL	
PROCESO	161-IP-2013 DEL 13 DE MAYO DE 2014
MAGISTRADA PONENTE	Cecilia Luisa Ayllón Quinteros
DEMANDANTE	ETB
DEMANDADO	UNE EPM TELECOMUNICACIONES
ÓRGANO CONSULTANTE	Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá
ASUNTO	“Condiciones para la interconexión de Redes o Servicios Públicos de Transporte de Telecomunicaciones”
SALVAMENTO DE VOTO	Del Magistrado Luis José Diez Canseco Núñez. Consta en documento explicativo anexo al Acta N° 13-J-TJCA-2014
Antecedentes	
<p>▪ Laudo Arbitral: Del 3 de diciembre de 2014. La IP fue solicitada dentro del proceso arbitral. Árbitros: Jorge Humberto Botero Angulo. Juan Pablo Cárdenas Mejía. Nicolás Gamboa Morales. El tema central de la controversia estaba alrededor de los cargos de acceso entre operadores locales según esquema de remuneración <i>Sender Keeps All</i> (SKA).</p>	
<p>▪ Consideraciones del Tribunal Arbitral: “En consonancia con lo señalado por el tribunal andino en la Interpretación Prejudicial, declarar que el Tribunal carece de competencia para ocuparse de los aspectos regulatorios contenidos en las siguientes Pretensiones”.⁸²⁰</p>	
<p>▪ Principales temas analizados por el TJCA</p> <ul style="list-style-type: none"> - La autoridad competente para resolver conflictos de interconexión en caso de desacuerdo entre las partes. - Sistema para determinar la remuneración entre operadores o proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones. Principios y características. el caso del sistema “<i>Sender Keeps All</i>”. 	
Interpretaciones citadas	Proceso 181-IP-2014 Proceso 207-IP-2013

2.1.5 Proceso 181-IP-2013

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL	
PROCESO	181-IP-2013 DEL 13 DE MAYO DE 2014 Esta IP es citada en varias decisiones del TJCA
MAGISTRADA PONENTE	Leonor Perdomo Perdomo
DEMANDANTE	ETB
DEMANDADO	COLOMBIA TELECOMUNICACIONES (COLTEL)
ÓRGANO CONSULTANTE	El Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá.
ASUNTO	“Remuneración entre redes locales”
SALVAMENTO DE VOTO	Del Magistrado Luis José Diez Canseco Núñez. Consta en un documento explicativo anexo al Acta N° 13-J-TJCA-2014

⁸²⁰ Laudo arbitral del 3 de diciembre de 2014. Partes: ETB-UNE EPM

Antecedentes	
<p>▪ Ante el Regulador: COLTEL solicitó a la CRT la solución del conflicto. El conflicto fue resuelto por la CRT mediante las Resoluciones 1345 de 2005 y 1388 de 2005. Más extrema.</p>	
<p>▪ Laudo arbitral: Del 6 de septiembre de 2013. La IP fue solicitada dentro del proceso arbitral. Árbitros: William Namén. María Cristina Morales. Juan Pablo Cárdenas. El tema central de la controversia, estaba alrededor del sistema de remuneración para la interconexión local-local. TELECOM solicitó a la ETB que se cambiara el sistema de remuneración para la interconexión local – local entre sus RTPBCL en Bogotá, por el de Senders Keeps All (SKA). Esta solicitud no fue aceptada por ETB.</p>	
<p>▪ Principales temas analizados por el TJCA</p> <ul style="list-style-type: none"> - La autoridad competente para resolver conflictos de interconexión en caso de desacuerdo entre las partes. - Sistema para determinar los cargos de interconexión. Principios y características. El caso del sistema “Sender Keeps All” (SKA). - La protección a la libre competencia y los servicios de telecomunicaciones. Su relación con el sistema para determinar la remuneración entre operadores o proveedores de servicios de telecomunicaciones. La subvención cruzada. 	
Acción de Incumplimiento citada:	Proceso 03-AI-2013
Interpretaciones citadas	Proceso 57-IP-2012 Proceso 207-IP-2013

2.1.6 Proceso 261-IP-2013

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL	
PROCESO	261-IP-2013 DEL 1 DE JUNIO DE 2014
MAGISTRADO PONENTE	José Vicente Troya
DEMANDANTE	ETB
DEMANDADO	TELMEX
ÓRGANO CONSULTANTE	Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá
ASUNTO	“Condiciones para la interconexión de Redes o Servicios Públicos de Transporte de Telecomunicaciones”
SALVAMENTO DE VOTO	Del Magistrado Luis José Diez Canseco Núñez. Consta en documento anexo al Acta No. 16-J-TJCA-2014, de 11 de junio de 2014
Antecedentes	
<p>En el 2006 ETB y TV CABLE suscribieron un contrato de acceso, uso e interconexión, con el objeto de regular los derechos y las obligaciones de las partes originadas en el acceso, uso e interconexión de sus respectivas redes TPBCL/LE y TPBCL. Las partes convocaron un Tribunal de Arbitramento. ETB solicitó declarar que el sistema de remuneración pactado bajo el contrato <i>Sender Keeps All</i>, impuesto por la CRT, debía aplicarse según los estándares internacionales acogidos por la CRT, y cuando se presentara una asimetría en el tráfico cursado por las redes interconectadas debía facturarse y pagarse. Este operador, afirmó que Telmex se</p>	

negó a entregar las mediciones y a pagar el desbalance, y que además permitía el fraude de sus usuarios.	
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Principales temas analizados por el TJCA: <ul style="list-style-type: none"> - Naturaleza y aplicación de las normas andinas telecomunicaciones. - Aplicación de la Decisión 462 y la Resolución 432 a los contratos de acceso, uso e interconexión. - Naturaleza pública y de política pública de los conflictos de interconexión. - Competencia del Órgano Regulador sobre los conflictos económicos derivados de interconexión. Competencia de la jurisdicción civil o arbitral. - Cargos de acceso. Sistema de remuneración <i>Sender Keeps All</i>. Sobre las subvenciones cruzadas. 	
Interpretaciones citadas	Proceso 57-IP-2012 Proceso 207-IP-2013 Proceso 121-IP-2004 Proceso 5-IP-1989 Proceso 181-IP-2014

2.1.7 Proceso 16-IP-2014

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL	
PROCESO	16-IP-2014 DEL 18 DE JUNIO DE 2014
MAGISTRADO PONENTE	José Vicente Troya
DEMANDANTE	TELFÓNICA MOVILES
DEMANDADO	ETB
ÓRGANO CONSULTANTE	Consejo de Estado
ASUNTO	“Obligatoriedad de la solicitud de Interpretación Prejudicial y condiciones para la interconexión de Redes o Servicios Públicos de Transporte de Telecomunicaciones
SALVAMENTO DE VOTO	Del Magistrado Luis José Diez Canseco Núñez. Consta en documento explicativo anexo al Acta N° 13-J-TJCA-2014.
Antecedentes	
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Decisión sobre este conflicto por la CRT: Resoluciones 1269 de 28 de julio de 2005 y 1303 de 29 de septiembre de 2005. ▪ Laudos arbitrales: Laudo del 7 de noviembre de 2007 favorable a Telefónica. Árbitros: Juan Carlos Henao, Jorge Enrique Ibáñez y Anne Marie Murrle. Anulan el laudo el 1 de abril de 2009. C.P. Enrique Gil Botero Tutela 058 del 2 de febrero de 2009, que declaró nulo el laudo por considerar que existía pronunciamiento previo de la CRT. ▪ Principales temas analizados por el TJCA: <ul style="list-style-type: none"> - Sobre el mandamiento de pago con base en las decisiones de la CRT. - La Autoridad Nacional Competente para resolver el conflicto. - Los efectos de la decisión de la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones. 	
	Proceso 03-IP-1993 Proceso 6-IP-1993 Proceso 106-IP-2009 Proceso 01-IP-2010

Interpretaciones citadas	Proceso 181-IP-2013 Proceso 207-IP-2013 Proceso 77-IP-2013 Proceso 181-IP-2013
--------------------------	---

2.1.8 Proceso 79-IP-2014

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL	
PROCESO	79-IP-2014 DEL 25 DE AGOSTO DE 2014
MAGISTRADA PONENTE	Leonor Perdomo Perdomo
DEMANDANTE	COMCEL
DEMANDADO	UNE EPM TELECOMUNICACIONES
ÓRGANO CONSULTANTE	Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Medellín
ASUNTO	
SALVAMENTO DE VOTO	Del Magistrado Luis José Diez Canseco Núñez. Consta en un documento explicativo anexo según Acta No 22-J-TJCA-2014.
Antecedentes	
<p>Este proceso está relacionado con el Proceso 57-IP- del 11 de julio de 2012. En el cual se anuló el laudo por no haberse realizado la consulta IP al TJCA.</p> <p>De nuevo COMCEL solicitó que se conformara el Tribunal Arbitral y este procedió a efectuar la solicitud de IP.</p> <p>Entre UNE EPM TELECOMUNICACIONES y COMCEL se celebró un contrato de acceso, uso e interconexión, con el objeto de regular los derechos y las obligaciones de cada operador en relación con sus respectivas redes de TPBCL y TPBCLE. En el 2007 se presentó una controversia para lo cual acudieron a un Tribunal Arbitral que profirió un laudo que resolvió de fondo, contra el que UNE EPM interpuso un recurso extraordinario de anulación, en el cual la Sección Tercera del Consejo de Estado, antes de expedir la sentencia, solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina una Interpretación Prejudicial. Como resultado se dio la IP Proceso 57-IP-2012.</p> <p>El Consejo de Estado anuló el laudo respectivo por no haber realizado la solicitud de Interpretación Prejudicial al TJCA. Por lo anterior, de nuevo COMCEL solicitó que se integrara un Tribunal Arbitral.</p> <p>La presente IP que se analiza es el resultado de la nueva IP que se solicitó en la conformación de este nuevo Tribunal de Arbitramento, el 4 de abril de 2014.</p>	
<p>▪ Principales temas analizados por el TJCA:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La protección a la libre competencia y los servicios de telecomunicaciones. Límite normativo. - La Autoridad Nacional Competente para resolver conflictos de interconexión. Análisis en relación con las cláusulas compromisorias pactadas en los contratos de interconexión. - Ámbito de aplicación de la Decisión 462 en relación con la Decisión 439 de la Comisión de la Comunidad Andina. - Las normas andinas en materia de interconexión no distinguen si el asunto se presenta entre proveedores o redes en un mismo país o no. Por ese motivo en el 	

presente caso, aunque son dos operadores ubicados en Colombia, les rige la regulación andina.	
Acciones de incumplimiento citadas	Proceso 118-AI-2003 Proceso 117-AI-2003 Proceso 43-AI-2000 Proceso 34-AI-2001 Proceso 7-AI-1998
Interpretaciones citadas	Proceso 115-IP-2009 Proceso 181-IP-2013 Proceso 207-IP-2013 Proceso 255-IP-2013 Proceso 2-IP-1990 Proceso 2-IP-1988
Acción de nulidad citada	Proceso 02-AN-86

2.1.9 Proceso 322-IP-2014

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL	
PROCESO	322-IP-2014 DEL 20 DE MAYO DE 2015
MAGISTRADA PONENTE	Leonor Perdomo Perdomo
DEMANDANTE	COMCEL
DEMANDADO	ETB
ÓRGANO CONSULTANTE	Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá
ASUNTO	Condiciones para la interconexión de Redes o Servicios Públicos de Transporte de Telecomunicaciones
SALVAMENTO DE VOTO	No tiene el salvamento de voto
Antecedentes	
<p>Como referencia la sentencia de 26 de agosto de 2011, emitida en el marco del proceso 03-AI-2010 y la Interpretación Prejudicial de 11 de julio de 2012, dictada dentro del Proceso 57-IP-2012, en el cual se anuló el laudo por no haberse realizado la consulta IP al TJCA.</p> <p>De nuevo COMCEL solicitó que se conformara el Tribunal Arbitral y este procedió a hacer la solicitud de IP.</p> <p>Tener presente que⁸²¹:</p> <p>“12. El 7 diciembre de 2004, COMCEL S.A. solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento en cumplimiento de lo establecido en la cláusula vigésima cuarta del contrato de interconexión, que manda el procedimiento para solucionar diferencias que se presenten entre las partes durante la ejecución del mismo.</p> <p>13. El 15 de diciembre de 2006, se expidieron laudos arbitrales, mediante los cuales se condenó a la ETB S.A. ESP a reconocer y pagar a COMCEL S.A. y CELCARIBE S.A., los valores establecidos en las Resoluciones CRT Nos. 463 de 2001 y 489 de 2002. La decisión del tribunal cobijó el periodo comprendido entre enero de 2002 y enero de 2006.</p> <p>14. El 07 de diciembre de 2007, se expidió la Resolución CRT No. 1763 de 2007, “<i>Por medio de la cual se expiden las reglas sobre cargos de acceso y uso a redes fijas y móviles, y se dictan otras disposiciones</i>”.</p>	

⁸²¹ Se transcribe de la presente IP.

15. La ETB S.A. ESP “supuestamente, no ha reconocido los valores fijados por la referida Resolución, para el periodo comprendido entre febrero de 2006 y febrero de 2008, circunscribiéndose a pagar el valor fijado en el Contrato de Interconexión”	
<p>▪ Principales temas analizados por el TJCA:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Preeminencia de la norma comunitaria andina. - El contrato de interconexión, su naturaleza. La protección a la libre competencia y los servicios de telecomunicaciones. Los parámetros para establecer los cargos de interconexión. Límite normativo. Sobre la naturaleza mixta de los acuerdos. - La Autoridad Nacional Competente para resolver conflictos de interconexión. Análisis en relación con las cláusulas compromisorias pactadas en los contratos de interconexión. - Sobre la competencia de la Autoridad de Telecomunicaciones para la solución de controversias en materia de telecomunicaciones. - Sobre revisión del contrato de interconexión cuando la ruptura del equilibrio económico suceda por circunstancias imprevistas e imprevisibles. - Sobre cuál es la autoridad que tiene la competencia para resolver una controversia en relación con la restauración de la ecuación contractual en el contrato de interconexión. 	
Interpretaciones citadas	<p>181-IP-2013: sobre la competencia para resolución de conflictos de interconexión, de la autoridad nacional.</p> <p>57-IP-2012: sobre competencia del TJCA para conocer del asunto. Así mismo sobre la obligación de solicitar Interpretación Prejudicial cuando los jueces nacionales conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas comunitarias andinas. Así mismo, hace interpretación extensiva del concepto de juez nacional en el sentido de considerar a los árbitros como jueces nacionales.</p> <p>36-IP-2012: sobre el principio de preeminencia de la normativa comunitaria andina.</p> <p>118-AI-2003: sobre antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el Derecho interno de los Países Miembros.</p> <p>115-IP-2009: principio de complemento indispensable. <i>“el País Miembro sólo podría haber regulado dicho asunto cuando la propia norma comunitaria explícitamente lo hubiera previsto, o cuando sobre dicho asunto hubiese guardado silencio”.</i></p>
Interpretaciones citadas	<p>Proceso 2-IP-1990</p> <p>Proceso 10-IP-1994</p> <p>Proceso 115-IP-2009</p> <p>Proceso 57-IP-2012</p> <p>Proceso 36-IP-2012</p> <p>Proceso 181-IP-2013</p> <p>Proceso 207-IP-2013</p> <p>Proceso 79-IP-2014</p>
Acción de incumplimiento citada	Proceso 03-AI-2010

2.1.10 Proceso 146-IP-2014

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL	
PROCESO	146-IP-2014 DEL 20 DE FEBRERO DE 2015
MAGISTRADA PONENTE	Leonor Perdomo Perdomo
DEMANDANTE	COMCEL (CELCARIBE)
DEMANDADO	ETB
ÓRGANO CONSULTANTE	Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá
ASUNTO	Condiciones para la interconexión de Redes o Servicios Públicos de Transporte de Telecomunicaciones
SALVAMENTO DE VOTO	Del Magistrado Luis José Díez Canseco Núñez. Consta en un documento explicativo anexo según Acta N° 05-J-TJCA-2015
Antecedentes	
<p><i>“Se presentó una controversia jurídica entre las partes contratantes y, por lo tanto, la sociedad COMCEL S.A. radicó una solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. 4. El Tribunal de Arbitramento expidió un laudo arbitral el 15 de diciembre de 2006, mediante el cual resolvió el fondo del asunto. 5. ETB interpuso un recurso extraordinario de anulación ante el Consejo de Estado. Le solicitó, además, que presentara una Interpretación Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 6. La Sección Tercera del Consejo de Estado emitió fallo, negando la nulidad y la solicitud de Interpretación Prejudicial. 7. ETB presentó acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 8. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el marco del proceso 3-AI-2010, expidió el 26 de agosto de 2011 sentencia de incumplimiento, mediante la cual declaró el incumplimiento de la República de Colombia a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al no haber solicitado oportunamente la Interpretación Prejudicial. 9. Con base en la anterior providencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado dictó sentencia anulando el laudo arbitral. Lo anterior, por cuanto el Tribunal de Arbitramento debió haber realizado la solicitud de Interpretación Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 10. La sociedad COMCEL S.A., radicó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una solicitud de Integración de Tribunal de Arbitramento. 11. El Tribunal de Arbitramento, mediante providencia de 26 de septiembre de 2014, decidió elevar la presente consulta ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.”⁸²²</i></p>	
<p>▪ Principales temas analizados por el TJCA:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Preeminencia de la norma comunitaria andina. - El contrato de interconexión, su naturaleza. La protección a la libre competencia y los servicios de telecomunicaciones. Los parámetros para establecer los cargos de interconexión. Límite normativo. - La Autoridad Nacional Competente para resolver conflictos de interconexión. Análisis en relación con las cláusulas compromisorias pactadas en los contratos de interconexión. La alteración del equilibrio contractual. - Coherencia de las providencias emitidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 	
Interpretaciones citadas	Proceso 02-IP-1990 Proceso 10-IP-1994 Proceso 115-IP-2009 Proceso 57-IP-2012 Proceso 36-IP-2012 Proceso 181-IP-2013 Proceso 207-IP-2013

⁸²² Proceso 146-IP-2014.

	Proceso 79-IP-2014 Proceso 79-IP-2014
--	--

2.1.11 Proceso 385-IP-2015

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL	
PROCESO	385-IP-2015 DEL 15 DE DICIEMBRE DE 2015
MAGISTRADA PONENTE	Leonor Perdomo Perdomo
DEMANDANTE	COMCEL
DEMANDADO	ETB
ÓRGANO CONSULTANTE	Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá
ASUNTO	Condiciones para la interconexión de Redes o Servicios Públicos de Transporte de Telecomunicaciones
SALVAMENTO DE VOTO	Del Magistrado Luis José Diez Canseco Núñez. Consta en un documento explicativo anexo según Acta No 40-J-TJCA-2015.
Antecedentes	
<p>“11. El 2 de abril de 2004, la CRT expidió la Resolución 980 mediante la cual resuelve negar la solicitud de COMCEL S.A., por carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en la Resolución CRT No. 463 de 2001.</p> <p>12. El 7 diciembre de 2004, COMCEL S.A. solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento en cumplimiento de lo establecido en la Cláusula Vigésima Cuarta del Contrato de Interconexión, que manda el Procedimiento para Solucionar Diferencias que se presenten entre las partes durante la ejecución del mismo.</p> <p>13. El 15 de diciembre de 2006, se expidieron Laudos Arbitrales, mediante los cuales se condena a la ETB S.A. E.S.P. a reconocer y pagar a COMCEL S.A., OCCEL y CELCARIBE S.A., los valores establecidos en las Resoluciones CRT Nos. 463 de 2001 y 489 de 2002. La decisión del Tribunal cobijó el periodo comprendido entre enero de 2002 y enero de 2006.</p> <p>14. El 7 de diciembre de 2007, la CRT expidió la Resolución No. 1763 de 2007 “Por medio de la cual se expiden las reglas sobre cargos de acceso y uso a redes fijas y móviles, y se dictan otras disposiciones”.</p> <p>15. El 31 de mayo de 2005, la CRT profirió la Resolución No. 1237 de 2005 “Por medio de la cual se modifican los Títulos II, IV, V y VII de la Resolución CRT 087 de 1997 y se dictan otras disposiciones”.</p> <p>16. Desde febrero de 2006 a febrero de 2008, ETB S.A. E.S.P. no ha reconocido en su integridad los valores fijados por las Resoluciones CRT No. 1237 de 2005 y 1763 de 2007, que modificaron la Resolución CRT No. 087 de 1997.”⁸²³</p>	
<p>▪ Principales temas analizados por el TJCA:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Preeminencia de la norma comunitaria andina. - La Autoridad Nacional Competente para resolver conflictos de interconexión. La protección de la libre competencia y los servicios de telecomunicaciones. - Delimitación del alcance de la facultad de resolución de las controversias surgidas durante la ejecución de la interconexión. El TJCA hace énfasis en que la facultad no está restringida a los asuntos que tengan que ver con la información relativa a 	

⁸²³ Proceso 385-IP-2015.

	<p>las condiciones generales, económicas y técnicas bajo las cuales se realiza el acuerdo de interconexión, ni a las cláusulas pactadas sobre servicios a ser prestados, procedimientos, medidas a tomar, ni el pacto sobre los cargos de interconexión a pagarse. Para mayor ilustración: <i>“esto quiere decir que la competencia de la autoridad en telecomunicaciones no se da únicamente en relación con los asuntos contenidos en los artículos 16, 17 y 19 de la Resolución 432, sino de cualquier asunto que se desprenda del contrato al ser ejecutado o de situaciones que se presenten o se desprenda de su propia puesta en marcha.”</i>⁸²⁴</p>
<p>Interpretaciones citadas</p>	<p>57-IP-2012: sobre el concepto de juez nacional, que alcanza a los árbitros en derecho, que decidirán el proceso. 36-IP-2012: sobre la preeminencia del Derecho Comunitario Andino, que se soporta en otros principios, como el de eficacia directa, aplicabilidad inmediata, y autonomía del ordenamiento jurídico andino. 2-IP-1990 y 2-IP-1988: reiteran la jerarquía del ordenamiento andino. 10-IP-1994: sobre el principio de complemento indispensable, el Tribunal afirma que no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto tratado, salvo su necesidad para su correcta aplicación. 115-IP-2009: sobre la posibilidad de que los países miembros regulen un tema, que se daría solo cuando la norma comunitaria directamente lo prevea, o cuando se haya guardado silencio sobre ese asunto. 181-IP-2013, 79-IP-2014 y 207-IP-2013: sobre la posibilidad de acudir al mecanismo de solución de controversias andino o a los mecanismos nacionales de impugnación de actos administrativos, cuando se ha decidido el asunto en la vía administrativa y se considera que fue vulnerado el ordenamiento jurídico andino al resolver el conflicto. 181-IP-2013: sobre la importancia de regular una actividad cuya base es la libre competencia pero que corresponde a una prestación que tiene la categoría de servicio público.</p>

7.4 Consultas Prejudiciales. Temáticas de las preguntas formuladas al TJCA

Como se había anunciado, el propósito de esta parte de la investigación, es plasmar los principales interrogantes planteados por los tribunales arbitrales a los magistrados del Tribunal Andino de Justicia, que en gran parte obedecen a preguntas realizadas por los operadores de telecomunicaciones

⁸²⁴ *Ibíd.*

involucrados en el conflicto correspondiente, y las respuestas del Tribunal Andino⁸²⁵.

A continuación se condensan los aspectos que con mayor frecuencia fueron consultados y que se agruparon según las siguientes temáticas.

- 1) Sobre la Interpretación Prejudicial: clases, facultativa, diferencias, efectos, obligatoriedad, competencia para su solicitud.
- 2) Sobre la competencia para resolver conflictos: Autoridad Nacional Competente, autoridad de telecomunicaciones competente, efectos de la decisión, sobre delegación a Tribunal Arbitral, conflictos sobre el equilibrio económico del contrato de interconexión, competencia del tribunal de arbitramento, desarrollo de una cláusula compromisoria, jurisdicción civil o arbitral, violación de normas o principios de interconexión o de la libre competencia, función jurisdiccional, naturaleza y características de la decisión, delimitar la naturaleza jurídica de la función de la autoridad de telecomunicaciones
- 3) Objeto de la controversia: interconexión, obligación de interconexión, condiciones técnicas y económicas, naturaleza pública y de política pública.
- 4) Procedimental: agotar previamente el procedimiento, recurso extraordinario sin la Interpretación Prejudicial en la última instancia,

⁸²⁵ La metodología empleada se desarrolla tomando en particular los interrogantes por cada interpretación, frente a lo cual se plasmó pregunta y respuesta. Según lo desarrolló el TJCA, en su momento, se pueden encontrar preguntas agrupadas y/o respuestas agrupadas, así mismo se toman apartes de las IP que se consideraron pertinentes.

efecto de no someter conflicto a la autoridad de telecomunicaciones competente.

- 5) Principios: regulación comunitaria, principio de no discriminación, principio del complemento indispensable, principio del *pacta sunt servanda* y el principio del *rebus sic stantibus*, protección de la libre competencia, principio de preeminencia de la normativa comunitaria andina, violación de principios.
- 6) Sobre el contrato de interconexión: naturaleza jurídica, temas reservados a la autoridad, autonomía de la voluntad, grados de libertad, contrato inviable, restauración de la ecuación contractual, ruptura del equilibrio por circunstancias imprevistas o imprevisibles.
- 7) Sobre la normatividad andina: origen, principios, naturaleza, jerarquía, preeminencia, norma nacional, contradicción entre norma andina y norma nacional, regulaciones OMC y la UIT, vigencia, resolución posterior y efectos sobre acuerdo entre las partes, contenido de la norma, alcance, vacíos, violación de la norma.
- 8) Interconexión: dimensión económica, técnica y social, remuneración, validez, límites, pautas, criterios metodología, cargos de interconexión, compensación, costos eficientes y utilidad razonable, subsidios cruzados.
- 9) Comercio de servicios: servicios de telecomunicaciones, modos de prestación, territorialidad, operadores nacionales, servicios nacionales, habilitación, liberalización de servicios, de interconexión, aplicación UIT.

De esta manera se propone un cuadro sumario que recapitula y compendia los asuntos de mayor importancia en las Interpretaciones Prejudiciales⁸²⁶.

PREGUNTAS REALIZADAS POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES AL TJCA	
Preguntas⁸²⁷	Extractos de la respuestas
14-IP-2014⁸²⁸:	
<i>¿Las normas andinas de telecomunicaciones son de orden público y se deben aplicar de preferencia sobre las normas locales?</i>	<i>El Ordenamiento Jurídico Andino goza de prevalencia respecto de los cuerpos legales de los Países Miembros, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario, por lo tanto, están por sobre las normas locales de cada país miembro.</i>
<i>¿Qué debe hacer el operador jurídico en caso de advertir una contradicción entre una norma andina y una nacional?</i>	<i>En este marco ha establecido que en caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el Derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero.</i>
<i>¿La Decisión 462 de 1999 y la Resolución 432 de 2000 deben ser aplicadas a los contratos de acceso, uso e interconexión entre redes de telecomunicaciones?</i>	<i>Si bien la norma general es que en todo contrato debe regir el principio de Pacta Sunt Servanta (sic), en muchas ocasiones las circunstancias sobre las cuales las partes pactan sus condiciones se modifican, teniendo por tanto que adaptarse a las nuevas necesidades que van surgiendo, y precisamente el principio del rebuc sic stantibus es el que contempla los criterios por los cuales puede existir una excepción al principio general de cumplir lo pactado.</i>
16-IP-2014⁸²⁹:	
<i>¿Cuál es la Autoridad Nacional Competente para resolver el conflicto entre las partes dentro del recurso de apelación presentado?</i>	<i>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, a los principios de interconexión o a la libre competencia, deberá recurrir a la Autoridad Nacional Competente para que resuelva de acuerdo a la norma nacional. Existe por tanto, expresa disposición de la norma andina, que remite la competencia para resolución de conflictos de interconexión, a la Autoridad Nacional Competente y bajo los lineamientos de la ley interna.</i>

⁸²⁶ Las respuestas del TJCA pueden resultar repetitivas en la mayoría de los casos.

⁸²⁷ Quien hace la solicitud directamente al TJCA es el Tribunal Arbitral, sin embargo en los casos en los cuales está de manera expresa la pregunta de un PRST y así se plasmó en la IP, esta información se incluye en el cuadro.

⁸²⁸ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial 14-IP-2014. M.P. José Vicente Troya. 20 de marzo de 2014.

⁸²⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial 16-IP-2014. M.P. José Vicente Troya. 18 de junio de 2014.

<p><i>¿Cuáles son los efectos de la decisión de la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones?</i></p>	<p><i>La norma andina brinda las pautas de actuación de la Autoridad Nacional Competente y a su vez indica los mecanismos que debe seguir para el cabal cumplimiento de sus decisiones, en el caso que nos ocupa, siendo la CRC, la autoridad competente, la cual ya se pronunció respecto al conflicto entre Telefónica Móviles S.A. y ETB.</i></p> <p><i>Es mandatorio que se determine la forma de ejecutar la resolución dictada por la autoridad competente, no puede quedar en el limbo jurídico lo que se haya decidido sobre las obligaciones contractuales asumidas por las partes y que quede tan solo plasmado en un papel, necesariamente debe existir el medio a través del cual se ejecute la orden de quien emana, motivo por el cual, en aplicación a lo que reza el artículo 35 de la Resolución 432, ya que la CRC ha fijado las condiciones de la interconexión, de acuerdo con la norma andina, es menester también que fije el procedimiento de ejecución de su resolución, aplicando la norma interna en lo no previsto por la norma andina. Para que las resoluciones emitidas por la autoridad competente sean consideradas título ejecutivo, deben contener una obligación clara, expresa y exigible. En este sentido, la autoridad competente debe determinar claramente la obligación a ser ejecutada, ya que de lo contrario no podría ser la base para iniciar un proceso ejecutivo.</i></p>
<p>57-IP-2012⁸³⁰:</p>	
<p><i>¿Cuáles son los efectos que se desprenden de la expedición de la Interpretación Prejudicial?</i></p>	<p><i>Únicamente tiene consecuencias para el caso particular. Esto quiere decir que está dirigida específicamente para el asunto a resolver, lo cual no obsta para que el juez de instancia la pueda utilizar como parámetro de interpretación y aplicación uniforme de la norma comunitaria. Es muy diferente cuando se trata del juez de única o última instancia, ya que este sí está obligado a solicitar la interpretación en todos los casos.</i></p> <p><i>El Juez Nacional deberá aplicar adecuadamente la Interpretación Prejudicial (artículo 27 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina). Aunque el juez sea de instancia, una vez expedida la Interpretación Prejudicial debe aplicarla en su sentencia. Por lo tanto, el Juez Nacional no sólo debe remitirse a la Interpretación Prejudicial en su sentencia, sino que debe acatarla de manera integral y de conformidad con el sentido de la misma.</i></p> <p><i>Si el Juez Nacional incumple dicha obligación, los sujetos legitimados para el efecto podrán acudir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante la acción de incumplimiento (artículo 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, segundo párrafo).</i></p> <p><i>- Obligación de vigilancia por parte de los Países Miembros y la Secretaría General de la Comunidad Andina. Como es tan</i></p>

⁸³⁰ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial 57-IP-2012. M.P. 11 de julio de 2012.

	<p><i>importante la aplicación uniforme de la normativa comunitaria, se impone, en cabeza de los Países Miembros y la Secretaría General, una carga específica de vigilancia de la labor jurisdiccional nacional en el campo de la Interpretación Prejudicial (artículo 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, primer párrafo).</i></p> <p><i>- Obligación de enviar las sentencias dictadas en el proceso interno. El Juez Nacional que solicitó una Interpretación Prejudicial, deberá enviar al Tribunal una copia de la decisión proferida en el proceso interno, a efectos que pueda realizarse el control mencionado anteriormente.</i></p>
<p><i>Si se presenta un recurso extraordinario sin que se hubiere solicitado la Interpretación Prejudicial en la última instancia, ¿qué debe hacer el juez de conocimiento?</i></p>	<p><i>Se presentarían dos hipótesis:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>• Que el recurso extraordinario se sustente en la falta de consulta prejudicial en la última o única instancia. En este caso el juez competente, una vez verificada la ausencia de la consulta prejudicial, debe declarar la nulidad o invalidez de la sentencia. De conformidad con lo que disponga su normativa procesal interna, deberá tomar alguna de estas acciones:</i> <ul style="list-style-type: none"> <i>- Si la normativa interna lo prevé así, devolverá el asunto al juez que debió solicitar la interpretación para que subsane su omisión y emita una nueva sentencia, acogiendo, para tal fin, la providencia expedida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.</i> <i>- Si la normativa interna no prevé esto y el juez competente debe expedir una sentencia sustitutiva, este debe solicitar la Interpretación Prejudicial como si fuera el juez de única o última instancia, para así poder emitir en debida forma la sentencia.</i> <i>• Que el recurso extraordinario no se sustente en la falta de consulta prejudicial en última o única instancia, pero sí se refiera a la interpretación de normas comunitarias o, a la aplicación de estas de conformidad con la naturaleza del asunto. Cuando un juez nacional conozca un asunto en donde se deban interpretar y aplicar normas comunitarias andinas, en virtud del principio de colaboración judicial en el ámbito andino y de las características del sistema comunitario, su actuación corresponde a la de un verdadero juez comunitario andino; es decir, si bien es un juez nacional, cuando se enfrenta a un asunto que tenga que ver con normas comunitarias, dicho juez interno personifica o encarna la figura de juez comunitario andino. En esta circunstancia, el juez interno debe velar por la validez y eficacia del ordenamiento comunitario andino y para esto, se encuentra investido de todas las prerrogativas para lograr dicho objetivo.</i>
79-IP-2014⁸³¹:	

⁸³¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial 79-IP-2014. M.P. Leonor Perdomo Perdomo. 25 de agosto de 2014

<p>Sobre el análisis conjunto del articulado de la Decisión 439 de 1998, 462 de 1999 y de la Resolución 432 de 2000, ¿cuáles son los principios esenciales que sustentan la regulación comunitaria?</p>	<p>-Aplicación de los principios básicos de la Decisión 439 de la Comisión de la Comunidad Andina: acceso a mercados, trato de nación más favorecida, trato nacional, transparencia y statu quo. Esto es muy importante, ya que se enmarca la liberalización del mercado de servicios de telecomunicaciones en el cuadro general axiológico de la liberalización de servicios (artículo 5 de la Decisión 462).</p> <p>-Protección al consumidor final en diferentes aspectos: seguridad y confidencialidad de la información (artículo 8 numeral 3 de la Decisión 462); acceso a redes o servicios públicos de telecomunicaciones (artículo 25 numeral 5 de la Decisión 462); trato no discriminatorio y con libertad de elección de proveedor (artículo 36 de la Decisión 462). La parte considerativa de la Resolución 432 plasma perfectamente dicho principio: “que la interconexión debe garantizar unas comunicaciones satisfactorias para los usuarios (...)”</p> <p>-Protección a la libre competencia en el mercado de telecomunicaciones (artículos 28 y 29): igual que en el punto anterior, la Resolución 432 en su parte considerativa explicita dicho principio: “que la interconexión debe garantizar (...) el fomento y desarrollo justo y adecuado de un mercado competitivo de telecomunicaciones armonizadas, el establecimiento y desarrollo de redes, así como la interoperabilidad de los servicios y el acceso a dichas redes”. (Asimismo, se desarrolla este principio en los artículos 4 y 6 de la mencionada resolución).</p>
<p>Interrogantes del juez consultante:</p> <p>¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato de interconexión en telecomunicaciones?</p> <p>¿Existen materias del contrato de interconexión cuya regulación quede reservada exclusivamente a la Autoridad Nacional Competente y no a los proveedores del servicio de telecomunicaciones que se interconectan? Si es así, ¿cuáles son?</p>	<p>El contrato de interconexión es un acuerdo de voluntades entre proveedores de servicios de telecomunicaciones, mediante el cual se regulan los asuntos técnicos y económicos que ambientan y hacen posible el enlace de sus servicios.</p> <p>El contrato de interconexión si bien se soporta en el principio de la autonomía de la voluntad privada, ya que le otorga margen de libertad a los proveedores para pactar ciertos aspectos técnicos, económicos y operativos, tiene un objeto de contenido eminentemente público, y en consecuencia, es estrictamente regulado, vigilado, inspeccionado y monitoreado por los organismos públicos competentes. Por lo tanto, podríamos decir que los mencionados acuerdos tienen una naturaleza mixta, lo que merece que descansen sobre una normativa realmente especial para el control de una actividad tan importante en relación con la protección del consumidor, la competencia y el desarrollo de la integración andina.</p> <p>Elementos esenciales de los cargos de interconexión:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Obligatoriedad en la interconexión. -Los cargos de interconexión deben estar orientados a costos.- -Complementados con un margen de utilidad razonable.
<p>¿Existen materias del contrato de interconexión cuya regulación pueda ser pactada libremente entre</p>	<p>El contenido de los artículos 16, 17 y 19 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, prevén un piso temático mínimo para dichos contratos, es decir,</p>

<p>las partes proveedoras del servicio de telecomunicaciones? Si es así, ¿cuáles son?</p>	<p>establecen los elementos necesarios del contrato, sin perjuicio de otros que se desprendan de la naturaleza de los mismos. Estos son:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Los servicios que se prestarán mediante la interconexión. -Los procedimientos que se emplearán para el cruce de información para garantizar la calidad de la prestación del servicio. -Las obligaciones que asumen las partes para garantizar el derecho fundamental a la privacidad de todos los usuarios que utilicen las redes interconectadas. -Los procedimientos a seguir para facturación, liquidación, intercambio y pago de cuentas. -La duración del contrato y forma de renovación. -El mecanismo para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión antes de que se comience a ejecutar el contrato. Una vez se ponga en práctica el acuerdo, la competencia para la solución de controversias le corresponderá a la Autoridad Nacional Competente, de conformidad con el acápite C de la presente providencia. -Las causales de suspensión o terminación del contrato de interconexión. -Los cargos de interconexión si no son fijados por la Autoridad de Telecomunicaciones competente. En este sentido, la mencionada cláusula suple el silencio de la autoridad competente en la materia. En consecuencia, si la autoridad se pronuncia sobre esto, la autonomía de la voluntad queda desplazada. -La información relativa a las condiciones generales, económicas y técnicas bajo las cuales se realiza la interconexión. <p>El Tribunal considera que no es pertinente y apropiado, tal como lo pretende el juez consultante con sus preguntas, que se haga una lista de las materias que son exclusivas para la regulación de la Autoridad Nacional Competente, diferenciándola de otra que dé cuenta de las materias que los proveedores puedan pactar libremente. Por el objeto del contrato de interconexión, sus particularidades y especificidades en cada caso concreto, lo que se puede establecer son las pautas mínimas temáticas para el acuerdo de las partes, tal como lo hizo la norma comunitaria en lo estudiado, pero bajo el entendido de que por la naturaleza del asunto la función de regulación estatal está muy presente.</p>
<p>Conforme al artículo 3 y 13 de la Resolución 432 de la Secretaría de la CAN y demás normas concordantes, ¿cuál es el orden de prelación de aplicación de normas en una relación de interconexión a la que se ha llegado por acuerdo negociado entre las partes, teniendo en cuenta que hay normas andinas,</p>	<p>Haciendo un análisis de la posición o jerarquía del Ordenamiento Jurídico Andino, el TJCA ha manifestado que dicho ordenamiento goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y respecto de las normas de Derecho internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario. En este marco ha establecido que en caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el Derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual</p>

<p><i>normas nacionales y las del propio contrato?</i></p> <p><i>¿Cuál es la preeminencia de la norma comunitaria andina?</i></p>	<p><i>que cuando se presente la misma situación entre el Derecho Comunitario Andino y las normas de Derecho internacional.</i></p> <p><i>La normativa nacional de interconexión puede regular ciertos asuntos no contemplados en la comunitaria andina, de conformidad con el principio de complemento indispensable. Los contratos de interconexión se encuentran previstos en la normativa andina y se encuentran basados en el principio de autonomía de la voluntad privada, pero al mismo tiempo en los principios de transparencia, protección al consumidor, libre competencia, y obligatoriedad de la interconexión, salvaguardando intereses superiores de la colectividad, de conformidad con lo planteado en los acápites siguientes de la presente providencia. Por tal motivo, cualquier acuerdo contractual sobre la materia tiene que permearse y soportarse en la normativa comunitaria, so pena de incurrir en nulidad.</i></p>
<p><i>Otros interrogantes del juez consultante:</i></p> <p><i>¿Cuál es el alcance del artículo 32 de la Decisión 462 de 1999 de la CAN frente al artículo 32 de la Resolución 432 de 2000 de la Secretaría General de la CAN, en el sentido de determinar cuáles controversias son de competencia exclusiva de la Autoridad Nacional Competente y cuáles son de otras Autoridades Nacionales?</i></p> <p><i>¿La facultad de resolución de controversias otorgada a la Autoridad Nacional Competente en razón del artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría de la CAN puede ser delegada en un Tribunal de Arbitramento, previo acuerdo o convenio entre las partes cuando las pretensiones solicitadas corresponden a temas diferentes a la obligación de interconexión y a sus condiciones técnicas y económicas?</i></p> <p><i>Interrogantes de la parte convocada:</i></p> <p><i>a. ¿Las partes debieron agotar previamente el procedimiento previsto en el artículo 32 de la Resolución 432 de 2000 de la Comunidad Andina para la solución</i></p>	<p><i>La Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina en su artículo 32, enuncia que en el evento en que un proveedor considere que existen actuaciones atentatorias a las normas, a los principios de interconexión o a la libre competencia, deberá recurrir a la Autoridad Nacional Competente para que resuelva de acuerdo a la norma nacional.</i></p> <p><i>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.</i></p> <p><i>Por su parte, el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría 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 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).</i></p> <p><i>El efecto de no respetar lo mencionado es la nulidad por vicio de incompetencia.</i></p> <p><i>¿Cuándo tiene competencia la Autoridad de Telecomunicaciones para la solución de controversias en materia de telecomunicaciones?:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>• Cuando estemos frente a cualquier controversia relativa a la “ejecución de la interconexión”, es decir, cuando se esté poniendo en práctica el contrato de interconexión. Cuando se habla de cualquier controversia se debe entender en relación con asuntos o temas incluidos en el contrato, o que aunque no se incluyan en el mismo se desprendan de él, o se presenten</i>

<p>de controversias de interconexión planteadas en este trámite arbitral?</p> <p>b. ¿Cuál es el efecto de que una de las partes, en este caso COMCEL, haya decidido llevar a un Tribunal de Arbitramento un conflicto derivado de un contrato de interconexión, sin haberlo sometido antes al conocimiento de la Autoridad de Telecomunicaciones competente, como lo establece el artículo 32 de la Resolución 432 de 2000 de la Comunidad Andina?</p> <p>c. ¿Cuáles son los conflictos derivados de los contratos de interconexión que deben ser resueltos previamente por la Autoridad de Telecomunicaciones, antes de ser sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales, de acuerdo con el artículo 32 de la Resolución 432 de 2000 de la Comunidad Andina?</p>	<p>con ocasión de la ejecución del contrato. Esto quiere decir que la competencia de la Autoridad de Telecomunicaciones no se da únicamente en relación con los asuntos contenidos en los artículos 16, 17 y 19 de la Resolución 432, sino de cualquier otro tema que se desprenda del contrato al ser ejecutado, o de situaciones que se presenten o se desprenda de su propia puesta en marcha.</p>
<p>Interrogantes de la parte convocada⁸³²:</p> <p>¿Cuáles normas de la Comunidad Andina debe aplicar el Tribunal Arbitral para resolver la controversia planteada?</p> <p>Y, a la conclusión a la que llegó el juez consultante en el punto 3 de su solicitud: “3. NUESTRO ENTENDIMIENTO DEL ASUNTO: Con fundamento en las circunstancias puestas en el presente en los numerales anteriores y revisando las normas que regulan el tema de la interconexión de redes en materia de telecomunicaciones en el mercado subregional de la Comunidad Andina, encontramos que las mismas no son aplicables al</p>	<p>Para resolver lo anterior, el Tribunal reiteró lo expresado en la interpretación expedida en el marco del Proceso 255-IP-2013, de 11 de junio de 2014, del Magistrado Ponente, José Vicente Troya Jaramillo:</p> <p>“La figura del comercio de servicios por parte de la Comunidad Andina, aparece con la emisión de la Decisión 439 que adopta el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina, para posteriormente con la Decisión 510 dictarse el Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios y luego con la Decisión 629 en donde se plantea la metodología para eliminar las barreras al comercio de servicios.</p> <p>Tanto la Decisión 439 como la Decisión 462, enuncian aspectos relacionados a la liberalización de comercio de servicios, la Decisión 439 de manera general hace alusión a los modos de prestación de servicios de toda clases de ellos mientras que la Decisión 462 de manera específica regula las condiciones para lograr una correcta liberalización del servicio de telecomunicaciones en aras de consolidar un Mercado</p>

⁸³² Este interrogante que planteó la convocada no fue contestado expresamente por el TJCA: ¿Las cláusulas sobre solución de controversias que deben incorporarse en los contratos de interconexión, de conformidad con el artículo 17, literal f de la Resolución 432 se limitan a los asuntos contractuales o pueden extenderse a otro tipo de controversia?

<p>conflicto que se pretende desatar en el presente Tribunal Arbitral y en tal medida la interpretación que se deberá dar a las normas es en el contexto de si son o no aplicables, luego de lo cual consideramos que la conclusión será negativa (...)"</p>	<p>Común Andino de Telecomunicaciones, todo esto acorde con el artículo 1 de la Decisión 462 en donde sus objetivos principales son: i) Eliminar las restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones, de acuerdo al cronograma establecido en la presente Decisión; ii) Propiciar la armonización de las normas necesarias para la conformación del Mercado Común Andino de telecomunicaciones; iii) Proponer definiciones comunes de los servicios de telecomunicaciones en los Países Miembros; iv) Propiciar la inversión en los servicios de telecomunicaciones en los Países Miembros. Como lo que persigue es la liberalización del sector de telecomunicaciones dentro del marco de un Mercado Común Andino es este ámbito, las mencionadas condiciones deben ser aplicadas en relación con "todas las medidas" que afecten al servicio de telecomunicaciones, independientemente de si los operadores son de un mismo país o no, ya que lo que se busca es generar con esta norma una integración andina en telecomunicaciones y, por lo tanto, se debe aplicar a cualquier asunto en relación con el sector antes mencionado, todo esto en ánimo de lograr un soporte armonizado de telecomunicaciones en los cuatro países miembros de la Comunidad Andina". (Subrayado fuera del texto original)</p>
<p>¿Cuál es la normativa prevalente en temas de interconexión?</p>	<p>La normativa prevalente en temas de interconexión es la normativa comunitaria andina, lo que quiere decir que cualquier antinomia entre esta y la normativa nacional, internacional o contractual, siempre se resuelve a favor de la primera.</p>
<p>146-IP-2014⁸³³:</p>	
<p>¿Quién es la autoridad competente para resolver conflictos de interconexión?</p>	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>Por su parte, el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría 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 a la cabeza de la Autoridad de Telecomunicaciones competente, que en el caso colombiano es la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), hoy</p>

⁸³³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial 146-IP-2014. M.P. Leonor Perdomo Perdomo. 20 de febrero de 2015

	<p>denominada <i>Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)</i>.</p> <p><i>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.</i></p>
<p><i>¿Quién es la autoridad competente para resolver conflictos de equilibrio económico del contrato de interconexión?</i></p>	<p><i>Ahora bien, la pregunta obligada, es ¿quién resuelve una controversia en relación con la restauración de la ecuación contractual?</i></p> <p><i>La respuesta se encuentra líneas arriba. La autoridad de telecomunicaciones, que para el caso colombiano es la CRC, es quien tiene la competencia exclusiva y excluyente para solucionar conflictos en la ejecución de la interconexión, donde encajaría claramente la ruptura del equilibrio contractual cuando se esté ejecutando el contrato. El incumplimiento de esta previsión generaría un incumplimiento de la normativa comunitaria andina, con todas las implicaciones que esto acarrea.</i></p>

161-IP-2013⁸³⁴⁸³⁵ -	
<p><i>Del Tribunal Arbitral:</i> ¿Las normas andinas de telecomunicaciones son de orden público y deben aplicarse de preferencia sobre las normas locales por los operadores de telecomunicaciones en sus contratos de interconexión de redes y por las entidades regulatorias nacionales?</p>	<p><i>Existe 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.</i></p>
<p><i>El tribunal consultante:</i></p> <p><i>La necesidad de esclarecer los grados de libertad con que cuentan las partes que han suscrito un acuerdo de interconexión en materia de telecomunicaciones para regular directamente las prestaciones económicas derivadas del tráfico que canalizan a través de la red del otro, hace que se planteen las siguientes dudas:</i></p> <p><i>a. Si las reglas que regulan la dimensión económica de la interconexión aplican tanto cuando</i></p>	<p><i>Para absolver estas dudas, el Tribunal cita lo manifestado por el mismo dentro del Proceso 181-IP-2014:</i></p> <p><i>“Para lograr una adecuada interpretación de las normas pertinentes, el Tribunal estima necesario, como parámetro básico e inspirador, determinar claramente cuál es la finalidad tanto de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, como de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.</i></p> <p><i>El artículo 1 de la mencionada Decisión, bajo el título “Objetivo”, muestra el direccionamiento de la misma. Bajo el manto general de la liberalización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones, busca dar su fundamental contribución a la realización del programa andino de liberación. En adición,</i></p>

⁸³⁴ Se transcribe un lista de preguntas sobre las cuales el TJCA no se refirió expresamente. Por parte de la demandada. 1. “Si dos operadores colombianos, con fundamento en lo establecido en las Resoluciones generales 104 de 1998, 253 de 2000, 463 de 2001, 489 de 2002, 575 de 2002 y 1763 de 2007, expedidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, pactan y mantiene vigente hasta la fecha de contrato de acceso, uso e interconexión, que ‘no habrá lugar al pago de cargos de acceso local’, y en su lugar la remuneración de sus redes se realiza a través de lo que cada operador recauda de sus usuarios, atendería ello contra la normatividad andina? 2. Cuál es el efecto de que una de las partes de un contrato de interconexión (en este caso ETB) haya decidido llevar a Tribunal de Arbitramento un conflicto por concepto del contrato de interconexión vigente con otro operador, sin antes haberlo sometido a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente según lo establece el Art. 32 de la Resolución 432?”. Por otra parte, se transcriben preguntas del Ministerio Público, sobre las cuales no se refirió expresamente: ¿A la luz de la normatividad andina, en los contratos de acceso, uso e interconexión entre las redes TPBCL de dos compañías en una ciudad, resulta viable pactar que no hay lugar al pago de cargos de acceso por la utilización de las respectivas redes de TPBCL, por la interconexión local – local, por tráfico asimétrico?

¿El criterio plasmado por la Secretaría General de la Comunidad Andina en los Dictámenes 02 de 2007 y 08 de 2007, es aplicable cuando existe tráfico asimétrico? Según dichos dictámenes resulta viable pactar entre dos compañías que no hay lugar al pago de acceso por la utilización de redes? ¿Bajo los parámetros establecidos en la Decisión 462 (artículo 30) y en la Resolución 432 (artículos 13, 18, 10 y 27) de la Comunidad Andina de Naciones (sic), es procedente que las partes de un contrato de acceso, uso e interconexión de redes, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, pacten que no hay lugar al pago de cargos de acceso por tráfico asimétrico, por la utilización de las respectivas redes.

⁸³⁵ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial 161-IP-2013. M.P. Cecilia Luisa Ayllón Quinteros. 13 de mayo de 2014

<p><i>la integración ha sido ordenada por la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones, como cuando las partes han acordado crear sus propias reglas al respecto.</i></p> <p><i>b. Si es posible que acuerden que no haya remuneración por tal intercambio, de modo tal que cada quien se apropie de las sumas que le paguen sus usuarios.</i></p> <p><i>c. Si esta estipulación fuere legalmente posible, es menester saber si su validez está condicionada o no por la existencia de un cierto equilibrio en el tráfico.</i></p> <p><i>d. Si el TJCA considerara que la legalidad de la estipulación depende de que el eventual desequilibrio no exceda de ciertos límites, ¿sería necesario que fijara pautas o criterios para establecer las magnitudes admisibles en cuanto a volumen y tiempo máximos en que tal desbalance puede ocurrir?</i></p> <p><i>e. En caso de que se sobrepase un hipotético umbral de tolerancia –por así llamarlo- en el desequilibrio del tráfico, ¿sería necesario conocer los criterios para establecer la remuneración que la parte que aporta un mayor volumen debe reconocer a la otra, bajo el supuesto de que nada se haya dispuesto en el contrato de interconexión?</i></p>	<p><i>abarca ciertos los objetivos dirigidos al mercado de las telecomunicaciones en el ámbito comunitario, a saber: Eliminación de las restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones. Lograr, mediante la aplicación de los parámetros contenidos en la Decisión estudiada, que los Países Miembros armonicen su normativa interna en el campo de las telecomunicaciones.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>• Como efecto de lo anterior, lograr conformar un Mercado Común Andino de Telecomunicaciones.</i> <i>• Generar un escenario propicio para la inversión en el sector de las telecomunicaciones.</i> <p><i>El Tribunal advierte que en el marco de la figura de la Interpretación Prejudicial no se encuentra dentro del resorte de su actuación, pronunciarse sobre si uno u otro sistema cumplen los parámetros y criterios definidos en la normativa comunitaria sobre cargos de interconexión, por lo tanto, es cuestión de la autoridad administrativa competente nacional definir y determinar dicha situación, teniendo en cuenta los parámetros interpretativos que sentará el Tribunal en la presente providencia.</i></p> <p><i>El legislador comunitario andino, preocupado por esta piedra angular para el desarrollo de la competencia en el sector, generó ciertos parámetros que sustentan los esquemas de interconexión en la subregión. La Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, en su Capítulo VIII estableció los principios relativos a la interconexión, y dentro de este fijó las condiciones para la misma.</i></p> <p><i>Los parámetros transcritos fueron desarrollados mediante la Resolución 432 de la Secretaría General de Comunidad Andina, por medio de cual se establecen normas comunes sobre interconexión. Como se dijo anteriormente, su manto axiológico se extiende en conjunto con la Decisión 462. Es así que en sus artículos 18 y 20 se prevén las condiciones económicas de los cargos de interconexión, así:</i></p> <p><i>“Artículo 18.- Los cargos de interconexión deberán estar orientados a costos, complementados con un margen razonable de utilidad más una cuota de costos comunes o compartidos inherente a la interconexión y suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio. Se entenderá por costos comunes o compartidos aquellos que corresponden a instalaciones y equipos o prestaciones compartidos por varios servicios.</i></p> <p><i>Artículo 20.- La interconexión deberá ser económicamente eficiente y sostenible, atendiendo a cargos de interconexión orientados a costos que preserven la calidad a costos eficientes.””</i></p>
---	--

181-IP-2013⁸³⁶:	
<p><i>Interrogantes de la parte demandante:</i></p> <p>1. Si la obligación de no pago en dichas relaciones de interconexión es legal, si es obligatorio facturar y cobrar los cargos de interconexión que se causen en mayor valor entre las partes y si debe existir una tarifa de cargos de acceso.</p> <p>2. Si cualquier sistema de pago o compensación de cargos de interconexión entre operadores, pactado por las partes, o impuesto por la CRT, debe estar fundado en el principio regulatorio de costos eficientes de largo plazo más utilidad razonable.</p> <p>3. Si un sistema de pago de cargos de acceso entre operadores, puede permitir subsidios cruzados entre las partes.</p> <p>4. Si el principio de eficiencia de los cargos de acceso afecta todo el contrato de acceso, uso e interconexión.</p> <p>5. Si la integración de la obligación de pago de cargos de acceso se puede hacer con las costumbres y regulaciones de la OMC y la UIT.”</p> <p><i>Interrogantes de la parte convocada:</i></p> <p>2. Determinar el contenido y el alcance del artículo 30 de la Decisión 462 y de los artículos 18, 19 y 20 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, “en lo referente a las condiciones de remuneración de la Interconexión entre operadores o proveedores de servicios de telecomunicaciones” con el fin de establecer que el</p>	<p>“El presente punto se desarrollará con el objetivo de contestar de manera adecuada a las preguntas 1, 2, 3, 4 y 5 realizadas por la parte demandante, así como la pregunta 2 realizada por la convocada.</p> <p>El Tribunal advierte que en el marco de la figura de la Interpretación Prejudicial no se encuentra dentro del resorte de su actuación, pronunciarse sobre si uno u otro sistema cumplen los parámetros y criterios definidos en la normativa comunitaria sobre cargos de interconexión; por lo tanto, es cuestión de la autoridad administrativa competente nacional definir y determinar dicha situación, teniendo en cuenta los parámetros interpretativos que sentará el Tribunal en la presente providencia.</p> <p>Una interpretación conjunta de los artículos transcritos, nos conduce a los siguientes elementos esenciales de los cargos de interconexión:</p> <ul style="list-style-type: none"> •Obligatoriedad en la interconexión •Los cargos de interconexión deben estar orientados a costos. Complementados con un margen de utilidad razonable. <p>Es importante aclarar en este punto que la “simple remisión” que la normativa comunitaria hace de la UIT y OMC, es un mero complemento a la regulación comunitaria andina en cuanto a la definición de ciertos términos (artículos 1 de la Decisión 462 y 2 de la Resolución 432). Esto no implica que se deban adoptar obligatoriamente las definiciones de la UIT, ya que deben ser consecuentes con las bases axiológicas de la normativa andina sobre la materia. Además, si entran en contradicción con la normativa comunitaria, sobre la base del principio de primacía, resultarían ser inaplicables. Por tal motivo, la autoridad competente deberá analizar si las definiciones o conceptos potencialmente aplicables podrían reñir con el sistema comunitario andino.”</p>

⁸³⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial 181-IP-2013. M.P. Leonor Perdomo Perdomo. 13 de mayo de 2014

<p>sistema Sender Keeps All cumple las condiciones de las normas andinas.</p>	
<p>Interrogantes de la parte convocada:</p> <p>Los interrogantes que la parte demandada solicita someter al Tribunal son los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Determinar el contenido y el alcance del artículo 34 de la Decisión 462 del 25 de mayo de 1999 y del artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina fechada el 2 de octubre de 2000, "en lo referente a la autoridad competente para resolver conflictos de interconexión cuando no hay acuerdo entre las partes". 2. (...) 3. Determinar el contenido y el alcance del artículo 6 de la Resolución 432, en relación "con el principio de no discriminación" para determinar si la ETB "al pactar o mantener condiciones de remuneración en otros contratos de interconexión, diferentes a la que está reclamando TELECOMUNICACIONES, estaría incurriendo en violación del principio de no discriminación en contra de mi representada". 	<p>Sobre el punto 1:</p> <p>-Obligatoriedad en la interconexión. Los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones tienen la obligación de interconectarse. Por lo tanto, el esquema de los cargos de interconexión se da en este ámbito de apremio en pro de la competencia y el bienestar social. Si un proveedor se negara a la interconexión, el asunto se ventilará ante la Autoridad Nacional Competente para que tome una decisión al respecto. De todas formas, la normativa comunitaria andina se sustenta sobre el principio de autonomía de la voluntad privada, en el sentido de que las partes pueden acordar las condiciones de interconexión, siempre y cuando se fijen sobre los parámetros establecidos. Esto se desprende de un análisis conjunto de los artículos 30 de la Decisión 462, y 16, 17, 19, 23, 27 y 34 de la Resolución 432, donde se da un margen de acción contractual a los proveedores que se interconectarán para fijar las condiciones generales, económicas y técnicas del enlace, pero todo bajo los parámetros establecidos en la normativa comunitaria y la regulación de la autoridad nacional de telecomunicaciones pertinente. (Negrillas fuera del texto original)</p> <p>No se contestó el punto 3.</p>
<p>¿Si un sistema de pago de cargos de acceso entre operadores, puede permitir subsidios cruzados entre las partes?</p>	<p>En este acápite el Tribunal responderá al interrogante 3 de la parte demandante.</p> <p>Uno de los postulados básicos en que se soporta la regulación comunitaria en materia de servicio público de telecomunicaciones, es la protección de la libre competencia tal y como se trató en el literal B de la presente providencia. Lo anterior quiere decir, que cualquier práctica restrictiva de la competencia debe proscribirse, ya que esto atenta contra el desarrollo del sector, la transparencia en el mercado y unas condiciones competitivas eficientes.</p> <p>Los subsidios cruzados podrían dar lugar a una alteración o un falseamiento de la competencia. El artículo 29 literal a) de la Decisión 462, consagra explícitamente como prácticas anticompetitivas la realización de prácticas de subvención</p>

	<p><i>cruzada. ¿Y en qué eventos se produce una subvención cruzada?</i></p> <p><i>Se presenta cuando una empresa, mediante un manejo de los precios, financia la pérdida de un servicio con los ingresos obtenidos en otro servicio. Una empresa en este escenario podría ofrecer un servicio con precios inferiores a su costo, utilizando como estrategia de financiamiento el incremento de costos en otro servicio.</i></p> <p><i>Si de alguna manera cualquier método para la fijación de cargos de interconexión, bajo la arena de una práctica restrictiva de la competencia, es el escenario para que un competidor distorsione el mercado, de conformidad con las normas internas sobre la materia, dicha práctica debe ser investigada, perseguida y sancionada, sobre la base de lo previsto en los artículos 28 y 29 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina.</i></p>
255-IP-2013⁸³⁷:	
<p><i>Determinar el contenido y alcance del artículo 32 de la Decisión 462 frente a la competencia de un tribunal de arbitramento en desarrollo de una cláusula compromisoria, para resolver controversias originadas en la selección de la tarifa que debe aplicarse en un contrato de interconexión, debiendo escogerse entre la tarifa determinada de común acuerdo entre las partes y la fijada posteriormente por la Autoridad Nacional Competente. Lo anterior, en el entendido que para dirimir la controversia, el Tribunal Arbitral no fijaría tarifa o cargo de acceso alguno, sino determinarla cuál de las tarifas fijadas es la aplicable</i></p>	<p><i>Citamos la Interpretación Prejudicial 181-IP-2013:</i></p> <p><i>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. <u>En este orden de ideas, el Tribunal de Arbitramento consultante no goza de competencia para resolver el asunto particular.</u>" (Subrayado y en negritas fuera del texto)</i></p> <p><i>Al existir disposición andina que de manera concreta delimita que la competencia para la resolución en asuntos de conflictos de telecomunicaciones es la autoridad nacional, se concluye que la CRC es quien posee la potestad de resolver el caso en estudio, más no el Tribunal de Arbitramento, por lo que el ente consultante es quien deberá a su vez valorar los argumentos contenidos en la presente ponencia, soportando su posición en lo dispuesto en las normas aquí interpretadas.</i></p>
<p><i>Interrogante formulado por ETB:</i> <i>¿Las normas andinas de telecomunicaciones son de orden público y se deben aplicar de preferencia sobre las normas locales?</i></p>	<p><i>En respuesta a su primer requerimiento, se debe enunciar que el Ordenamiento Jurídico Andino goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario, por lo tanto, están por sobre las normas locales de cada país miembro.</i></p>

⁸³⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial 255-IP-2013. M.P. José Vicente Troya. 11 de junio de 2014.

<p><i>¿De dónde deriva el ordenamiento comunitario?</i></p>	<p><i>El Tribunal, acerca del principio de Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino, ha manifestado lo siguiente:</i></p> <p><i>“En este contexto, cabe reiterar que el ordenamiento comunitario no deriva del ordenamiento de los Países Miembros, sea éste de origen interno o internacional, sino del Tratado Constitutivo de la Comunidad. Así, y por virtud de su autonomía, se ratifica que el ordenamiento jurídico de la Comunidad –tanto el primario como el derivado- no depende ni se halla subordinado al ordenamiento interno, de origen internacional, de dichos Países. En consecuencia, los tratados internacionales que celebren los Países Miembros por propia iniciativa, como el del Acuerdo sobre los ADPIC, no vinculan a la Comunidad, ni surten efecto directo en ella, sin perjuicio de la fuerza vinculante que tales instrumentos posean en las relaciones entre los citados Países Miembros y terceros países u organizaciones internacionales.” (Proceso 01-AI-2001. Sentencia del 27 de junio de 2002, publicada en la Gaceta Oficial 818, de 23 de julio de 2002).</i></p>
<p><i>Interrogante formulado por ETB:</i> <i>¿Qué debe hacer el operador jurídico en caso de advertir una contradicción entre una norma andina y una nacional?</i></p>	<p><i>En este marco se puede definir que en el evento de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero.</i></p> <p><i>Este Tribunal ha puesto de manifiesto, tanto los fundamentos como los efectos de la índole del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena como sistema normativo de aplicación preferente. Ha subrayado que el ordenamiento jurídico comunitario "prevalece sobre el derecho interno en razón de los principios de aplicabilidad directa y primacía que le son inherentes". Por esta circunstancia, "cuando algún precepto de la legislación interna contradiga el ordenamiento jurídico de la integración, los Países Miembros deberán aplicar la norma andina de modo preferente".</i></p>
<p><i>Principio del complemento indispensable.</i></p>	<p><i>El principio de complemento indispensable de la normativa comunitaria consagra lo que algunos tratadistas denominan “norma de clausura”, según la cual se deja a la legislación de los Países Miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica.</i></p> <p><i>74. Este principio implica que los Países Miembros tienen la facultad para fortalecer o complementar, por medio de normas internas o de Acuerdos Internacionales, la normativa del ordenamiento comunitario andino, pero, en la aplicación de esta figura, las legislaciones internas de cada país no podrán establecer exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entren en conflicto con el derecho comunitario andino o restrinjan aspectos esenciales regulados por él.</i></p> <p><i>(...)</i></p>

	<p>De esta manera, "la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que de algún modo la contradiga o que resulte irreconciliable con ella, si bien no queda propiamente derogada, dejará de aplicarse automáticamente, bien sea anterior (subrayamos) o posterior a la norma integracionista". (Proceso 121-IP-2004, publicado en la G.O.A.C. N° 1139, de 12 de noviembre de 2004, marca FRUCOLAC, citando al Proceso 02-IP-96, publicado en la G.O.A.C. N° 257, de 14 de abril de 1997, marca: MARTA).</p>
<p>Interrogante formulado por COMCEL:</p> <p>A raíz del manifiesto de 8 de noviembre de 2013, presentado por COMCEL, en donde solicita a este Tribunal la interpretación de los artículos 80 del Acuerdo de Cartagena y 2 de la Decisión 439, con la finalidad de que se indique "(...) qué se entiende por comercio de servicios, y si dentro de los modos de prestación de servicios se incluyen aquellos servicios de telecomunicaciones en los que los operadores interconectados son operadores de Telefonía Móvil Celular-TMC y Telefonía Pública Básica Conmutada-TPBC, ambas empresas legalmente constituidas de nacionalidad colombiana, ambos ubicados en el territorio colombiano, y con habilitación para prestar servicios de telecomunicaciones únicamente en la República de Colombia", es pertinente enfocar que es el comercio de servicios y como lo ha interpretado este Tribunal.</p> <p>Interrogante formulado por Tribunal Consultante:</p> <p>Que se determine el contenido y alcance de la norma general aplicable a la liberalización de servicios establecida en el artículo 2 de la Decisión 439, de la norma especial aplicable a servicios de telecomunicaciones del artículo 4 numeral 1 literales a) y b) de la Decisión 462 de 1999 y de la norma especial aplicable a contratos de interconexión establecida en el artículo 35 de la Resolución 432 de la SGCAN, frente a contratos de</p>	<p>Tanto la Decisión 439 como la Decisión 462, enuncian aspectos relacionados a la liberalización de comercio de servicios, la Decisión 439 de manera general hace alusión a los modos de prestación de servicios de toda clases de ellos mientras que la Decisión 462 de manera específica regula las condiciones para lograr una correcta liberalización del servicio de telecomunicaciones en aras de consolidar un Mercado Común Andino de Telecomunicaciones, todo esto acorde con el artículo 1 de la Decisión 462 en donde sus objetivos principales son: i) Eliminar las restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones, de acuerdo al cronograma establecido en la presente Decisión; ii) Propiciar la armonización de las normas necesarias para la conformación del Mercado Común Andino de telecomunicaciones; iii) Proponer definiciones comunes de los servicios de telecomunicaciones en los Países Miembros; iv) Propiciar la inversión en los servicios de telecomunicaciones en los Países Miembros. Como lo que persigue es la liberalización del sector de telecomunicaciones dentro del marco de un Mercado Común Andino es este ámbito, las mencionadas condiciones deben ser aplicadas en relación con "todas las medidas" que afecten al servicio de telecomunicaciones, independientemente de si los operadores son de un mismo país o no, ya que lo que se busca es generar con esta norma una integración andina en telecomunicaciones y, por lo tanto, se debe aplicar a cualquier asunto en relación con el sector antes mencionado, todo esto en ánimo de lograr un soporte armonizado de telecomunicaciones en los cuatro países miembros de la Comunidad Andina</p>

<p>interconexión celebrados y ejecutados entre operadores ubicados en un mismo país miembro.”</p>	
<p>Interrogante formulado por el Tribunal Arbitral:</p> <p>Es de interés del Tribunal Arbitral que se determine el contenido y alcance de los artículos 3 y 19 de la Resolución 432, (i) frente a la modificación del régimen de libertad para fijar tarifas de interconexión entre operadores a partir de la entrada en vigencia de la Resolución 432 y (ii) frente a su aplicación a contratos que venían ejecutándose con anterioridad a dicha Resolución.</p>	<p>En respuesta a la pregunta formulada por el Tribunal Arbitral, con la emisión de la Resolución 432 en su capítulo II se fijaron los aspectos económicos y lineamientos a seguir para poder fijar el aspecto de costos de interconexión, conforme se desprende de las normas antes citadas, todas las obligaciones de los casos vigentes y por realizarse relacionados con interconexión en los Países Miembros, se ajustaron a lo dispuesto en las Decisiones 439, 462 y Resolución 432, y en lo referente a los cargos de interconexión a cancelarse, el artículo 19 señala que los acuerdos de interconexión fijarán los cargos a pagarse entre las partes siempre y cuando no sean fijados por la Autoridad de Telecomunicaciones competente, para nuestro caso en concreto a la fecha la CRT.</p>
<p>Solicita el Tribunal Arbitral que se determine el contenido y alcance de los artículos 4, 6 y 23 de la Resolución 432 a la luz del régimen de libertad contractual para operadores y de los rangos en que podría moverse la tarifa para evitar un trato discriminatorio o que afecte a la libre competencia.”, para lo cual citamos la Interpretación Prejudicial 181-IP-2013 que señaló:</p>	<p>Para lograr una adecuada interpretación de las normas pertinentes, el Tribunal estima necesario, como parámetro básico e inspirador, determinar claramente cuál es la finalidad tanto de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, como de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.</p> <p>El artículo 1 de la mencionada Decisión, bajo el título “Objetivo”, muestra el direccionamiento de la misma. Bajo el manto general de la liberalización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones, busca dar su fundamental contribución a la realización del programa andino de liberación. En adición, abarca ciertos los objetivos dirigidos al mercado de las telecomunicaciones en el ámbito comunitario, a saber:</p> <ul style="list-style-type: none"> •Eliminación de las restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones. •Lograr, mediante la aplicación de los parámetros contenidos en la Decisión estudiada, que los Países Miembros armonicen su normativa interna en el campo de las telecomunicaciones. •Como efecto de lo anterior, lograr conformar un Mercado Común Andino de Telecomunicaciones. •Generar un escenario propicio para la inversión en el sector de las telecomunicaciones.
<p>Interrogante formulado por ETB:</p> <p>¿Cuál es el alcance del principio del Pacta Sunt Servanta (sic) en los contratos de interconexión?,</p>	<p>Ante lo cual, este Tribunal analiza dos principios íntimamente relacionados al caso en cuestión que son, el principio del Pacta Sunt Servanta (sic) y el principio del rebuc sic stantibus.</p> <p>Refiriéndonos al Pacta Sunt Servanta (sic), es un término proveniente del latín que significa “los acuerdos o tratados deben cumplirse”, principio que está recogido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados cuando en su</p>

	<p>artículo 26 manifiesta que: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe."</p> <p><i>En cuanto al rebuc sic stantibus, el cual hace alusión al cambio de circunstancias, de igual manera recopilado en la Convención de Viena en cuyo artículo 62 enuncia:</i></p> <p><i>"Cambio fundamental de circunstancias:</i></p> <p><i>1. Un cambio fundamental de las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que:</i></p> <p><i>a) La existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y b) Ese cambio tenga por objeto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.</i></p> <p><i>2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él: a) Si el tratado establece una frontera; o, b) Si el cambio fundamental resulta de una violación por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional respecto a cualquier otra parte del tratado.</i></p> <p><i>Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado."</i></p> <p><i>Si bien la norma general es que en todo contrato debe regir el principio del Pacta Sunt Servanta (sic), muchas de las ocasiones las circunstancias sobre las cuales las partes pactan sus condiciones se modifican, teniendo por tanto que adaptarse a las nuevas necesidades que van surgiendo, y precisamente el principio del Rebus Sic Stantibus contempla los criterios por los cuales puede existir una excepción al principio general de cumplir lo pactado.</i></p> <p><i>La pregunta de la empresa ETB radica en precisar el alcance del principio del Pacta Sunt Servanta (sic) en los contratos de interconexión, ante lo cual en respuesta al cuestionamiento, este principio es general para todo tipo de contrato, no existe diferenciación por tratarse de un convenio de interconexión, más bien debe apreciarse en conjunto y verificar si en efecto el Tribunal Arbitral debe considerar las nuevas condiciones que se suscitaron a posteriori de la celebración del contrato y si es el caso la aplicación del principio Rebus Sic Stantibus por el cambio de normativa que se dio a consecuencia de la regulación de los valores a remunerar en el uso de las redes de TMC y PCS por tráfico de larga distancia internacional entrante, ya que a la firma del convenio no existía norma que lo regulaba</i></p>
--	---

	<p>y fueron las partes quienes fijaron precios, para luego emitirse la Resolución 463 de 2001, la cual a su vez fue derogada con posterioridad por la Resolución 469 de 2002.</p> <p><i>El principio del Pacta Sunt Servanta (sic) es el de aplicación general y por excepción el de Rebus Sic Stantibus, por lo cual el Tribunal, deberá necesariamente verificar que las partes no podían tener conocimiento de los cambios sobrevenidos, y verificar si en efecto cabe restaurar el equilibrio del contrato a las nuevas necesidades, o en su defecto, resolver el contrato desde una fecha determinada y bajo las condiciones por las partes pactadas.</i></p>
<p><i>¿Qué es y cuáles son las diferencias entre la Interpretación Prejudicial obligatoria y la facultativa?</i></p>	<p><i>La denominada Interpretación Prejudicial obligatoria o llamada consulta obligatoria, es aquella que necesariamente el juez nacional ya sea de oficio o a petición de parte, debe solicitar al Tribunal Andino de Justicia, previo a la emisión de su fallo, la interpretación de la norma comunitaria que es parte del proceso que se conoce. El requisito que debe reunir este tipo de interpretación, es que la sentencia sea de única o última instancia, no siendo susceptible de recurso alguno interno y que involucre la aplicación de norma que sea parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.</i></p> <p><i>La Consulta facultativa por el contrario, según la define el artículo 122 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es aquella por la cual el Juez nacional que no sea de única o última instancia ordinaria puede elevar consulta prejudicial al Tribunal, situación en la que no suspende el proceso.</i></p>
261-IP-2013⁸³⁸:	
<p><i>Interrogante formulado por ETB:</i> <i>¿Las normas andinas de telecomunicaciones son de orden público y se deben aplicar de preferencia sobre las normas locales?</i></p>	<p><i>En respuesta a su requerimiento, se debe enunciar que el Ordenamiento Jurídico Andino goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario, por lo tanto, están por sobre las normas locales de cada país miembro.</i></p> <p><i>La Comisión del Acuerdo de Cartagena en el pronunciamiento aprobado durante el Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias en Lima, Perú, el 29 de mayo al 5 de junio de 1980, declaró la validez plena de los siguientes conceptos: 1) "El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía, propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales"; 2) "El ordenamiento jurídico prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales, sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros"; y 3) "Las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha en que</i></p>

⁸³⁸ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial 261-IP-2013. M.P. José Vicente Troya. 1 de junio de 2013.

	<p>indique o, en caso contrario, en la fecha del Acta Final de la reunión respectiva, de conformidad con el artículo 21 del Reglamento de la Comisión". (Subrayado fuera de texto).</p>
<p>Interrogante formulado por ETB: ¿La Decisión 462 y la Resolución 432 deben ser aplicadas a los contratos de acceso, uso e interconexión entre redes de telecomunicaciones?</p>	<p>En efecto, en el caso de autos el Tribunal consultante, debe aplicar la norma comunitaria con preferencia a las normas de derecho interno y sólo aplicar éstas en los casos en que la norma comunitaria no se refiera al tema y siempre y cuando dichas normas no contravengan el derecho comunitario.</p> <p>En el caso concreto, el juez consultante deberá tomar en cuenta que la propia Decisión 462 en su artículo 32 enuncia que en caso de conflicto en asuntos de interconexión de operadores es la Autoridad Nacional la competente para dirimir el mismo, por lo que en cumplimiento al numeral anterior, se aplica la norma comunitaria y por excepción la nacional, cuando la legislación andina no haga referencia al tema y no haya contraposición con el régimen comunitario.</p>
<p>Interrogante formulado por el Tribunal Arbitral: Que se determine el alcance de las definiciones contenidas en el artículo 2, en particular las de "interconexión" y "otras definiciones", así como el alcance del artículo 37 para determinar si el concepto de "contrato de interconexión", no definido por las normas andinas, debe entenderse y aplicarse en los términos de la UIT y de las normas colombianas".?</p>	<p>El concepto como tal de que se entiende por "contrato de interconexión", si bien no se encuentra especificado, este Tribunal lo define como aquel arreglo de voluntades celebrado entre proveedores de servicios de telecomunicaciones, a través del cual, reglamentan tanto los temas técnicos, así como las cuestiones económicas del servicio materia del contrato.</p> <p>En cuanto a la definición de interconexión es pertinente hacer referencia a lo que este Tribunal ha mencionado anteriormente en la Interpretación Prejudicial 181-IP-2013: "El concepto inicial que ambienta el asunto particular es el de interconexión. El artículo 2 de la Decisión 462 la define de la siguiente manera: "Interconexión: Todo enlace con los proveedores que suministran redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones con objeto que los usuarios de un proveedor puedan comunicarse con los usuarios de otro proveedor y tener acceso a los servicios suministrados por otro proveedor respecto de los que se contraigan compromisos específicos."</p> <p>De lo anterior se desprende que para hablar de interconexión deben existir dos o más redes que se enlazan para tener acceso recíproco a los clientes y servicios que ofrecen. La definición de la UIT va por la misma línea: los arreglos técnicos y comerciales bajo los cuales los proveedores conectan su equipo, redes y les dan a su clientes la posibilidad de tener acceso a los clientes, los servicios y las redes de otros proveedores de servicios"</p>
<p>Tribunal Arbitral: la diferenciación entre el alcance de los asuntos de naturaleza pública y de política pública, donde se ubican los conflictos de interconexión –que son competencia del órgano</p>	<p>Respecto a su inquietud, en efecto, los temas relacionados con telecomunicaciones son de interés público y de política pública, el órgano nacional competente es quien fija y señala las reglas a ser aplicadas y que deben ser acatadas por todos los proveedores, sin embargo, también entra en juego la parte</p>

<p>regulador, Autoridad Nacional Competente-, frente al alcance de los conflictos económicos derivados de interconexión- competencia de la jurisdicción civil o arbitral</p>	<p>privada, es decir, los acuerdos entre las partes, los cuales fijan como ya se señaló antes, tanto el aspecto técnico como el económico, poseyendo por tanto una naturaleza mixta, la cual está regulada tanto por el derecho privado como por el público, sin embargo de lo cual, en aras de la protección que se deriva a favor del consumidor del servicio, así como de la libre y sana competencia, estos acuerdos deben ser regulados necesariamente por los organismos públicos competentes.</p>
<p>Tribunal Arbitral: Respecto a que se establezca "(...) que el valor de los cargos de acceso pactado en los contratos de acceso, uso e interconexión debe ser fijado de forma razonable económicamente, y que ello implica que en este valor del cargo de interconexión se tenga en cuenta la rentabilidad del negocio de interconexión, esto es, su viabilidad económica a largo plazo"</p>	<p>"La interconexión en el sector de las telecomunicaciones se ha convertido en la punta de lanza del desarrollo de las condiciones de competencia en el sector. Regular este fenómeno tiene como consecuencia alcanzar un mercado más competitivo, transparente, sin discriminaciones y, por lo tanto, con mayores beneficios para los usuarios. Además, dicha regulación es una actividad necesaria, dada el esquema actual de productividad, eficiencia y competitividad del sector de servicios públicos de telecomunicaciones. El aumento, desarrollo, adecuación y cambio en el campo tecnológico hace que los esquemas de costos, de eficiencia en la prestación y crecimiento varíen a tiempos relativamente cortos; esto hace que los proveedores de servicios tengan ciertos problemas a la hora de fijar los cargos de interconexión, con lo cual la regulación encaja perfectamente como mecanismo de anclaje en un sistema de desarrollo de la competencia.</p> <p>1. Asimismo, es un asunto básico y de suma importancia contar con un sistema eficiente y coherente con los postulados de la libre competencia y los derechos del usuario final, sobre todo porque en mercados dirigidos hacia el desarrollo de la competencia, como el comunitario andino, la interconexión por lo general se plantea entre un proveedor ya instalado y preponderante (incumbente) y nuevos oferentes (entrantes), lo que podría traer problemas de ciertas prácticas restrictivas del primero hacia el segundo.</p>
<p>Tribunal Arbitral: Solicita la interpretación de los artículos 2, último párrafo y 37 de la Decisión 462, "(...) a fin de permitir al Tribunal Arbitral determinar la obligatoriedad de la incorporación y aplicación, por referencia, de las definiciones, contenidas y términos de los reglamentos UIT, como complemento de las normas andinas y colombianas sobre interconexión en telecomunicaciones, frente a los vacíos que puedan existir en materias no reguladas directamente por la CAN".</p>	<p>El artículo 2, en su párrafo final enuncia que: "(...) Otras definiciones: Para los demás términos y definiciones, esta Decisión se remitirá a lo contenido en los Reglamentos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT y la Decisión 439". "Artículo 37.- Relación con organizaciones y acuerdos internacionales Los Países Miembros reconocen: a) La importancia de las normas internacionales para la compatibilidad e interoperabilidad de las redes y servicios de telecomunicaciones a escala mundial y se comprometen a promover la aplicación de tales normas y a participar coordinadamente en los trabajos de los organismos internacionales competentes, entre ellos la Unión Internacional de Telecomunicaciones -UIT- y la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones -CITEL-; b) La función que desempeñan</p>

	<p><i>las organizaciones, los acuerdos intergubernamentales y el sector privado para el logro del funcionamiento de los servicios nacionales y mundiales de telecomunicaciones, en particular la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT y la Organización Mundial del Comercio OMC.”</i></p> <p><i>Tanto la UIT como la Resolución 432, incorporan conceptos que la Decisión 462 no las enuncia, destacándose en el párrafo final del artículo 2 que en efecto, todos los demás términos no definidos, deberán remitirse a lo dispuesto en los reglamentos de la UIT y la Decisión 439. Este Tribunal, ratifica la aplicación de las antes citadas normas en el siguiente sentido: “Es importante aclarar en este punto que la “simple remisión” que la normativa comunitaria hace de la UIT y OMC, es un mero complemento a la regulación comunitaria andina en cuanto a la definición de ciertos términos (artículos 1 de la Decisión 462 y 2 de la Resolución 432). Esto no implica que se deban adoptar obligatoriamente las definiciones de la UIT, ya que deben ser consecuentes con las bases axiológicas de la normativa andina sobre la materia. Además, si entran en contradicción con la normativa comunitaria, sobre la base del principio de primacía, resultarían ser inaplicables. Por tal motivo, la autoridad competente deberá analizar si las definiciones o conceptos potencialmente aplicables podrían reñir con el sistema comunitario andino.” (Interpretación Prejudicial Proceso 181-IP-2013).</i></p>
<p><i>Tribunal Arbitral: Que se lo analice sistema de remuneración Sender Keeps All</i></p>	<p><i>Citamos nuevamente el Proceso 181-IP-2013: “La literatura sobre la materia condensa muy claramente las modalidades, sistemas, métodos y esquemas para estructurar los precios de interconexión de conformidad con los diversos tipos de redes (TPBC, TPBCL, TPBCLE, TPBCLD, entre otras), teniendo en cuenta los diversos elementos para la interconexión. En la demanda que origina el proceso arbitral objeto de estudio, se nombran y explican algunos de estos métodos en relación con la red TPBC y de conformidad con ciertos criterios: Calling Party Pays, Receiving Party Pays, Calling Party Network Pays y Sender Keeps All. A esto se podría agregar otros esquemas que obedecen determinados parámetros: “cargos diferenciales por carga de tráfico”, “cargos por costo de red”, “precios con base en capacidad”, entre otros.</i></p> <p><i>El caso particular gira en torno a la operatividad método “Sender Keeps All” (SKA) o “Bill and Keep” (BAK), en cuanto esquema idóneo para el cálculo de tarifas de redes TPBCL, de conformidad con los parámetros de la normativa comunitaria andina.</i></p> <p><i>El Tribunal advierte que en el marco de la figura de la Interpretación Prejudicial no se encuentra dentro del resorte de su actuación, pronunciarse sobre si uno u otro sistema cumplen los parámetros y criterios definidos en la normativa comunitaria sobre cargos de interconexión; por lo tanto, es cuestión de la</i></p>

	<p>autoridad administrativa competente nacional definir y determinar dicha situación, teniendo en cuenta los parámetros interpretativos que sentará el Tribunal en la presente providencia.</p>
<p><i>Tribunal Arbitral: Sobre las subvenciones cruzadas. Determinar el alcance de la protección de la libre competencia, al prohibir a los apoderados de telecomunicaciones subsidiar directa o indirectamente a otros operadores de telecomunicaciones, subsidiar de forma cruzada entre sus servicios de interconexión, subsidiar con cargos de acceso, o frente a otros servicios de comunicaciones, tanto a nivel nacional como internacional”</i></p>	<p><i>Cita la Interpretación Prejudicial 181-IP-2013 que manifiesta: “Uno de los postulados básicos en que se soporta la regulación comunitaria en materia de servicio público de telecomunicaciones, es la protección de la libre competencia tal y como se trató en el literal B de la presente providencia. Lo anterior quiere decir, que cualquier práctica restrictiva de la competencia debe proscribirse, ya que esto atenta contra el desarrollo del sector, la transparencia en el mercado y unas condiciones competitivas eficientes.</i></p> <p><i>Los subsidios cruzados podrían dar lugar a una alteración o un falseamiento de la competencia. El artículo 29 literal a) de la Decisión 462, consagra explícitamente como prácticas anticompetitivas la realización de prácticas de subvención cruzada.</i></p> <p><i>¿Y en qué eventos se produce una subvención cruzada? Se presenta cuando una empresa, mediante un manejo de los precios, financia la pérdida de un servicio con los ingresos obtenidos en otro servicio. Una empresa en este escenario podría ofrecer un servicio con precios inferiores a su costo, utilizando como estrategia de financiamiento el incremento de costos en otro servicio.</i></p>
322-IP-2014⁸³⁹:	
<p><i>Sobre la competencia del Tribunal Arbitral para solicitar la Interpretación Prejudicial</i></p>	<p><i>Antes de desarrollar los temas propuestos, el Tribunal llama la atención de que su competencia para conocer el presente asunto tiene como antecedentes la sentencia de 26 de agosto de 2011, emitida en el marco del proceso 03-AI-2010, y la Interpretación Prejudicial de 11 de julio de 2012, dictada dentro del proceso 57-IP-2012. Mediante la primera sentencia se hizo una interpretación extensiva del concepto de juez nacional contenido en los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 122 y 123 de su Estatuto, en el sentido de considerar a los árbitros o tribunales de arbitramento como jueces nacionales; se determinó que cuando éstos son de única o última instancia y fallan en derecho, tienen la obligación de solicitar Interpretación Prejudicial cuando conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas comunitarias andinas, de conformidad con las previsiones establecidas en el ordenamiento jurídico comunitario andino. Por su parte, la Interpretación Prejudicial mencionada reitero lo dicho y concluyó lo siguiente:...</i></p>

⁸³⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial 322-IP-2014. M.P. Leonor Perdomo Perdomo. 20 de mayo de 2015.

	<p>Los árbitros o tribunales de arbitramento que son de única o última instancia y fallan en derecho, se incluyen dentro del concepto de juez nacional contenido en los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 122 y 123 de su Estatuto y, en consecuencia, tienen la obligación de solicitar Interpretación Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, de conformidad con las previsiones consagradas en la normativa comunitaria.</p> <p>Por lo señalado anteriormente, el concepto de juez nacional, de acuerdo a las normas comunitarias, alcanza a los árbitros en derecho, que decidirán el proceso, ateniéndose a la Ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina.</p>
<p>¿En qué consiste el principio de preeminencia de la normativa comunitaria andina?</p>	<p>Se reitera lo establecido en la Interpretación Prejudicial de 12 de septiembre de 2012, expedida en el marco del proceso 36-IP-2012:</p> <p>“El Tribunal ha consolidado como principio fundamental del Ordenamiento Comunitario Andino el de “Preeminencia del Derecho Comunitario Andino”, soportándolo en otros principios: el de “Eficacia Directa del Ordenamiento Jurídico Andino”, el de “Aplicabilidad Inmediata del Ordenamiento Jurídico Andino”, y el de “Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino”.</p> <p>Haciendo un análisis de la posición o jerarquía del Ordenamiento Jurídico Andino, ha manifestado que dicho ordenamiento goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y respecto de las Normas de Derecho Internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario. En este marco ha establecido que en caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el Derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual que cuando se presente la misma situación entre el Derecho Comunitario Andino y las normas de Derecho internacional.</p> <p>...</p> <p>50. Un punto fundamental al analizar el tema de la Preeminencia del Derecho Comunitario Andino, como se señaló anteriormente, es el principio de Autonomía, el cual desarrolla y consagra como un verdadero sistema jurídico al Ordenamiento Jurídico Comunitario, ya que le añade a las características de coherencia y unidad, la de ser un conjunto de principios y reglas estructurales que emanan de él mismo, sin derivarlas de ningún otro ordenamiento jurídico.</p>
<p>¿La normativa nacional de interconexión puede regular ciertos asuntos no contemplados en la comunitaria andina, de conformidad</p>	<p>Los contratos de interconexión se encuentran previstos en la normativa andina y se encuentran basados en el principio de autonomía de la voluntad privada, pero al mismo tiempo en los principios de transparencia, protección al consumidor,</p>

<p>con el principio de complemento indispensable?</p>	<p>libre competencia, y obligatoriedad de la interconexión, salvaguardando intereses superiores de la colectividad, de conformidad con lo planteado en los acápites siguientes de la presente providencia. Por tal motivo, cualquier acuerdo contractual sobre la materia tiene que permearse y soportarse en la normativa comunitaria, so pena de incurrir en nulidad. (Negrilla fuera del texto original)</p>
<p>¿Cuál es el alcance del principio de no discriminación y de la libre competencia dentro de un régimen de liberación?</p>	<p>El Tribunal en una providencia previa, determinó claramente las bases teleológicas y axiológicas de la normativa bajo estudio. Por esto es conveniente transcribir algunos apartes de la Interpretación Prejudicial de 13 de mayo de 2014, expedida en el marco del proceso 181-IP-2013:</p> <p>“Para lograr una adecuada interpretación de las normas pertinentes, el Tribunal estima necesario, como parámetro básico e inspirador, determinar claramente cuál es la finalidad tanto de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, como de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.</p> <p>El artículo 1 de la mencionada Decisión, bajo el título “Objetivo”, muestra el direccionamiento de la misma. Bajo el manto general de la liberalización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones, busca dar su fundamental contribución a la realización del programa andino de liberación. En adición, abarca ciertos objetivos dirigidos al mercado de las telecomunicaciones en el ámbito comunitario, a saber:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Eliminación de las restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones. - Lograr, mediante la aplicación de los parámetros contenidos en la Decisión estudiada, que los Países Miembros armonicen su normativa interna en el campo de las telecomunicaciones. <p>-Como efecto de lo anterior, lograr conformar un Mercado Común Andino de Telecomunicaciones. -Generar un escenario propicio para la inversión en el sector de las telecomunicaciones.</p> <p>Estos puntos se complementan con el soporte considerativo de la Resolución 432:</p> <p>“Que la consolidación del proceso de liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina contribuye a incrementar la competitividad, diversificar la capacidad exportadora de estos servicios y a fortalecer la posición comunitaria, como bloque, para lograr una inserción efectiva en el mercado global”;</p> <p>...</p> <p>En consecuencia, la regulación de la prestación del servicio público de telecomunicaciones sobre la base de la libre competencia, es tan trascendental que de ninguna manera se puede dejar en libertad de ejecución a los particulares”.</p>

<p><i>¿Qué pasa si un contrato de interconexión se torna inviable?</i></p>	<p><i>Es importante aclarar que si un contrato de interconexión se torna inviable económicamente o no cubre los costos de interconexión, o por circunstancias técnicas o económicas deja de generar un margen razonable de utilidad de conformidad con los parámetros establecidos en el literal b) del artículo 30 de la Decisión 462, podría ser revisado cuando la ruptura del equilibrio económico acaezca por circunstancias imprevistas e imprevisibles.</i></p> <p><i>Los contratos de interconexión al ser de tracto sucesivo, y teniendo en cuenta los elementos de los cargos de interconexión determinados en el acápite B de la presente providencia, podrían ser revisados para mantener dichos elementos, cuando por situaciones imprevistas o imprevisibles generen que su ejecución sea excesivamente onerosa para una de las partes. Una ruptura de los costos complementados más un margen de utilidad razonable por cuestiones imprevistas o imprevisibles en el marco de la ejecución del contrato, deben ser atendidos mediante una revisión ante la autoridad competente, quien determinaría lo que corresponda para preservar el equilibrio económico.</i></p> <p><i>Ahora bien, el Tribunal ve pertinente y necesario ahondar un poco sobre el equilibrio económico que debe existir en los contratos de interconexión. Las condiciones económicas de los escenarios donde se presta el servicio de telecomunicaciones pueden ser volátiles. Existen muchos factores que pueden afectar la economía, el mercado y los esquemas de precios y transacciones de un país, que efectivamente pueden perturbar el equilibrio económico de los contratos, específicamente de aquellos que se conocen como de tracto sucesivo o que despliegan su ejecución a lo largo del tiempo (principio Rebus sic stantibus).</i></p> <p><i>No hay que olvidar que uno de los Principios Generales del Derecho, y que tiene un fuerte efecto en el sistema jurídico contractual, es el principio de buena fe; los contratantes deben actuar de manera transparente, leal y adecuada en sus transacciones. Este principio en materia de contratos ha sido el soporte de figuras de revisión tanto en el campo público o privado: la teoría de la imprevisión, o la ecuación contractual que propugna por el mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato estatal. Se busca, lo por tanto, que una de los contratantes no resulte altamente perjudicado por situaciones imprevistas que afecten el equilibrio del contrato en la etapa de su ejecución, proponiendo su revisión para encauzar la onerosidad, utilidad o eficiencia del contrato, es decir, preservar las condiciones que se tenían al momento de la celebración del mismo.</i></p>
--	---

<p><i>¿Quién resuelve una controversia en relación con la restauración de la ecuación contractual?</i></p>	<p><i>La respuesta se encuentra líneas arriba. La autoridad de telecomunicaciones, que para el caso colombiano es la “CRC”, es quien tiene la competencia exclusiva y excluyente para solucionar conflictos en la ejecución de la interconexión, donde encajaría claramente la ruptura del equilibrio contractual cuando se esté ejecutando el contrato. El incumplimiento de esta previsión generaría un incumplimiento de la normativa comunitaria andina, con todas las implicaciones que esto acarrea.</i></p> <p><i>El Tribunal Arbitral deberá determinar si la controversia sometida a su consideración se presentó por asuntos acaecidos en la etapa de ejecución del contrato de acceso, uso e interconexión entre COMCEL S.A. y la ETB S.A. ESP, para así determinar su competencia para conocer el caso, respetando el ordenamiento jurídico comunitario andino.</i></p>
<p>385-IP-2015⁸⁴⁰:</p>	
<p><i>Sobre jerarquía del Ordenamiento Jurídico Andino</i></p>	<p><i>Haciendo un análisis de la posición o jerarquía del Ordenamiento Jurídico Andino, ha manifestado que dicho ordenamiento goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y respecto de las Normas de Derecho Internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario. En este marco ha establecido que en caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el Derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual que cuando se presente la misma situación entre el Derecho Comunitario Andino y las normas de Derecho internacional.</i></p> <p><i>...</i></p> <p><i>Un punto fundamental al analizar el tema de la Preeminencia del Derecho Comunitario Andino, como se señaló anteriormente, es el principio de Autonomía, el cual desarrolla y consagra como un verdadero sistema jurídico al Ordenamiento Jurídico Comunitario, ya que le añade a las características de coherencia y unidad, la de ser un conjunto de principios y reglas estructurales que emanan de él mismo, sin derivarlas de ningún otro ordenamiento jurídico.</i></p> <p><i>...</i></p> <p><i>De conformidad con lo anterior, la normativa prevalente en temas de interconexión es la normativa comunitaria andina, lo que quiere decir que cualquier antinomia entre ésta y la normativa nacional, internacional o contractual, siempre se resuelve a favor de la primera.</i></p> <p><i>La normativa nacional de interconexión puede regular ciertos asuntos no contemplados en la comunitaria andina, de conformidad con el principio de complemento indispensable. Los contratos de interconexión se encuentran previstos en la</i></p>

⁸⁴⁰ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial 385-IP-2015. M.P. Leonor Perdomo Perdomo. 15 de diciembre de 2015

	<p><i>normativa andina y se encuentran basados en el principio de autonomía de la voluntad privada, pero al mismo tiempo en los principios de transparencia, protección al consumidor, libre competencia, y obligatoriedad de la interconexión, salvaguardando intereses superiores de la colectividad, de conformidad con lo planteado en los acápite siguientes de la presente providencia. Por tal motivo, cualquier acuerdo contractual sobre la materia tiene que permearse y soportarse en la normativa comunitaria, so pena de incurrir en nulidad.</i></p>
<p><i>¿Cuál es el alcance del contenido del artículo 32 de la Decisión 462, cuando se le asigna competencia a las autoridades nacionales para resolver las solicitudes de un proveedor que solicita la interconexión, supeditado a que exista violación de las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia?”</i></p>	<p><i>De conformidad con los artículos 32 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General, la Autoridad de Telecomunicaciones, que para el caso colombiano es la “CRC”, tiene competencia exclusiva y excluyente para la solución de controversias en materia de telecomunicaciones al presentarse los siguientes eventos concurrentes:</i></p> <p><i>-Cuando estemos en frente de cualquier controversia en la “ejecución de la interconexión”, es decir, cuando se esté poniendo en práctica el contrato de interconexión. Cuando se habla de cualquier controversia se debe entender en relación con asuntos o temas incluidos en el contrato, o que aunque no se incluyan en el mismo se desprendan de él, o se presenten con ocasión de la ejecución del contrato. Esto quiere decir que la competencia de la autoridad en telecomunicaciones no se da únicamente en relación con los asuntos contenidos en los artículos 16, 17 y 19 de la Resolución 432, sino de cualquier asunto que se desprenda del contrato al ser ejecutado o de situaciones que se presenten o se desprenda de su propia puesta en marcha.</i></p> <p><i>-Cuando las partes en conflicto no hayan podido llegar a un acuerdo directo para la solución de la controversia. Esto quiere decir que es un requisito de procedibilidad intentar el arreglo directo antes de acudir a la autoridad competente. Esto se debe demostrar con cualquier medio de prueba aceptado por la normativa procesal interna.</i></p> <p><i>Se desprende de lo dicho, que las partes pueden pactar formas de solución de controversias en relación con conflictos que surjan antes de la ejecución del contrato. Por ejemplo, si el contrato no se pudo ejecutar por incumplimiento de alguna de las partes, dicha situación puede ser dirimida mediante el mecanismo estipulado por las partes; pero una vez en ejecución el contrato la competencia es exclusiva y excluyente de la Autoridad de Telecomunicaciones competente. El efecto de no respetar lo mencionado es la nulidad por vicio de incompetencia.</i></p> <p><i>Lo anterior se desprende de un análisis sistemático de los artículos 32 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, y 17 literal f) y 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, a saber:</i></p>

	<p><i>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.</i></p> <p><i>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.</i></p> <p><i>Por su parte, el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría 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 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).</i></p>
<p><i>¿Si un contrato de interconexión se torna inviable económicamente o no cubre los costos de interconexión, o por circunstancias técnicas o económicas deja de generar un margen razonable de utilidad de conformidad con los parámetros establecidos en el literal b) del artículo 30 de la Decisión 462, podría ser revisado cuando la ruptura del equilibrio económico acaezca por circunstancias imprevistas e imprevisibles?</i></p>	<p><i>Es importante aclarar que si un contrato de interconexión se torna inviable económicamente o no cubre los costos de interconexión, o por circunstancias técnicas o económicas deja de generar un margen razonable de utilidad de conformidad con los parámetros establecidos en el literal b) del artículo 30 de la Decisión 462, podría ser revisado cuando la ruptura del equilibrio económico acaezca por circunstancias imprevistas e imprevisibles.</i></p> <p><i>Los contratos de interconexión al ser de tracto sucesivo, y teniendo en cuenta los elementos de los cargos de interconexión determinados en párrafo 86 de la presente providencia, podrían ser revisados para mantener dichos elementos, cuando por situaciones imprevistas o imprevisibles generen que su ejecución sea excesivamente onerosa para una de las partes. Una ruptura de los costos complementados más un margen de utilidad razonable por cuestiones imprevistas o imprevisibles en el marco de la ejecución del contrato, deben ser atendidos mediante una revisión ante la autoridad competente, quien determinaría lo que corresponda para preservar el equilibrio económico.</i></p> <p><i>Ahora bien, el Tribunal ve pertinente y necesario ahondar un poco sobre el equilibrio económico que debe existir en los contratos de interconexión. Las condiciones económicas de los escenarios donde se presta el servicio de telecomunicaciones pueden ser volátiles. Existen muchos factores que pueden afectar la economía, el mercado y los esquemas de precios y</i></p>

	<p><i>transacciones de un país, que efectivamente pueden perturbar el equilibrio económico de los contratos, específicamente de aquellos que se conocen como de tracto sucesivo o que despliegan su ejecución a lo largo del tiempo (principio Rebus sic stantibus).</i></p> <p><i>No hay que olvidar que uno de los Principios Generales del Derecho, y que tiene un fuerte efecto en el sistema jurídico contractual, es el principio de buena fe; los contratantes deben actuar de manera transparente, leal y adecuada en sus transacciones. Este principio en materia de contratos ha sido el soporte de figuras de revisión tanto en el campo público o privado: la teoría de la imprevisión, o la ecuación contractual que propugna por el mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato estatal. Se busca, lo por tanto, que una de los contratantes no resulte altamente perjudicado por situaciones imprevistas que afecten el equilibrio del contrato en la etapa de su ejecución, proponiendo su revisión para encauzar la onerosidad, utilidad o eficiencia del contrato, es decir, preservar las condiciones que se tenían al momento de la celebración del mismo.</i></p> <p><i>Ahora bien, la pregunta obligada, es ¿quién resuelve una controversia en relación con la restauración de la ecuación contractual?</i></p> <p><i>La respuesta se encuentra líneas arriba.</i></p>
<p><i>¿Según el texto de la norma andina, la autoridad de telecomunicaciones del país, al resolver la controversia sobre la interconexión entre los particulares proveedores de los servicios, ejerce una función jurisdiccional y si su fallo corresponde a la naturaleza y características de una sentencia?</i></p>	<p><i>De conformidad con lo previsto en el artículo 32 de la Resolución 432, la normativa andina remite la competencia para la resolución de conflictos de interconexión a la Autoridad Nacional y bajo los lineamientos de la ley interna. Esto quiere decir que la naturaleza de su función la define la normativa nacional; por lo tanto, sobre la base del principio de complemento indispensable la asignación de funciones jurisdiccionales es un asunto que le compete al sistema jurídico interno, en este caso al derecho colombiano.</i></p> <p><i>En consecuencia, si la Autoridad Nacional goza de funciones jurisdiccionales su decisión tendrá las características de una sentencia, y podrá ser apelada judicialmente de conformidad con las previsiones del derecho procesal interno. Si no goza de funciones jurisdiccionales estaríamos ante un acto administrativo que se puede impugnar en la vía gubernativa si así lo permite el ordenamiento interno, y podrá ser demandado ante el contencioso administrativo de conformidad con las previsiones del derecho interno.</i></p>
<p><i>¿Ante el silencio de la norma andina consultada, le correspondería al ordenamiento jurídico de cada país delimitar la naturaleza jurídica de la</i></p>	<p><i>Siguiendo la misma línea de la respuesta que antecedente, como la normativa comunitaria andina guarda silencio sobre la naturaleza de las funciones de la Autoridad Nacional en Telecomunicaciones, sobre la base del principio de</i></p>

<i>función de la autoridad de Telecomunicaciones competente?</i>	<i>complemento indispensable le corresponde a la normativa interna definir si tiene o no funciones jurisdiccionales.</i>
<i>Sobre la obligatoriedad de la IP.</i>	<i>La Interpretación Prejudicial es de obligatorio cumplimiento por el juez consultante, de conformidad con los artículos 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 127 y 128 de su Estatuto. Su no acatamiento podría dar lugar nulidad procesal e incumplimiento de País Miembro en el escenario comunitario andino, de conformidad con los artículos 26 a 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 107 a 120 de su Estatuto.</i>

3. Nuevos recursos de anulación. Laudos arbitrales del 2014 y 2015. La competencia de la CRC frente a la resolución de controversias

El propósito de este punto es traer las últimas decisiones del Consejo de Estado a raíz de los recursos de anulación interpuestos por las partes en conflicto, luego de que las controversias hayan transitado por los tribunales arbitrales y por el Tribunal Andino, para llegar a una etapa en la cual se reconoce que la autoridad que tiene la competencia para conocer de los conflictos es el Ente Regulador.

Por ese motivo, se tuvieron en cuenta dos fallos recientes del Consejo de Estado que declaran infundados los recursos interpuestos, y uno que acoge las pretensiones y declara la nulidad de un laudo. Los tres coinciden en remitir los expedientes a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para que dentro del ámbito de sus competencias, decida el conflicto suscitado entre las partes.

3.1 Recurso de anulación contra el laudo del 10 de octubre de 2014 respecto de la controversia entre COMCEL y ETB⁸⁴¹

El recurso extraordinario de anulación fue interpuesto por COMCEL, contra el laudo arbitral pronunciado por el tribunal que se había constituido para dirimir las controversias originadas en el contrato de interconexión celebrado entre OCCEL⁸⁴² y ETB. En esta decisión, el Tribunal Arbitral acogió la Interpretación Prejudicial 255-IP-2013 proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) y se declaró no competente para resolver las controversias entre las partes, salvo aquellas de carácter regulatorio.

En el recurso analizado, ETB consideró que la causal que soporta la anulación del laudo corresponde a la de *“haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”*, según el artículo 41 numeral 9 de la Ley 1563 de 2012.

El Consejo de Estado consideró que la decisión del Tribunal Arbitral estaba amparada en el contenido de la Interpretación Prejudicial proferida por el TJCA, el cual afirma que la competencia para conocer del referido asunto, es decir, del esquema de remuneración de los cargos de acceso, es de la Autoridad Nacional Telecomunicaciones del país⁸⁴³. Lo anterior, teniendo en cuenta que era obligación del Tribunal de Arbitramento acoger la decisión del

⁸⁴¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sentencia del 23 de septiembre de 2015. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Rad. 11001032600020150001800. Impugnante: COMCEL. Magistrados Subsección: El citado Consejero Zambrano y Hernán Andrade Rincón.

⁸⁴² Desde 1998 adquirido por COMCEL. Desde el año 2012 se informó la unificación de marca entre COMCEL y TELMEX. Hoy marca Claro.

⁸⁴³ Fallo: *Primero.- DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por Comunicación Celular Comcel S.A., contra el laudo arbitral del 10 de octubre de 2014, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias originadas con ocasión del contrato de interconexión del 13 de noviembre de 1998, celebrado entre Ocel S.A. (ahora Comcel S.A.) y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P –ETB.*

Tribunal Andino, según el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuyo artículo 35 contempla que *“el juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”*.

En Consejo de Estado, en las respectivas consideraciones, planteó diferentes interrogantes relacionados con los siguientes temas, dentro de los cuales se dará mayor atención a los relativos a la competencia para resolver los conflictos entre las partes, a propósito del contrato de interconexión.

Por una parte, se abordó el estudio de la competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral⁸⁴⁴: se destacó que cuando una entidad pública o en ejercicio de funciones queda vinculada por los efectos jurídicos del laudo arbitral, el competente para conocer del recurso de anulación es el Consejo de Estado. Asimismo, que la norma de arbitraje no exige que una de las partes del contrato materia del litigio deba ser una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones administrativas.

Por otra parte, se abordó en sus consideraciones la posibilidad de continuar con un proceso arbitral, una vez anulado el laudo con el cual se terminó el proceso: al respecto, el Consejo de Estado recalcó que los principios de temporalidad y voluntariedad que rigen al proceso arbitral, y las normas procesales de orden público que contemplan un término fijado por ley no se pueden desconocer.

⁸⁴⁴ Según el artículo 104 del CPACA, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de procesos relacionados con los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definen conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado. Según numeral 7. El Consejo afirma que esta disposición fue modificada por el inciso final del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje), el cual contempla que cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudos arbitrales, en los que interviene una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es la competente.

Otro tema de gran importancia es la posibilidad de impugnar la decisión arbitral cuando el tribunal profirió una decisión inhibitoria, y si este cuestionamiento se puede considerar de fondo: frente a lo que el Consejo de Estado manifestó que el recurso de anulación es de carácter excepcional, restrictivo, extraordinario, y que no constituye una instancia adicional al proceso arbitral. Este solo permite atacar la decisión arbitral por errores *in procedendo*, y que el juez de anulación no es un superior funcional al tribunal de arbitral.

Así mismo el Consejo de Estado se refirió a la forma en la cual se cuestiona el vicio donde posiblemente se incurrió en el laudo arbitral. Sobre el tema, consideró que la única manera de hacerlo era según la causal del numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, pues afirmó que el fallo inhibitorio trae consigo que el tribunal deje de decidir sobre cuestiones sujetas al arbitramento⁸⁴⁵. Afirmó también esta Corporación que cuando el vicio es la falta de competencia del tribunal para decidir el asunto sometido a su consideración, la causal que se debe invocar es la prevista en el numeral 2, “*la caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia*”⁸⁴⁶.

Sumado a lo anterior el Consejo se refirió al Derecho Comunitario Andino y su relación con la Constitución Política, al respecto, afirmó que aunque los principios del Derecho Internacional obligan a los Estados a respetar los tratados que los vinculan, y especialmente, a hacerlos aplicar por sus órganos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales con el propósito de evitar que se

⁸⁴⁵ El recurrente considera que el hecho de que el tribunal arbitral no resuelva de fondo el asunto, se quebrantan las normas procesales que imponen al juez la obligación de pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito.

⁸⁴⁶ La citada norma consagra que las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

comprometa su responsabilidad internacional, no puede pensarse que este derecho prevalece sobre la Constitución.

El Consejo de Estado consideró que el Derecho Comunitario Andino debe sujetarse a garantías y reglas mínimas, y que este no puede tener prevalencia sobre la Constitución Política, para lo cual cita el siguiente fallo de la Corte Constitucional⁸⁴⁷:

(...) Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional, su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc. No existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria (...)

Sin embargo, el Consejo de Estado consideró que los Estados, independientemente de las normas constitucionales, como sujetos internacionales están obligados a respetar sus compromisos, de manera que no pueden invocar su Constitución para sustraerse a las obligaciones que el convenio le impone. En este sentido, se consideró que entre el Derecho Comunitario Andino y el Derecho interno se da una plena integración, a la que quedan sujetos los Estados Miembros.

Otro tema tratado corresponde a la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y su obligatoriedad para el juez nacional, sobre lo que el Consejo de Estado consideró que es tarea del Tribunal Andino interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el

⁸⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-256 del 27 de mayo de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz

territorio de los países miembros, según lo consagra el artículo 32, Tratado de Creación del TJCA.

Acerca de esto, el Consejo citó pronunciamientos del TJCA sobre la IP, como una herramienta para la cooperación entre el juez nacional y el juez comunitario. El mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha pronunciado en relación con la Interpretación Prejudicial, y al respecto expresó que su tarea se concentra en interpretar en forma objetiva la norma comunitaria, y que al juez nacional le corresponde aplicar la norma al caso en concreto⁸⁴⁸.

Así mismo el Consejo de Estado enunció las clases de IP según sea el caso. Por una parte, se encuentra la Interpretación Prejudicial facultativa, cuando la decisión del juez nacional, no es de única o de última instancia ordinaria, y por otra parte, está la IP obligatoria, cuando no proceden más recursos contra la sentencia del juez nacional que está conociendo del caso.

De todas maneras, es importante tener en cuenta que la IP de las normas comunitarias es vinculante para el juez nacional, tanto en los casos en que es obligatoria como en aquellos en que es facultativa. La diferencia radica en que en la primera hipótesis, cuando no es un proceso de cierre, el juez no debe suspender el proceso para esperar la decisión del TJCA; en cambio, cuando no existe la posibilidad de interponer otro recurso, el juez debe suspender el proceso, para esperar la decisión del tribunal comunitario.

Frente a la anulación del fallo como consecuencia del incumplimiento de los jueces nacionales de la solicitud de IP, el Consejo de Estado afirmó que fue

⁸⁴⁸ Normatividad que la contempla: Artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA. Artículos 122 y 123 de la Decisión 500 de 2001.

la inobservancia de la obligación impuesta por las normas andinas a los jueces nacionales la que trajo como consecuencia la anulación de varios laudos y dejó sin efectos sus propias decisiones respecto a los recursos de anulación proferidos, en los cuales tampoco fue atendida por el máximo tribunal contencioso ese mandato que hacía parte de un debido proceso⁸⁴⁹.

Para el Consejo de Estado no hubo duda que en el proceso arbitral y en el proceso de su conocimiento bajo el recurso extraordinario de anulación, la Interpretación Prejudicial era procedente, obligatoria, vinculante e imperativa⁸⁵⁰.

Otro aspecto que ha sido objeto de análisis está relacionado con la posibilidad de que las normas andinas sean aplicables únicamente cuando se presenta un conflicto entre empresas de distintos Países Miembros. Quienes consideran que no procede la IP, manifiestan que esta normatividad andina solo aplica para controversias entre operadores de Países Miembros y no entre operadores de un mismo país. Sin embargo, la Comisión Andina y el TJCA han manifestado que los operadores pueden ser de un mismo país o de distintos países, y que realmente lo que se quiere con las normas andinas, en este caso relacionadas con las telecomunicaciones y la interconexión entre operadores, es generar una integración andina en telecomunicaciones y que por ese motivo aplican las normas comunitarias a cualquier asunto en relación con este sector.

⁸⁴⁹ Laudos arbitrales citados por el Consejo de Estado: del 15 de diciembre de 2006 y el auto aclaratorio del 15 de enero de 2007, según Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 9 de abril de 2012.

⁸⁵⁰ Para mayor ilustración consultar Proceso 255-IP-2013.

Al respecto se refirieron las Decisiones Andinas 439 y 462⁸⁵¹, ambas referidas a la liberalización del comercio de servicios. Igualmente, para mayor ilustración, el Consejo de Estado citó apartes de una IP del TJCA, en la cual se hizo una distinción respecto a la Decisión 439⁸⁵², concentrada en los modos de prestación de los servicios entre los países, la cual afirmó que el sentido de la Decisión 462 es regular las condiciones para lograr la liberalización del servicio de telecomunicaciones, con el fin de consolidar un mercado común andino de telecomunicaciones⁸⁵³.

En resumen, cuando las normas andinas regulan el tema, deben ser aplicadas y priman frente a la normatividad nacional, pues se trata de normas supranacionales, del proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones que promueve la CAN, y en especial deben observarse los aspectos relacionados con la interconexión, que se encuentran reglados⁸⁵⁴.

Por lo tanto, el Consejo de Estado consideró que el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta las normas andinas por su efecto directo y aplicación inmediata y prevalente sobre cualquier normativa nacional. Respecto a la resolución de las

⁸⁵¹ Proferida por la Comisión de la Comunidad Andina.

⁸⁵² Decisión 439 CAN. *Artículo 2.- A los efectos del presente Marco General, se adoptan las siguientes definiciones - Comercio de servicios : El suministro de un servicio de cualquier sector, a través de cualquiera de los siguientes modos de prestación: a) Desde el territorio de un País Miembro al territorio de otro País Miembro; b) En el territorio de un País Miembro a un consumidor de otro País Miembro; c) Por conducto de la presencia comercial de empresas prestadoras de servicios de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro; y, d) Por personas naturales de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro.*

⁸⁵³ Según el Proceso 255-IP-2013, los objetivos planteados corresponden a: i) *eliminar restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones, conforme al cronograma previsto en la norma, (ii) propiciar la armonización de las normas necesarias para la conformación del mercado común andino de telecomunicaciones, (iii) proponer definiciones comunes de los servicios de telecomunicaciones en los países miembros de la CAN y (iv) propiciar la inversión en los servicios de telecomunicaciones (...).* Para el TJCA no hay duda que estas condiciones consagradas en la Decisión 462 deben ser aplicadas en relación con todas las medidas que afecten al servicio de telecomunicaciones.

⁸⁵⁴ Resolución 432 de 2001 Normas Comunes sobre Interconexión

controversias de interconexión de acuerdo con la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, afirmó que la competencia es de la Autoridad de Telecomunicaciones respectiva.

El Consejo de Estado, en sus consideraciones, tomó la Interpretación Prejudicial que para el caso emitió el TJCA, según Proceso 255-IP-2013, en la cual este órgano comunitario citó otras interpretaciones prejudiciales proferidas por él.

Destacó el Consejo de Estado que el pronunciamiento del TJCA expresamente afirmó que los conflictos surgidos entre operadores por temas relacionados con la interconexión debían ser resueltos por la Autoridad Nacional Competente del país donde se realiza la interconexión.

En Colombia, esta función está a cargo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, de acuerdo con la Ley 1341 de 2009, que la consagró en el numeral 9 de su artículo 22:

9. Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia.

Para ilustrar, a continuación se resalta la Interpretación Prejudicial citada por el Tribunal Andino, así:

- Proceso 181-IP-2013, en el cual se abordan, entre otros, los siguientes temas:
 - Antinomia. Principio de especialidad:

El TJCA hace referencia a la Resolución 432 sobre interconexión, que contempla en el Capítulo denominado *Generales*⁸⁵⁵, que deben plasmarse cláusulas sobre los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión en los acuerdos de interconexión entre los operadores y en las Ofertas Básicas de Interconexión. Sin embargo, esta normativa, en un Capítulo específico dedicado a la *Solución de Controversias*⁸⁵⁶, direccionó la competencia a la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones, en el evento de conflictos de interconexión.

El TJCA destacó que se presenta una antinomia entre estas dos normas, la cual resolvió por el principio de especialidad, por lo tanto, aunque la norma andina tiene previsto que se pacten entre las partes mecanismos de solución de controversias relacionadas con la interconexión, la Autoridad de Telecomunicaciones respectiva es la competente de las controversias que surjan durante la ejecución de la interconexión.

- Competencia Exclusiva. Autoridad Nacional de Telecomunicaciones:

Para el TJCA, específicamente frente al caso en consulta, el órgano regulador de las telecomunicaciones en Colombia, es decir la Comisión de Regulación de Comunicaciones, tiene competencia exclusiva y excluyente, para solucionar los conflictos generados en la interconexión.

⁸⁵⁵ Resolución 432, artículo 17: Los acuerdos de interconexión suscritos entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y las ofertas básicas de interconexión deberán contener cláusulas relativas a los siguientes aspectos: (...) f). *Los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión.*

⁸⁵⁶ Resolución 432. Capítulo IV: Solución de Controversias. Artículo 32. *Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes. En el caso que éstas no logren un entendimiento que ponga fin a la controversia, la misma deberá ser sometida a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, por cualquiera de las partes. La Autoridad de Telecomunicaciones competente deberá decidir dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la recepción de la consulta.*

El Tribunal concluyó que las normas comunitarias otorgan a la autoridad competente una línea coherente de regulación en el sector de las telecomunicaciones, y que este aspecto proporciona armonía en todos los aspectos, inclusive en la solución de conflictos.

- Conflicto decidido en vía administrativa:

El Tribunal Comunitario recalcó que cuando ya fue decidido el conflicto en la vía administrativa por la autoridad competente, se puede acudir al mecanismo de solución de controversias andino.

Específicamente, el Tribunal consideró que se puede acudir a la acción de incumplimiento, si se considera que la autoridad competente violó el ordenamiento jurídico andino al resolver el conflicto⁸⁵⁷.

Ahora bien, la norma andina, como se mencionaba anteriormente, contempla la posibilidad de que las personas naturales o jurídicas acudan ante los tribunales nacionales competentes, según el Derecho Interno, cuando los Países Miembros incumplan el Tratado de Creación del TJCA, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento. Sin embargo, cuando las personas sean naturales o

⁸⁵⁷ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 23 sobre la Acción de Incumplimiento: *Cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado. Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El País Miembro afectado, podrá adherirse a la acción de la Secretaría General.*

jurídicas y opten por acudir al TJCA por medio de la acción de incumplimiento, excluyen la posibilidad de acudir a la Autoridad Nacional Competente por la misma causa.

En este mismo sentido en el Proceso 207-IP-2013, el Tribunal Comunitario consideró que las partes⁸⁵⁸ pueden acudir a los mecanismos nacionales de impugnación de actos administrativos, es decir a los tribunales nacionales competentes, cuando se incumpla la obligación de los Países Miembros en cuanto a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas andinas⁸⁵⁹.

El Tratado de Creación del Tribunal contempló que los Estados tienen el compromiso de no adoptar medidas que sean contrarias a dichas normas, o que de algún modo obstaculicen su aplicación, sin embargo, en caso dado de que esto ocurra, procede la figura de la Interpretación Prejudicial.

- Sobre el caso en concreto

De manera que para el TJCA, el asunto que se ventiló entre COMCEL y ETB, ya fue decidido por la autoridad de telecomunicaciones competente, es decir la CRC, según las Resoluciones 980 y 1038 de 2004 pronunciadas por este organismo. En detalle, el 2 de abril de 2004, la CRT expidió la Resolución 980 por la cual resolvió negar la solicitud de COMCEL de modificar las condiciones de interconexión existentes entre la red de TMC de COMCEL y la red de TPBCLD de ETB, en relación con el cargo de acceso que ETB debe reconocer a COMCEL por el tráfico de larga distancia internacional entrante a la red de TMC de este operador.

⁸⁵⁸ Personas naturales o jurídicas.

⁸⁵⁹ Artículos 4 y 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

COMCEL invocó las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002 de carácter general, para modificar las condiciones de interconexión, con efectos retroactivos, es decir a partir del 1 de enero de 2002.

La Comisión de Regulación consideró que COMCEL carecía de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en la Resolución CRT 463 de 2001, respecto a la posibilidad de escoger el esquema de remuneración de cargos de acceso⁸⁶⁰, puesto que esta estaba en cabeza del operador que se interconecta, es decir ETB.

3.2 Recurso de anulación contra el laudo del 2 de diciembre de 2014 respecto de la controversia entre ETB y TELMEX⁸⁶¹.

El recurso extraordinario de anulación fue interpuesto por ETB contra el laudo arbitral pronunciado por el Tribunal Arbitral que se había constituido para dirimir las controversias originadas en el contrato de interconexión celebrado entre ETB y TELMEX⁸⁶². En esta decisión, el Tribunal Arbitral acogió parcialmente la IP 225 de 2013 proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

El Tribunal Arbitral consideró que estaba frente a controversias que identificó como contractuales y regulatorias, y además indicó que tenía facultad para pronunciarse sobre las pretensiones que tuvieran naturaleza contractual,

⁸⁶⁰COMCEL interpuso recurso de reposición contra la citada decisión. Al respecto, la CRT negó las pretensiones y ratificó lo manifestado, según Resolución 1038 de 2004.

⁸⁶¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sentencia del 2 de diciembre de 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad. No. 110010326000201500030-00(53.182). Impugnante: ETB. Magistrados Subsección: El citado Consejero Andrade, Marta Nubia Velásquez Rico, y Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁸⁶² Contrato celebrado entre las partes en agosto de 2006. El conflicto está dado por la remuneración de los cargos de acceso de terminación por el tráfico asimétrico en la interconexión de las redes locales. La ETB afirma que se incrementaron los minutos de líneas de Telmex hacia abonados de ETB de manera fraudulenta.

aspecto que desconoció la IP, la cual sin matices, afirmó que la competencia para resolver los conflictos durante la ejecución de la interconexión es de manera exclusiva y excluyente de la Comisión de Regulación de Comunicaciones⁸⁶³.

Además señalaron que la Comisión tenía competencia para resolver exclusivamente las controversias referidas a la regulación expedida, en cuanto a su alcance y aplicación, que este aspecto no excluía a la justicia arbitral en los asuntos en los cuales no estuviesen envueltas las competencias de

⁸⁶³ Para mayor ilustración se transcribe este resumen de peticiones del operador ETB de la demanda y su reforma: *a. Que se declare el incumplimiento de la convocada a las obligaciones contractuales y legales derivadas del Contrato, a causa de los hechos y omisiones expuestos en la demanda reformada, toda vez que no ha pagado el valor de los cargos de acceso de terminación del tráfico asimétrico medido en minutos en la interconexión de sus redes, desde agosto de 2006, o en subsidio, desde el 7 de diciembre de 2007, fecha en que entró en vigencia la Resolución CRT 1763 de 2007, hasta la fecha de presentación de la demanda reformada. b. Que se declare que desde agosto de 2006 el mecanismo de remuneración aplicable al Contrato de interconexión entre las redes de las partes en Bogotá, es el sistema de remuneración Sender Keeps All impuesto por la CRT y, en consecuencia, que se declare que este sistema debe aplicarse conforme a los estándares internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones –UIT–, acopiados en los estudios de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. c. Que se declare la obligación de las partes en el contrato, de liquidar, facturar y pagar cargos de acceso, uso e interconexión entre sus redes de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL) en Bogotá cuando existía asimetría en el tráfico cursado entre ellas o, en subsidio, cuando existan desbalances o asimetrías de tráfico, se aplique la fórmula propuesta por la C.R.C., sobre el balance trimestral medido, el balance trimestral regulado liquidado y el balance trimestral objetivo, liquidado al valor eficiente máximo previsto en la regulación de la C.R.C., para la terminación de llamadas en redes de TPBCL Grupo 1, ajustado con el índice de Actualización Tarifaria. d. Que se declare que la demandada ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, al no asumir una conducta adecuada a su responsabilidad en la adjudicación y control del uso de las líneas de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL), a través de la cual sus usuarios utilizaron su red en Bogotá para desvíos desde destinos internacionales, hacia la Red de E.T.B., de Bogotá. e. Que se condene a la demandada a pagar a la empresa convocante los perjuicios materiales –daño emergente y lucro cesante–, causados como consecuencia del incumplimiento descrito en la demanda; las sumas adeudadas no pagadas por cargos de acceso o interconexión de uso de su red en Bogotá, correspondiente al tráfico asimétrico cursado desde su red a la de la ETB desde agosto de 2006 y hasta la fecha del laudo, liquidados en minutos reales, así como los cargos por concepto del tráfico fraudulento de larga distancia internacional cursado entre sus redes por sus abonados a la E.T.B., no pagado y no reportado por TELMEX desde agosto de 2006, liquidado a la tarifa vigente de cargos de acceso o de interconexión de larga distancia internacional establecidas por la CRT ajustado según el IAT; que se actualicen las sumas resultantes de las condenas y se condene al pago de intereses moratorios comerciales y costas del proceso arbitral.*

regulación, reiterando que la competencia para resolver conflictos ajenos a la interconexión corresponde a la autoridad jurisdiccional competente⁸⁶⁴.

A continuación se transcriben en un cuadro las pretensiones del operador ETB, que el Tribunal Arbitral clasificó como de contenido regulatorio o de contenido contractual:

CONFLICTO	PRETENSIÓN ⁸⁶⁵
Conflicto Regulatorio	<i>"En efecto, la tercera pretensión estuvo dirigida a que se declarara que "desde agosto de 2006 el mecanismo de remuneración de cargos de acceso aplicable al contrato de interconexión de Telefonía Pública Básica Conmutada Local TPBCL entre las redes de TELMEX 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"</i> ⁸⁶⁶ .
Conflicto Regulatorio	<i>"Por su parte, en la pretensión cuarta se solicitó "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 TELMEX 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"</i> .
Conflicto Contractual	<i>"a. Que se declare el incumplimiento de la convocada a las obligaciones contractuales y legales derivadas del Contrato, a causa de los hechos y omisiones expuestos en la demanda reformada, toda vez que no ha pagado el valor de los cargos de acceso de terminación del tráfico asimétrico medido en minutos en la interconexión de sus redes, desde agosto de 2006, o en subsidio, desde el 7 de diciembre de 2007, fecha en que entró en vigencia la Resolución CRT 1763 de 2007, hasta la fecha de presentación de la demanda reformada".</i>
Conflicto Contractual	<i>"d. Que se declare que la demandada ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, al no asumir una conducta adecuada a su responsabilidad en la adjudicación y control del uso de las líneas de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL), a través de la cual sus usuarios utilizaron su red en Bogotá para desvíos desde destinos internacionales, hacia la Red de E.T.B., de Bogotá".</i>

⁸⁶⁴ El Tribunal Arbitral consideró que la competencia de la CRC cobijaba la resolución de conflictos de la interconexión y exceptuaba los conflictos de naturaleza contractual o extracontractual.

⁸⁶⁵ Cuadro elaboración propia. Fuente: Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A del 2 de diciembre de 2015, ya citada.

⁸⁶⁶ Al respecto: *Consideró el Tribunal Arbitral que carecía de competencia para pronunciarse sobre esta pretensión, por cuanto el asunto tratado hace parte de la competencia reguladora y se encuentra "definido por la regulación de carácter general, como el esquema eficiente de remuneración por el acceso y uso de las redes de TPBCL".*

Conflicto Contractual	<p><i>“e. Que se condene a la demandada a pagar a la empresa convocante los perjuicios materiales –daño emergente y lucro cesante–, causados como consecuencia del incumplimiento descrito en la demanda; las sumas adeudadas no pagadas por cargos de acceso o interconexión de uso de su red en Bogotá, correspondiente al tráfico asimétrico cursado desde su red a la de la ETB desde agosto de 2006 y hasta la fecha del laudo, liquidados en minutos reales, así como los cargos por concepto del tráfico fraudulento de larga distancia internacional cursado entre sus redes por sus abonados a la E.T.B., no pagado y no reportado por TELMEX desde agosto de 2006, liquidado a la tarifa vigente de cargos de acceso o de interconexión de larga distancia internacional establecidas por la CRT ajustado según el IAT; que se actualicen las sumas resultantes de las condenas y se condene al pago de intereses moratorios comerciales y costas del proceso arbitral”.</i></p>
-----------------------	--

Por su parte, ETB como parte recurrente, propuso las siguientes causales de anulación: la causal que llamó *Causal Andina*; la nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita; haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo; haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido; y no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

En resumen, para ETB el laudo proferido por el Tribunal Arbitral fue incongruente porque no se pronunció sobre el sistema de remuneración que les regía teniendo en cuenta las normas comunitarias y nacionales, no tuvo en cuenta la Interpretación Prejudicial y no adoptó las medidas necesarias para hacer cumplir el derecho comunitario.

El Consejo de Estado afirmó que el Tribunal Arbitral desconoció la primacía del Derecho Comunitario Andino, y desatendió los parámetros que en relación con la resolución de controversias sobre interconexión había fijado el TJCA en la Interpretación Prejudicial. Para esta Corporación, el Tribunal de Arbitramento desconoció los parámetros ya fijados sobre la resolución de litigios en materia de interconexión por el TJCA y por el mismo Consejo de Estado, según 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”.

Finalmente esa Corporación declaró fundado el recurso interpuesto por ETB y en consecuencia declaró la nulidad del laudo arbitral, y procedió a remitir el expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para que decidiera el conflicto entre la ETB y Telmex. La causal que prosperó fue la *Causal Andina* sobre la primacía del Derecho Comunitario Andino, y por ese motivo la Sala no se ocupó de estudiar las demás planteadas por la convocante.⁸⁶⁷

3.3 Recurso de anulación contra el laudo del 2 de marzo de 2015 respecto de la controversia entre COMCEL y UNE-EPM Telecomunicaciones⁸⁶⁸

El recurso extraordinario de anulación fue interpuesto por COMCEL contra el laudo arbitral pronunciado por el Tribunal Arbitral que se había constituido para dirimir las controversias originadas en el contrato de interconexión celebrado entre COMCEL y UNE-EPM Telecomunicaciones. En esta decisión, el Tribunal Arbitral acogió la Interpretación Prejudicial 79-IP-2014 proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se declaró incompetente para resolver

⁸⁶⁷ Tesis del Consejo de Estado según el fallo del 9 de agosto de 2012, M.P: Mauricio Fajardo, ya citado: *Debe añadirse al elenco de causales precedentemente referido, como lo ha expresado la Sección Tercera del Consejo de Estado , 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.*(sic)

⁸⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 3 de agosto de 2016. C.P Jaime Orlando Santofimio. Rad. No. 110010326000201500089-00(54.315). Impugnante: COMCEL Magistrados Subsección: El citado Consejero Santofimio, y Guillermo Sánchez Luque.

las controversias entre las partes, y señaló que quien tenía la competencia era la Comisión⁸⁶⁹.

En este fallo se reiteró la obligación de los jueces nacionales de solicitar la IP al Tribunal Andino en aquellos conflictos que encuentren su origen en un contrato de acceso, uso e interconexión a los cuales les resulten aplicables las normas comunitarias andinas⁸⁷⁰.

Así mismo, en la mayoría de pronunciamientos del TJCA se citó la Interpretación Prejudicial 57-IP-2012, por haber señalado que los tribunales arbitrales como juez de única instancia, están obligados a solicitar la Interpretación Prejudicial en aquellos procesos en los que deba aplicarse o se controviertan normas del ordenamiento jurídico andino, y que el incumplimiento de la obligación de solicitar la IP se constituye en una causal de anulación adicional.

El Consejo de Estado afirmó que en el caso dado en que se declare la anulación de un laudo por esta omisión, se puede devolver el asunto al juez que debió solicitar la IP para que subsane y falle, o se puede solicitar directamente al Tribunal Andino este pronunciamiento, pidiendo que además proceda a dictar una sentencia sustitutiva. Además el Consejo de Estado actuó como juez comunitario para dar cumplimiento a la IP que había determinado que en temas de interconexión, la normativa prevalente era la de Comunidad Andina y que el competente para resolver los conflictos de interconexión era la autoridad de telecomunicaciones competente, es decir la CRC.

⁸⁶⁹ El asunto de la controversia se centró en: la declaración de incumplimiento que solicito COMCEL por la conducta negligente que tuvo UNE en la función de adjudicación de líneas de TPBCLLE a través de la cual los usuarios utilizaron la red de TMC de COMCEL, indebido recaudo de cartera, no información de deudores morosos, entre otros.

⁸⁷⁰ Artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y los artículos 121, 123 y 124 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

A su vez, esta Corporación citó una de sus decisiones del 2012⁸⁷¹ a propósito de la decisión del TJCA contra la República de Colombia –Consejo de Estado, para resaltar la importancia de que los Estados Miembros respeten y acojan el Derecho Comunitario Andino, regido por los principios de subsidiariedad, efecto directo, uniformidad, supranacionalidad, armonización e integración normativa⁸⁷².

Por otra parte, el Consejo reiteró la naturaleza extraordinaria y excepcional del recurso de anulación contra los laudos arbitrales al poner de presente que su objetivo es garantizar el debido proceso, circunscribiéndose a los vicios procedimentales y no como instancia adicional para debatir argumentos de fondo⁸⁷³.

Por último, para la Corporación fue claro que las controversias suscitadas entre las partes se generaron con ocasión de los incumplimientos presentados en la ejecución del contrato de interconexión, por la imposibilidad de COMCEL de recaudar los cargos por el uso de su red, y que la competencia para su conocimiento es exclusiva y excluyente de la CRC, a quien considera como ***“la Autoridad que a nivel Nacional regula los asuntos de Interconexión con independencia de que ejerza funciones jurisdiccionales o no, razón por la cual mal puede afirmarse que el Tribunal de Arbitramento si era competente para resolver el litigio sometido a su decisión”***. (Negrilla fuera del texto original)

⁸⁷¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 9 de agosto de 2012. Exp. 43281. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Consejero ponente del recurso de anulación en comentario.

⁸⁷² En este fallo se destaca que de allí se deriva la obligatoriedad de las decisiones del TJCA para las autoridades de los Estados miembros, subrayando que este es producto del sistema de integración económica regional.

⁸⁷³ El Consejo afirmó que el recurso de anulación no constituye una instancia adicional en la que se puedan desestimar o debatir los argumentos que tuvo en cuenta el Tribunal para adoptar su decisión. Por otra parte, el recurrente alegó que el TJCA actuó “ultravires”, es decir por fuera de sus competencias al otorgar “facultades jurisdiccionales” al regulador según manifestó. Este aspecto no prosperó pues la Sala consideró que el recurso de anulación no era el medio para atacar una decisión de un organismo con competencias jurisdiccionales de carácter internacional como lo es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Por último, el recurrente consideró que el Tribunal Arbitral se equivocó al manifestar que no tenía competencia funcional para resolver la controversia entre las partes acogiendo la IP, e interpuso la causal de anulación “*haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”⁸⁷⁴, la Sala declaró improcedente la causal alegada, y consideró que lo que realmente quería el recurrente era que se modificara la decisión del Tribunal Arbitral “en su favor”, y que a la Sala le “*está vedado el entrar a considerar o analizar las razones que tuvo el Tribunal para declarar su falta de competencia funcional para resolver el presente asunto*”.

El recurrente alegó que el TJCA actuó “*ultravires*”, es decir por fuera de sus competencias al otorgar “*facultades jurisdiccionales*” al Regulador según manifestó. Aspecto que no prosperó, pues la Sala consideró que el recurso de anulación no era el medio para atacar una decisión de un organismo con competencias jurisdiccionales de carácter internacional como lo es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Así mismo, afirmó que la ley colombiana, en este caso la Ley 1341 de 2009, expresamente otorgó competencias a la CRC para resolver controversias, y que no fue por vía de interpretación de una IP, que se vulneró la Constitución⁸⁷⁵.

⁸⁷⁴ Artículo 41 numeral 9 de la Ley 1563 de 2012.

⁸⁷⁵ El recurrente consideró que debía haberse aplicado la excepción de inconstitucionalidad frente a la IP, aspecto que para la Sala no correspondía con solo una apreciación subjetiva. Al respecto la Sala afirmó: *En efecto la aplicación o no de la excepción de inconstitucionalidad es una valoración que hace el juez al momento de resolver el respectivo asunto que se somete a su decisión, cuya aplicación no resulta procedente cuando de la valoración de las respectivas normas no se advierte una vulneración manifiesta de la constitución y cuando las razones expuestas para adoptar una determinada decisión resultan válidas y se encuentran vigentes a la luz del ordenamiento jurídico nacional y comunitario, no han sido declaradas nulas o inexecutable.*

3.4 Recurso de anulación contra el laudo del 21 de octubre de 2014 respecto de la controversia entre COMCEL y ETB

El recurso extraordinario de anulación fue interpuesto por ETB, contra el laudo arbitral pronunciado por el tribunal que se había constituido para dirimir las controversias originadas en el contrato de interconexión celebrado entre COMCEL y ETB. En esta decisión, el Tribunal Arbitral no acogió la Interpretación Prejudicial 14-IP-2014 proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) y se declaró competente para resolver las controversias entre las partes.

Para el Consejo de Estado el Tribunal Arbitral no le dio el alcance de la interpretación prejudicial adecuado, pues no tomo en cuenta lo dicho por el TJCA⁸⁷⁶. En este sentido el Tribunal Arbitral manifestó que el pleito entre las partes no correspondía a un hecho dentro del comercio de servicios previsto en la norma comunitaria⁸⁷⁷.

Para el efecto el Consejo de Estado resaltó que los árbitros no tuvieron en cuenta el artículo 4 de la Decisión 462 sobre el ámbito de aplicación, y que además consideraron que el asunto central de la controversia, remuneración de los cargos de acceso, no guardaba relación con la interconexión, aspecto que esta Corporación afirmó El Consejo consideró que , perdiendo de vista que el pago, retribución o remuneración por cargos de acceso responde a “uno de los supuestos del criterio de *“ejecución de la interconexión”*, como lo ha pregonado el TJCA”.

⁸⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sentencia del 24 de noviembre de 2016. C.P Jaime Orlando Santofimio. Rad. No. 11001-03-26-000-2015-00015-00 (52992). Impugnante: COMCEL. Magistrados Subsección: El citado Consejero Santofimio y Jaime Enrique Rodríguez Navas.

⁸⁷⁷ Según artículo 80 del Acuerdo de Cartagena y artículo 2 de la Decisión 439.

Por otra parte el Tribunal Arbitral argumentó que la Comisión de Regulación no tiene atribuida función jurisdiccional para resolver el conflicto, requerimiento que consideró el Consejo no exige la norma andina, pues como está previsto según el derecho comunitario “el órgano nacional puede desarrollar funciones administrativas o jurisdiccionales, según lo dispuesto por cada Estado parte en su normativa nacional”⁸⁷⁸.

En cuanto a la causal invocada para la anulación, responde a la causal segunda del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Para esta Corporación se configuro el vicio de falta de competencia, y al respecto hizo la siguiente reflexión:

6.7.15.- Corolario de lo expuesto, como el vicio de falta de competencia se puede configurar cuando, con fuerza imperativa, el ordenamiento jurídico atribuye el conocimiento y decisión de una materia a un órgano u autoridad diferente al Tribunal de Arbitramento y como esta causa versa sobre un conflicto surgido de un contrato de interconexión, el derecho comunitario andino regula esa materia en la Decisión 462 y la Resolución 432, que de acuerdo a éstas y la interpretación fijada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina esas controversias son de conocimiento “exclusivo y excluyente” de la autoridad de telecomunicaciones interna, que en el caso colombiano lo es la Comisión de Regulación de Comunicación y cómo este pleito fue tramitado y fallado por el Tribunal de Arbitramento desprovisto de esa autoridad se abre paso la anulación del laudo arbitral al amparo de la causal segunda del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, incoada por la convocada ETB y el Ministerio Público.

⁸⁷⁸ Se transcribe para mayor ilustración: “6.7.10.- Así, desconoció abiertamente el Tribunal Arbitral que a los Estados le está proscrito oponer normas de derecho interno para omitir o rehusar el cumplimiento de las obligaciones de origen internacional o comunitario, regla ésta consuetudinaria del derecho internacional público recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...)*”; que es deber estatal ineludible cumplir sus prescripciones de buena fe, artículo 26 ibídem “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*” y que ello implica, el asegurar el cumplimiento de la normativa comunitaria en su respectiva jurisdicción territorial y de no contraria u obstaculizar la misma, conforme al artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones: “*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.*””

Por último, el Consejo de Estado siguió el precedente y de esta manera remitió el expediente a la CRC como autoridad competente para conocer de la controversia entre COMCEL y ETB sobre el contrato de interconexión suscrito entre ellos.

Resumen del precedente jurisprudencial tenido en cuenta por la Sección:

SENTENCIA	PARTES	OBSERVACIÓN DE LA SALA
<p>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 23 de septiembre de 2015, Exp. 53054.</p>	<p>COMCEL contra ETB</p>	<p><i>“En la primera de éstas se declaró infundado un recurso de anulación donde se cuestionaba que el Tribunal de Arbitramento - acogiendo interpretación prejudicial del TJCA - dictó un laudo donde se declaró incompetente para dirimir las controversias puestas en su conocimiento, allí se anotó: “debe entenderse, a la luz de la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (...) que cualquier conflicto de interconexión ntre operadores de redes y servicios de comunicaciones es de competencia de la autoridad de comunicaciones del país donde se presta el servicio, que en el caso de Colombia es la CRC. // En este caso, (...) el conflicto que se suscita entre las partes guarda relación directa con temas de interconexión, pues el valor de los cargos de acceso, que es en últimas lo que genera la disputa, forma parte esencial de aquella.”</i></p>
<p>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 2 de diciembre de 2015, Exp. 53182.</p>	<p>ETB contra TELMEX</p>	<p><i>“6.7.12.- Mientras que en el segundo pleito el Tribunal de Arbitramento no dio aplicación a la Interpretación Prejudicial obtenida, no se declaró incompetente y conoció de fondo el asunto, de ahí que, a instancias de recurso de anulación promovido por la convocada, se anuló el laudo arbitral. En esa oportunidad se sostuvo: “Lo hasta ahora expuesto conduce ineluctablemente a declarar la nulidad tanto del laudo arbitral impugnado (...) 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</i></p>

		<i>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.”</i>
Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 1° de agosto de 2016, Exp. 54315.	COMCEL contra UNE EPM	<i>“6.7.13.- De otra parte, en fallo de 1° de agosto de 2016 (Comcel Vs. Une-EPM) de la Subsección C de la misma Sección, se conoció de un recurso de anulación que se dirigía a cuestionar la realización de la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia y el contenido de esa interpretación, que refería a la misma temática expuesta en los dos fallos ante citados, en esa oportunidad se fustigó que el recurrente pretendiera que el Juez Nacional desconociera las regulaciones, actos o decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales comunitarios por ir ello en contravención a principios del derecho internacional público.”</i>

Cuadro de elaboración propia

3.5 Recurso de anulación contra el laudo del 29 de mayo de 2015 respecto de la controversia entre COMCEL (CELCARIBE) y ETB

El recurso extraordinario de anulación fue interpuesto por COMCEL, contra el laudo arbitral pronunciado por el tribunal que se había constituido para dirimir las controversias originadas en el contrato de interconexión celebrado entre COMCEL (CELCARIBE) y ETB. En esta decisión, el Tribunal Arbitral no acogió la Interpretación Prejudicial 146-IP-2014 proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) y se pronunció de fondo para resolver las controversias entre las partes, por considerar que se trataba de un caso que correspondía a un conflicto contractual, patrimonial, y transigible.

El Tribunal Arbitral no accedió a las pretensiones de COMCEL por considerar que en el contrato celebrado entre las partes no se podía asumir que se había

incorporado una resolución que modificó la forma de remuneración de los cargos de acceso, y que la normativa en la cual se basaba no estaba vigente. El Tribunal condeno en costas a COMCEL.

Al respecto la Sala se pronunció y declaró fundado el recurso y anuló el laudo proferido por el Tribunal Arbitral, por considerar que se apartó de la interpretación prejudicial del TJCA, al resolver de fondo sin tener la competencia que estaba en cabeza de la CRC de manera exclusiva y excluyente⁸⁷⁹.

Por último la Sala ordenó según adición de la sentencia del 24 de octubre de 2016, que la ETB debía restituir a COMCEL, la suma pagada por esta por concepto de costas, por haberse anulado el laudo respectivo.

⁸⁷⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sentencia del 13 de julio de 2016. C.P Hernán Andrade Rincón. Rad. No. (55094). Impugnante: COMCEL.

CONSIDERACION FINAL DE LA SEGUNDA PARTE

En el caso presentado está de por medio una controversia cuya solución no ha sido definitiva y que ha transitado por un camino tortuoso, se trata de un conflicto entre dos actores del sector que cuenta con decisiones proferidas por varias instituciones, unas de naturaleza administrativa y otras de carácter jurisdiccional, por entes de origen nacional y por un organismo comunitario.

La certeza no se ha hecho presente en el ámbito de la solución de controversias en el sector de las telecomunicaciones y las TIC, luego de más de 10 años, el inventario de pronunciamientos y la falta de solución definitiva dejan en el ambiente la sensación de inseguridad jurídica. Hay tesis encontradas en cuanto a la facultad de resolver controversias entre los operadores de telecomunicaciones, en especial a propósito de la ejecución de la interconexión, se habla de conflictos regulatorios, conflictos contractuales, de prerequisites para acudir a la justicia arbitral, de competencias exclusivas y excluyentes del Regulador para conocer de los conflictos, de la norma andina y la normatividad nacional, de requisitos obligatorios de consulta prejudicial; todo frente a un organismo técnico, posiblemente entre la espada y la pared, que solo puede darle a las decisiones el alcance que la ley nacional le otorga, y que aun en cumplimiento de sus competencias, se queda en deuda frente un organismo supranacional que al parecer no alcanza a vislumbrar la profundidad de la problemática, e incluso contribuye a su crecimiento.

Así, y solo comentando uno de los casos, que puede multiplicarse por tres, como es el asunto de cargos de acceso entre COMCEL y ETB, se está frente a dos pronunciamientos del Órgano Regulador, un laudo arbitral, un recurso de anulación, un recurso de revisión, acciones de tutela, una decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencias del Consejo de Estado e Interpretaciones Prejudiciales.

En cuanto a las actuaciones, se encuentran recursos de reposición, acciones de nulidad simple, de nulidad y restablecimiento, acciones de tutela, y en cuanto a decisiones, unas inhibitorias algunas condenatorias, y otras de anulación de laudos y de nulidad de resoluciones, que dejan sin efectos fallos de lo contencioso, acciones de incumplimiento, y de obligatoriedad de Interpretaciones Prejudiciales. De la justicia arbitral, se observan decisiones relativas a su competencia para conocer del asunto en concreto, en algunas de estas, se manifiesta la falta de la misma, en otras, se ejerce hasta el final con una decisión condenatoria, y en las restantes, se asume competencia parcialmente por considerar que para unos temas se cuenta con ella y para otros no.

Se proporcionó una muestra del proceso que se ha venido dando en la práctica desde el año 2001, desde la expedición de la Resolución 463, la cual muestra que la problemática se encuentra vigente, sin que aún exista solución. Se evidencia que hay un problema por resolver, ante el cual los actores del sector, y en general el mercado de las telecomunicaciones, se encuentran frente a obstáculos para lograr eficacia de la función de resolución de controversias entre los de los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones, en una relación que como ya se había mencionado es triangular, en cuanto a interés en juego y partes en conflicto.

Ahora bien, actualmente el sector se encuentra frente a nuevas reclamaciones por parte de los operadores, nuevos recursos de anulación contra los laudos arbitrales, nuevos pronunciamientos del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y aprietos para la Autoridad de Regulación⁸⁸⁰.

⁸⁸⁰ Como se plasmó en este Capítulo el Consejo de Estado, al resolver el recurso de anulación interpuesto por COMCEL contra el Laudo Arbitral del 10 de octubre de 2014, remite la totalidad el expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así: *para que dentro del ámbito de sus competencias,*

Para finalizar esta parte, se resumen algunos aspectos a destacar de las decisiones del Corte Constitucional y del Consejo de Estado:

De acuerdo con los fallos recientes, se destaca en el análisis de la jurisprudencia el interés del Consejo de Estado de cumplir con las decisiones andinas y con la normatividad procedimental relacionada con la Interpretación Prejudicial, pues Colombia, como parte de la Comunidad Andina de Naciones, mal podría apartarse de sus mandatos.

El Consejo de Estado y la Corte Constitucional no van en contra de la decisión del TJCA, que ratifica la función en cabeza de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, cuyo ejercicio de la función administrativa de dirimir controversias, al parecer, materialmente se extiende a una función cuasijurisdiccional, que ha sido mantenida tajantemente de acuerdo con las interpretaciones del Tribunal Andino sobre el tema de los últimos dos años. Igualmente, se ha precisado que la función está en cabeza de la autoridad de telecomunicaciones, que en nuestro país es una autoridad de naturaleza administrativa.

El contenido de su competencia, en este aspecto, estaría dado por resolver el conflicto entre los intereses de las partes, sin importar si sus diferencias son contractuales o solo regulatorias, ya que dichos aspectos están totalmente determinados por el carácter económico, e igualmente es relevante su gran semejanza con las decisiones de carácter jurisdiccional.

decida el conflicto suscitado entre los operadores Comunicación Celular Comcel S.A. y Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P -ETB-, con ocasión de los cargos de acceso relacionados con el contrato de interconexión del 13 de noviembre de 1998.

En cuanto a los fallos de exequibilidad de la Corte Constitucional, sobre la función de solución de controversias por parte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, se declara la conformidad del precepto legal que contiene esta competencia con la Constitución Política, de acuerdo con la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, Ley 142 de 1994 y luego con la Ley de TIC, Ley 1341 de 2009⁸⁸¹.

En las dos sentencias que se refieren al examen de constitucionalidad de esta función, contenida en fallos del 2005 y del 2011, no se hace mención ni se analiza su contenido en concordancia con la norma andina, la cual de manera concreta y explícita reconoce la importancia de determinar dentro de los acuerdos de interconexión, mecanismos de solución de controversias. Así mismo, se establece que para el caso de diferencias entre las partes durante la ejecución de la interconexión, como garantía de competencia, solo la Autoridad de Telecomunicaciones competente del País Miembro, es quien tiene la facultad para conocer y decidir sobre ese tipo de diferencias⁸⁸².

Dentro de los pronunciamientos de la Corte, como máximo organismo que revisa las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela sobre derechos constitucionales, como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, en este caso, relacionados con los conflictos entre los operadores de telecomunicaciones y la facultad para resolverlos, se recapitulan algunas tesis de esta Corporación, en vigencia de la Ley 142 de 1994.

⁸⁸¹ La Corte declara exequibles las funciones que consagran la facultad para resolver las controversias de los operadores de telecomunicaciones, respecto a los artículos 73.8 y 74.3 literal b) que otorgan la función a la CRT de la Ley 142 de 1994 y el artículo 22 numeral 9 de la Ley 1341 de 2009 que otorga la función a la actual Comisión de Regulación de Comunicaciones.

⁸⁸² Lo anterior, sin desconocer la gran posibilidad que tienen las partes, aún en estos aspectos puntuales durante la ejecución de la interconexión para solucionar directamente sus conflictos. Respecto a los artículos 73.8 y 74.3 literal b) que otorgan la función a la CRT de la Ley 142 de 1994 y el artículo 22 numeral 9 de la Ley 1341 de 2009.

En dichos fallos, la Corte Constitucional reiteró que la Comisión de Regulación sólo puede actuar por delegación del Presidente de la República, que las Comisiones son organismos de carácter técnico y sus competencias deben ser ejercidas conforme a la ley, además señaló que no tienen competencia para legislar, y que como autoridad que cumple funciones administrativas, no está legitimada para conocer de controversias contractuales.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, la tesis de la Corte consideró que el actor debe acreditar las razones por las que el laudo incurre en defectos. Por ejemplo: defecto orgánico, cuando el Tribunal Arbitral carece de competencia; defecto procedimental, cuando el proceso arbitral desconoce o se aparta del procedimiento establecido y esta situación afecta la decisión; defecto fáctico, cuando la decisión del tribunal no está soportada en material probatorio del proceso, o se niega la práctica de pruebas; defecto sustantivo, cuando se toman normas no aplicables al caso o se hace una mala interpretación de ellas⁸⁸³.

⁸⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-058 del 2 de febrero de 2009. M.P. Jaime Araujo Rentería. La Corte cita la Sentencia C - 590 de 2005 para referirse a además de los defectos mencionados a los siguientes: *e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.* *f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.* *g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.* *h. Violación directa de la Constitución.* Ver Sentencia SU 263 de 2015. Proceso de revisión del fallo de tutela emitido en segunda instancia por la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado. Acción de tutela de COMCEL contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Por otra parte, la Corte, al revisar una tutela en el caso de Telefónica- ETB, anuló un laudo por violación del principio del debido proceso⁸⁸⁴ como mecanismo subsidiario, pues en los conflictos entre los operadores, las partes pueden demandar el acto proferido por el Regulador ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, o pueden interponer recurso de anulación contra el laudo arbitral y recurso de revisión, según sea el caso. En este evento, ETB ya había interpuesto recurso de anulación, en el cual no podía pedir la protección de derechos fundamentales.

La Corte en este pronunciamiento afirmó que la variación de los términos de un contrato, solo procede de común acuerdo y con arreglo a las normas vigentes que reglan la materia. Así mismo, para el caso concreto, afirmó que los acuerdos de las partes sobre las etapas para la solución de los conflictos deben ser tenidos en cuenta, sin que este acuerdo vulnere el derecho fundamental a la administración de justicia.

De otro lado, la Corte, afirmó que el alcance de las normas andinas es directo, preferencial e inmediato. Y en esta línea sobre la Interpretación Prejudicial⁸⁸⁵, valoró su procedencia dentro del trámite de tutela, sin embargo, en el caso de que el amparo proceda como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio

⁸⁸⁴ *Ibíd.* Tutela 058 de 2009. El operador ETB había interpuesto un recurso de anulación contra el laudo arbitral, Así mismo, para evitar un perjuicio irremediable mientras se profería la decisión en el Consejo de Estado interpuso acción de tutela.

⁸⁸⁵ La Interpretación Prejudicial está regulada en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: *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.*

irremediable, no lo encuentra necesario porque no se está frente a la decisión definitiva.⁸⁸⁶

En cuanto a la revisión de tutelas por parte de la Corte Constitucional, es pertinente referirse, a los fallos, T-088 de 2004, T-058 de 2009 (parcialmente comentado), y SU-263 de 2015⁸⁸⁷, que tienen que ver con aspectos de gran importancia en el sector de las telecomunicaciones, en especial, frente a las relaciones entre los PRST, y cuyos asuntos llegan a la Corte por el camino de la revisión de fallos de tutela.

Sobre la tutela del caso ORBITEL–ETELL, hacia el año 2004, la Corte Constitucional, en la sentencia T-088⁸⁸⁸, dentro del trámite de revisión de tutela, cuestionó que una autoridad que cumple funciones administrativas esté legitimada para conocer de una controversia contractual. Al respecto, esta Corporación consideró que el Regulador no está habilitado para conocer de diferencias contractuales derivadas de la pretensión de una de las partes de modificar lo pactado en un contrato, con base en un acto administrativo proferido por él mismo y con posterioridad a la celebración de dicho contrato.

⁸⁸⁶ La Corte cita la Sentencia C-228 de 1995, sobre el alcance de las normas comunitarias, y en la cual se afirma que es necesario acudir al Tribunal Andino cuando quiera que se deba aplicar o controvertir una norma comunitaria.

⁸⁸⁷ Proceso de revisión del fallo de tutela emitido en segunda instancia por la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado. Acción de tutela de COMCEL contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En resumen, en primera instancia se declara improcedente la acción de tutela por considerarse que existía otro mecanismo de defensa, como el recurso extraordinario de revisión, por nulidad de la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede el recurso de apelación. Luego, la Sección Quinta del Consejo de Estado, modificó el fallo de primera instancia, y negó la protección de los derechos invocados dentro de la acción de tutela presentada por COMCEL en contra de la Sección Tercera, al considerar que el derecho de acceso a la administración de justicia, no se había afectado y que los temas de fondo de la controversia, serían resueltos por los tribunales de arbitramento. La Corte Constitucional confirma el fallo proferido en primera instancia por la Sección Cuarta, y declara la improcedencia del amparo constitucional.

⁸⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-088 del 5 de febrero de 2004, dentro del trámite de revisión de la tutela instaurada por ETELL contra la CRT. M.P. Jaime Córdoba Triviño. A raíz del conflicto entre ORBITEL y ETELL por cargos de acceso, promovido por ORBITEL ante la CRT. ETELL interpuso acción de tutela por violación al debido proceso, que el Tribunal del Meta amparo, y que la Sección Cuarta del Consejo de Estado revocó.

La Corte confirmó la sentencia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁸⁸⁹, que había revocado la sentencia del Tribunal Administrativo del Meta, que tuteló el derecho al debido proceso de ETELL⁸⁹⁰ y había dado la orden al Regulador de no continuar con la actuación administrativa que había iniciado el operador ORBITEL.

Para el Consejo de Estado, era la jurisdicción ordinaria la que tenía competencia para solucionar el conflicto. En este caso era improcedente la tutela, pues las partes tenían a disposición otras acciones judiciales para solicitar el cumplimiento o terminación del contrato⁸⁹¹.

La Sentencia T-058 de 2009 surgió respecto del conflicto entre Telefónica y ETB por el pago de cargos de acceso, luego de las decisiones del Regulador. La primera de estas fue inhibitoria, por considerar que Telefónica carecía de legitimidad para solicitar la forma de remuneración, luego en la reposición, decidió finalmente de fondo, aplicando el principio de integralidad de la Resolución CRT 463 de 2001 (norma regulatoria general posterior a la celebración del contrato entre las partes, y de paso, derogada). Posteriormente, Telefónica solicitó que se constituyera el Tribunal de Arbitramento para que se declarara que ETB había incumplido el contrato de interconexión, por medio de ese fallo se acogieron las pretensiones de la convocante.

⁸⁸⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 16 de junio de 2003.

⁸⁹⁰ Ante la resolución de la CRT sobre el esquema de remuneración de cargos de acceso y el interés por parte de ORBITEL (LD) de su aplicación al contrato ya suscrito con ETELL, en el cual este tema ya se había acordado, este operador de larga distancia acudió al regulador haciendo caso omiso a la posibilidad de negociación directa que tenía con ETELL.

⁸⁹¹ La tutela no fue interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por otra parte, el operador ETELL tenía la posibilidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para atacar los actos administrativos proferidos por el ente regulador.

Después, ETB interpuso recurso extraordinario de anulación y una acción de tutela, cuyas pretensiones resultaron acogidas, y terminó, el Consejo de Estado anulando el laudo arbitral por pronunciarse sobre asuntos no sujetos a la decisión de los árbitros, pues el Tribunal Arbitral se pronunció sobre la decisión que había tomado de fondo la Comisión, y cuya inconformidad debió ventilarse en la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁸⁹²

Y por otra parte, la Corte Constitucional⁸⁹³ tuteló el derecho fundamental del debido proceso y declaró la nulidad del laudo arbitral⁸⁹⁴. En esta oportunidad, la Corte Constitucional revisó un fallo de tutela, cuya decisión inicial declaró la improcedencia de esta acción, sin embargo, esta Corporación terminó concediendo la tutela por violación al derecho fundamental del debido proceso y declaró la nulidad del laudo arbitral⁸⁹⁵.

Luego Telefónica decidió formular una petición de mandamiento de pago, con base en las decisiones de la CRT ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, petición que fue denegada por esta Corporación, por no contener una obligación expresa, clara y exigible. Ese fallo fue recurrido por Telefónica y fue revocado por el Consejo de Estado, librándose mandamiento de pago a favor de este operador⁸⁹⁶.

⁸⁹² Decreto 1818 de 1998, artículo 163, causal No 8.

⁸⁹³ vía tutela como mecanismo subsidiario

⁸⁹⁴ Decisión de la Corte Constitucional del 2 de febrero de 2009 y la decisión del Consejo de Estado del 1 de abril de 2009.

⁸⁹⁵ Para la Corte el tribunal arbitral carecía de competencia por no haberse agotado las etapas de arreglo directo que se encontraban previstas en los contratos suscritos. Por otra parte, para la Corte la Comisión ya había dirimido el conflicto mediante actos administrativos que estaban en firme y que gozaban de presunción de legalidad. Sin embargo, para la Corte no era aceptable que se le aplicaran al contrato normas posteriores. Esta Corporación consideró que la CRT desbordó sus competencias. La Corte consideró que la tutela interpuesta cumplió el requisito de subsidiariedad, pues el demandante ya había interpuesto otra acción, recurso de anulación, en la cual no podía alegar la protección de derechos fundamentales. Para mayor información ver Sentencia T-058 de 2009.

⁸⁹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 27 de mayo 2015. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Rad. No. 250002331000200900636-0. Exp. 39.900. Ejecutante: Telefónica Móviles

La decisión exigió que ETB solventara la diferencia entre el valor pagado por ella y el valor de la tarifa fijado en la Resolución CRT 463 de 2001, artículo 4.2.2.19 -opción 1, referente a los cargos de acceso máximos por minuto entre las redes de TMC y PCS, por concepto de los cargos de acceso causados por la interconexión directa de la red de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Internacional (TPBCLDI) de ETB y la red de Telefonía Móvil Celular (TMC) de Telefónica, en las llamadas internacionales entrantes y terminadas⁸⁹⁷.

La decisión del Consejo de Estado lleva a reflexionar sobre cómo de manera particular, se hace caso omiso de todo un proceso cuyas decisiones se dieron en el campo de la autoridad administrativa (CRC), luego en sede del Tribunal Arbitral, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Finalmente, el proveedor de redes y servicios decidió dar el paso sobre aquellos actos que nadie atacó emitidos por el Regulador, como lo fueron las resoluciones particulares que inicialmente resolvieron el conflicto entre las partes, con base en una norma general proferida por la Comisión derogada bajo la condición de una Interpretación Prejudicial del TJCA, quien no dudó al afirmar que el conflicto debía ser resuelto por la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones del país, y que en este caso, efectivamente, fue resuelto por quien era competente⁸⁹⁸.

En esta Interpretación Prejudicial, el TJCA no se preocupó por la competencia, sino de que las obligaciones contractuales asumidas por las partes no quedaran tan solo plasmadas en un papel, de forma que necesariamente

Colombia S.A. Ejecutado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. Naturaleza: Ejecutivo contractual.

⁸⁹⁷ Periodo, entre el 1 de junio de 2002 y el 30 de septiembre de 2005.

⁸⁹⁸ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 16-IP-2014, del 18 de Junio. M.P. José Vicente Troya.

debería existir el medio a través del cual se ejecute la orden de quien emana⁸⁹⁹.

Ahora bien, al analizar a la Comisión, sus competencias y en general sus funciones, no queda claro que ella misma pueda hacer cumplir sus órdenes, pues a la fecha, como está estructurada y por la normativa que le aplica, no tiene esta capacidad coercitiva, tarea que seguramente estará en manos del Ministerio de las TIC y posiblemente de la Superintendencia de Industria y Comercio.

De la Sentencia SU - 263 de 2015, una tutela contra el Consejo de Estado, llaman la atención los pronunciamientos del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, traídos como antecedentes en ese fallo, en cumplimiento de la decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina correspondientes a dejar sin efecto sus propias decisiones respecto de recursos de anulación de laudos arbitrales, sobre lo cual, el operador COMCEL consideró que los fallos del Consejo de Estado son indeterminados y que le podían además generar un perjuicio irremediable que no logró probar.

Para la Corte, el derecho de acceso a la administración de justicia no se afectó, además consideró que los temas de fondo de la controversia serían resueltos por los tribunales de arbitramento, y que el operador contaba con otro mecanismo de defensa, como es el recurso extraordinario de revisión, por nulidad de la sentencia que puso fin al proceso y contra la cual no procedía el recurso de apelación. La Corte declaró la improcedencia del amparo constitucional.

⁸⁹⁹ El TJCA considera que se debe aplicar el artículo 35 de la Resolución 432, que consagra que para efectos de la interconexión, las partes deberán regirse por las normas comunitarias andinas y, en lo no previsto, por las disposiciones contenidas en la legislación de cada País Miembro donde se lleve a cabo la interconexión.

Desde el fallo T-058 del 2009, no se encuentra una decisión de la Corte Constitucional en la que haya anulado laudos arbitrales proferidos en el marco de conflictos entre Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones.

En cuanto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en lo concerniente a los conflictos entre operadores de telecomunicaciones, se encuentran las siguientes particularidades, que se resumen así:

Se observan múltiples demandas ante el contencioso para que declare la nulidad de los actos proferidos por el Regulador, a raíz de la expedición de la Resolución CRT 463 del 27 de diciembre de 2001, norma de carácter general que modificó el esquema de remuneración de los cargos de acceso. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en su momento, aplicó esta norma frente a las controversias que se generaron entre los operadores de telecomunicaciones que habían celebrado acuerdos de interconexión, y que se vieron afectados por una norma posterior que le dio la posibilidad al operador interconectado, de cambiar condiciones sobre la forma de pago de los cargos de acceso.

En ese sentido, la jurisdicción de lo contencioso administrativo anuló decisiones del Regulador, por haberse proferido actos administrativos sin competencia, pues la Comisión no cuenta con facultades para resolver conflictos contractuales. Siendo así, la consecuencia de la declaración no puede ser el restablecimiento del derecho de un conflicto contractual, afirmó entonces, que las partes deben resolverlos o concurrir ante autoridad competente dentro de las reglas de la competencia y caducidad.

Los operadores demandaron en múltiples oportunidades por nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del Ente Regulador, frente a lo cual efectivamente lograron la nulidad del acto, pero no consiguieron que se

condenara a la CRT, bajo los argumentos de que esta no es parte y que son los operadores los que tendrían que hacer las restituciones que sean del caso⁹⁰⁰.

El Consejo de Estado, hacia el año 2008 y 2012⁹⁰¹, declaró la nulidad de apartes de la Resolución CRT 463 de 2001, norma que generó múltiples conflictos entre los operadores de telecomunicaciones de TPBCLD y de TPBCL, y entre los operadores de TPBCLD y TMC.

Un fallo de la Sección Primera del Consejo de Estado del 2012⁹⁰² se pronunció sobre la Resolución CRT 463 de 2001, para afirmar que el Regulador no podía pronunciarse con base en una norma regulatoria que había dejado de existir en el escenario jurídico. Este fallo, aunque confirmó la sentencia del 14 de mayo de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró la nulidad de los actos administrativos proferidos por la CRT, (según las Resoluciones 758 de 2003 y 826 de 2003), basó su decisión en un argumento muy concreto sobre la derogatoria de la Resolución 463, cuya vigencia fue corta pues una resolución emitida a los cuatro días de su expedición, la Resolución 469 de 2002, la abolió⁹⁰³.

⁹⁰⁰ En las sentencias revisadas del tribunal Administrativo y del Consejo de Estado no se encuentro un fallo que condenara al restablecimiento del derecho a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, antes del 2009 de Telecomunicaciones.

⁹⁰¹ Fallos ya citados. C.P Marco Antonio Velilla. Se trata de la Sentencia de 21 de agosto de 2008, Exp. 2003-00047. Se resolvió: “Declárase la nulidad de la expresión ‘a partir del primero de enero de 2002’, contenida en el artículo 2º, numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 de resolución CRT 489 de 12 de abril de 2002; y de la expresión ‘o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la resolución CRT 087 modificado por la resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones’, contenida en el artículo 9º”. Y, C.P. Maria Claudia Rojas Lasso, Sentencia del 15 de noviembre de 2012, Expedientes: 2002-0194 y 2002-0213. En el cual se resolvió: “PRIMERO.- DECLÁRASE LA NULIDAD del artículo 4.2.2.20 del artículo primero de la Resolución 463 de 27 de diciembre de 2001, proferida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. SEGUNDO.- Deniéganse las demás pretensiones de la de las demandas que dieron origen a los procesos acumulados de la referencia.”

⁹⁰² CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 16 de marzo de 2012. C.P. María Elizabeth García González.

⁹⁰³ El Tribunal Administrativo ya se había pronunciado sobre este tema y este fallo reitera su posición. Para mayor ilustración, ver Sentencia del 29 de junio de 2006, Exp.2004-00309, Actora: Telepalmira.

En el año 2012, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) falló en contra de la República de Colombia y del Consejo de Estado, a propósito de las decisiones de esta Corporación y de tribunales arbitrales en las que no se surtió la Interpretación Prejudicial respecto de los conflictos relacionados con la interconexión, y sobre los cuales existían normas de la Comunidad Andina de Naciones, como la Decisión 462 y la Resolución 432.

Se destacan estas decisiones del Consejo de Estado, pues en el sector de las telecomunicaciones no había antecedente de que esta Corporación tuviese que retrotraer sus propias decisiones y las tomadas por tribunales arbitrales, sobre las cuales ya se había pronunciado.

Luego de las decisiones del 2012 del Consejo de Estado⁹⁰⁴, se han iniciado nuevos tribunales de arbitramento para resolver estos conflictos de acuerdo a la norma comunitaria de petición de IP al TJCA. Los laudos resultantes, sin embargo, contienen tesis contrarias, que varían desde dirimir el conflicto, asumir competencia parcialmente solo en aspectos contractuales, hasta afirmar que carecen de competencia; esta situación trajo como consecuencia la interposición de múltiples recursos de anulación, y de solicitudes de amparo como mecanismo subsidiario, por medio de la acción de tutela.

El Consejo de Estado en sus decisiones no contradice las decisiones del TJCA en cuanto a la competencia de la Comisión para resolver controversias según las normas andinas. Y en ese sentido, respecto del recurso de anulación que interpuso COMCEL frente al laudo del 10 de octubre de 2014, (en el cual el

M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio). Sentencia del 29 de enero de 2009, Exp. 2005- 1152, Actora: Empresa de Teléfonos de Bogotá. M.P. Fredy Ibarra Martínez. Estos fallos declararon la nulidad de los actos administrativos demandados, debido a que la CRT actuó con falta de competencia. Sobre el tema ver Anexo No 3.

⁹⁰⁴ Tres sentencias similares COMCEL-ETB, OCCCEL-ETB, CELCARIBE –ETB.

Tribunal Arbitral afirmó que no tenía competencia), el Consejo de Estado, en 2015, no concedió las pretensiones por considerar que la decisión de los árbitros era acorde con la decisión del TJCA, que expresamente afirmaba que la competencia en este caso es exclusiva y excluyente de la Comisión de Regulación de las Comunicaciones⁹⁰⁵.

Ahora bien, el Consejo de Estado resolvió enviar el expediente a la Comisión de Regulación de las Comunicaciones para que esta resolviera en el marco de sus competencias, sin embargo, no hizo un análisis de estas funciones y su encuadre dentro de la normatividad andina⁹⁰⁶.

Esta Corporación, respecto de alegatos de una de las partes sobre el contenido de las normas andinas, afirmó que no es el recurso extraordinario de anulación el escenario para cuestionar las decisiones de los organismos jurisdiccionales de orden internacional. El Consejo de Estado como máximo órgano de lo contencioso, no puede entonces desconocer las decisiones del Tribunal Andino⁹⁰⁷.

Este aspecto trajo como consecuencia un giro en el trámite de solución de controversias, por revivir conflictos aparentemente ya resueltos y por exigir frente a los nuevos, un paso intermedio de obligatorio cumplimiento, como es

⁹⁰⁵ En este caso, para el Tribunal de Arbitramento es claro que el conflicto entre las partes guarda relación directa con temas de interconexión, pues el valor de los cargos de acceso, que es en últimas lo que genera la disputa, forma parte esencial de aquélla y por ese motivo el órgano competente es la Comisión de Regulación de comunicaciones.

⁹⁰⁶ Sentencias del Consejo de Estado, ya citadas, del 23 de septiembre de 2015, del C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera, y del C.P Hernán Andrade del 2 de diciembre de 2015.

⁹⁰⁷ En la IP, el TJCA cita para efectos de reconocer el paso a seguir en caso dado que la regulación del país no está acorde con la normatividad andina, el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que contempla 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”.

la solicitud de Interpretación Prejudicial ante el TJCA, en el caso de los tribunales arbitrales y de los jueces de cierre.

Sumado a lo anterior, termina por generar tesis contrarias y mayor revuelo, la posición del TJCA frente a la competencia para conocer de las controversias entre los operadores a propósito de la ejecución de la interconexión, la cual restringe tajantemente esta facultad para entregarla exclusivamente a la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones del país, en nuestro caso, a la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

Todo lo dicho confirma la tesis de la necesidad de una reforma en relación con la competencia para conocer de las controversias de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, aspecto que notoriamente no es pacífico, pero que es de gran importancia para este sector que opera en red, y en el que están en juego recursos físicos, lógicos, infraestructura, altas sumas de dinero, la continuidad en la prestación del servicio público, obligaciones de servicio universal, y nuevas relaciones que cada día están creciendo a propósito de los cambios tecnológicos, y de la incursión de los operadores de nuevos contenidos y aplicaciones.

No hay una sola opinión al respecto, pues hay diferentes posiciones sobre cuál podría ser el cambio que permita un mecanismo que dirima las diferencias entre los actores del sector, de forma ágil, transparente, objetiva, especializada, y en pro del usuario y de la competencia.

En último lugar, es necesario hacer mención sobre el pronunciamiento reciente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la cual se declaró inhibida para emitir concepto sobre el conflicto negativo de

competencia entre la Comisión de Regulación de las Comunicaciones y un Tribunal Arbitral⁹⁰⁸.

Esta Sala consideró que tiene competencia para pronunciarse sobre conflictos de competencia administrativa y este no es el caso, teniendo en cuenta que se está ante la inexistencia de autoridades en conflicto, teniendo en cuenta que *“la cesación de funciones del Tribunal de Arbitramento hace jurídicamente imposible asumirlo como parte de un conflicto de competencias”*. Así, en el caso concreto que analiza la Sala, solo hay una autoridad, la CRC, y esta circunstancia elimina la existencia del conflicto propuesto por el Centro de Conciliación.

Como interviniente la CRC manifiesta que sus competencias son de naturaleza administrativa, y que en materia contractual *“le corresponde al juez del contrato interpretar la voluntad de las partes para dirimir las divergencias, sin que para ello deban tenerse en cuenta aspectos como los elementos del mercado, de promoción de la competencia o la protección de los derechos de los usuarios, los cuales sí son relevantes en la solución de los conflictos que la CRC debe resolver.”*

El MINTIC se manifestó en el mismo sentido y resalto en este caso no se presenta un conflicto de competencias “jurisdiccionales”, porque la CRC no tiene funciones jurisdiccionales, y para el efecto se refiere a la Corte Constitucional quien ha manifestado que la función de resolver controversias del regulador es administrativa.

⁹⁰⁸ Al cierre de esta investigación se produjo un pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 13 de septiembre de 2016 en la cual esta Corporación se **declaró inhibida** para emitir concepto sobre el conflicto negativo de competencia entre la Comisión de Regulación de Comunicaciones y el Tribunal de Arbitramento que conoció la controversia entre COMCEL y UNE EPM TELECOMUNICACIONES. Lo anterior por solicitud de la Cámara de Comercio de Medellín. (Negrilla fuera del texto original).

COMCEL por su parte trajo a colación la decisión del Consejo de Estado del 2012, que anuló el laudo anterior, menciona que se cumplió su mandato en cuanto a constituir un nuevo Tribunal Arbitral, que finalmente no asume competencia para dirimir el conflicto acogiendo al TJCA, por último cita la decisión del Consejo de Estado que sobre el tema frente a un recurso de anulación lo declara infundado y remite el caso a la CRC. Este operador pidió que *“la decisión de la Sala tenga “vocación de poder solucionar el conflicto”*

En suma, la Sala se inhibió y remitió las diligencias para la CRC para lo que corresponda a su competencia, y por su parte recalcó que el laudo proferido por el Tribunal Arbitral es una decisión judicial que se encuentra en firme y que debe ser cumplido.

Por último, además de las diferentes decisiones analizadas como los laudos, sentencias y las IP del TJCA comentadas, es necesario hacer referencia a un Concepto reciente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 24 de octubre de 2016, tramitado por solicitud del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en cuanto a la competencia de la CRC para solucionar controversias en materia de interconexión de acuerdo con la norma andina y las IP del TJCA⁹⁰⁹.

En este punto la Sala consideró varios aspectos a propósito de las preguntas realizadas, entre ellos:

- La función de resolver de la CRC es de naturaleza administrativa.

⁹⁰⁹ Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 24 de octubre de 2016. C.P. Germán Alberto Bula Escobar. Rad interna: 2293. Número Único: 11001-03-06-000-2016-00074-00. Nota: Reserva legal levantada mediante Oficio No 992004 del 20 de diciembre de 2016.

- La norma andina asignó a la CRC competencia para resolver controversias durante la ejecución de la interconexión.
- El derecho comunitario no modificó la naturaleza de la Comisión ni de sus decisiones.
- La CRC puede adoptar decisiones durante la ejecución de la interconexión como el incumplimiento o la ruptura del equilibrio económico del contrato.
- La relación de interconexión es objeto de la regulación y de las normas comunitarias, no son solo expresión de la voluntad de las partes.
- La CRC podrá solicitar según la complejidad del caso la interpretación prejudicial correspondiente.
- El procedimiento que debe aplicar la CRC para dirimir las controversias es especial según lo consagrado en la Ley 1341 de 2009, y ante los vacíos se complementa con el CPCA.
- El recurso contra la decisión de la CRC que resuelve controversias contractuales de interconexión es el recurso de reposición. Y el control de legalidad de esas decisiones corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo⁹¹⁰.

⁹¹⁰ A la fecha de la culminación de esta investigación la CRC no había resuelto los expedientes que tiene en su poder remitidos por el Consejo de Estado. Fecha: 15 de abril de 2017.

**TERCERA PARTE. LA VISIÓN DE LOS SUJETOS INVOLUCRADOS CON
LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INTERCONEXIÓN
EN EL SECTOR TIC**

Luego de plantear el panorama de la función de un ente administrativo como la Comisión de Regulación de Comunicaciones, relativa a la resolución de controversias, junto con sus implicaciones reales de justicia, es necesario conocer qué vacíos podrían solucionarse a través de la identificación, estructuración, sistematización y presentación de opiniones de distintos frentes relacionados con la problemática, como son los proveedores de redes y servicios; los actores del Estado como el Regulador; el Legislador; el Juez, y la Academia.

En esta parte de la investigación, la perspectiva sociológica de la función de solución de controversias entre los PRST responde a una dimensión de gran contenido fáctico, en la cual la visión de los sujetos, trajo consigo múltiples ideas y explicaciones que se pretenden acopiar y analizar, que sumados al desarrollo del marco teórico y conceptual de la Primera Parte, y a lo resuelto por la Segunda Parte, en cuanto a la búsqueda, recopilación y análisis de caso y estudio de las sentencias, laudos, interpretaciones prejudiciales y en general decisiones de las autoridades del sector TIC, serán el sustento para el desarrollo de la Cuarta Parte que tiene como centro proponer unos elementos en relación con el problema planteado en esta investigación.

Por lo anterior, se toman herramientas como encuesta, entrevista, sondeo y consulta de archivo, para ahondar en la materia y de esta forma conocer diferentes opiniones y maneras de presentar la información alrededor de la problemática central de este trabajo, que está alrededor de la tarea de solucionar controversias por parte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) como una función que aunque consagrada legalmente⁹¹¹, y respecto de la cual la jurisprudencia constitucional del 2011,

⁹¹¹ Artículo 22 numeral 9 de la Ley 1341 de 2009

no alcanzó a vislumbrar una solución a la problemática actual, así como tampoco lo lograron las sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que luego de la decisión del Tribunal Andino de Justicia, sobre una acción de incumplimiento del mismo año desencadenó múltiples actuaciones como ya se ha mencionado⁹¹².

En consecuencia, esta parte de la investigación tiene como objetivo el acercamiento a diversas fuentes, como noticias de medios de información, y la opinión de los agentes del sector TIC, para conocer declaraciones, afirmaciones y cuestionamientos que realizaron diferentes partícipes sobre esta materia^{913 914}.

En detalle, el ejercicio se realizó determinando varios *Frentes*, dentro de un proceso de comunicación de técnica cualitativa⁹¹⁵, cuyo objetivo se orientó al acopio de información sobre los hechos dentro de las relaciones de los operadores de telecomunicaciones, en especial, para conocer y analizar

⁹¹² El último fallo de la Corte Constitucional sobre la función es la sentencia C-186 de 2011. Las decisiones del Consejo de Estado a propósito del fallo del Tribunal Andino de Justicia Proceso 03-AI-2010, fueron proferidas en el año 2012.

⁹¹³ En especial esta parte de la investigación, refleja aspectos que van más allá del derecho, y que podrían considerarse dentro de la Sociología Jurídica. Carbonnier afirma que “la Sociología jurídica engloba todos los fenómenos de los cuales el derecho puede ser causa, efecto u ocasión, incluidos los fenómenos de violación, de ineffectividad o de desviación”, la Sociología Jurídica “es una rama de la sociología general: que tiene por objeto una variedad de fenómenos sociales: los fenómenos jurídicos o fenómenos de derecho”. CARBONNIER, Jean. Sociología Jurídica. Madrid: TECNOS, 1982.

⁹¹⁴ González cita a Carbonnier y afirma “Carbonnier es, por otra parte prudente; en sus escritos, no ha dejado de recordar que la sociología jurídica, útil para conocer tanto los deseos de una sociedad como la efectividad y la eficacia de las normas jurídicas, no puede pretender mucho más. En su opinión se trata de una disciplina auxiliar, útil, a menudo necesaria, pero cuyo único papel consiste en ofrecer datos al Legislador o al Juez, que, aún considerando estos datos, actuarán como les parezca adecuado según lo dispuesto en la Constitución o el derecho en vigor”. Por otra parte, González resalta del autor “Por tanto, admitirá que la sociología interviene para hacer conocer lo que sucede al margen del derecho o cuando las normas jurídicas entran en conflicto con otras normas”. GONZÁLEZ LAJOIE, Nathalie. El pluralismo jurídico en Carbonnier. *En*: Anuario de filosofía del derecho, 1998, No 15. Página 186.

⁹¹⁵ La técnica cualitativa hace referencia a: “actitudes, aspectos culturales, percepciones, relaciones y estimaciones. Es decir, son dos formas distintas de acercarse a fenómenos propios de la gestión”. Disponible en: <http://www.obs-edu.com/int/blog-investigacion/direccion-general/ejemplos-de-tecnicas-de-investigacion-cualitativa>

aspectos que aunque individuales, reflejan la opinión de aquellos sujetos interesados, expectantes, implicados, favorecidos o afectados por los hechos, como consecuencia del efecto del derecho en cuanto a la normatividad aplicable y las decisiones que fueron adoptadas.

Por lo tanto, para su desarrollo se propone el siguiente orden, teniendo en cuenta las herramientas o recursos mencionados para abordar aspectos que van más allá de decisiones formales de sujetos o instituciones, y que reflejan concepciones y opiniones especializadas sobre la temática de esta investigación.

El Primer Capítulo se divide en dos puntos, el primero, toma como base la última encuesta realizada sobre la percepción del servicio prestado por la Autoridad de Regulación, dentro del cual se encuentra la solución de controversias; y el segundo, que tiene como objetivo presentar las noticias o datos de prensa sobre el enfrentamiento entre dos operadores de telecomunicaciones del sector, que tienen por resolver sus conflictos.

El Segundo Capítulo se concentra en los operadores, que corresponde a los protagonistas del conflicto, es decir, a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que como agentes del sector, son los que prestan el servicio al usuario y para el efecto tienen la obligación de relacionarse entre sí; y por otra parte, la Academia, como sujetos que no hacen parte de las ramas del poder público.

El Tercer Capítulo, agrupa un frente que comprende a representantes institucionales, del poder ejecutivo, legislativo, judicial, y de la justicia arbitral, que en concreto, se refiere a entrevistados que hacen parte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, del Congreso de la República, del Juez de lo

Contencioso Administrativo y de la lista de Árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Por lo tanto, en cada Capítulo se encontraran las transcripciones de algunas de las entrevistas realizadas que fueron escogidas dentro de los diferentes actores del sector de las telecomunicaciones, que fueron abordados para dejar constancia de las impresiones y percepciones de aquellos sujetos que desde diferentes posiciones, siendo estas, Regulador, Operador, Juez, Arbitro, Legislador, y Usuario, tienen sobre la naturaleza de la facultad de solución de controversias del Órgano Regulador de las telecomunicaciones en Colombia.

Se ofrecerá en las consideraciones finales de la parte, un compendio de las ideas que se consideraron más relevantes sobre las opiniones recibidas, así como cuadros detallados con los aspectos más destacados en las entrevistas, que se establecieron tomando en cuenta los siguientes parámetros por considerarlos ilustrativos: se tomaron los *principios* mencionados, igualmente, los *debería*, los *no debería*, los *podría*, las *dudas manifestadas*, y las referencias particulares a la *norma andina*.

Como antecedente, se resalta que los instrumentos utilizados en la investigación entre otros, corresponden a la observación, consulta de archivo, entrevistas, análisis de laudos arbitrales, estudio de la normatividad y la jurisprudencia⁹¹⁶. De esta manera, con una breve recapitulación, la Primera Parte de la investigación, como marco teórico y conceptual, se alimentó

⁹¹⁶ Se consultó la página de la CRC y la CMT, cuyo insumo se utilizó en la Primera Parte de la investigación. Los laudos arbitrales y fallos de las altas Cortes y las interpretaciones prejudiciales del TJCA corresponden al insumo principal de la Segunda Parte de la investigación. Las entrevistas, sondeos, análisis de datos de una encuesta y consulta de medios de comunicación para la Tercera Parte.

acudiendo a la consulta de archivo doctrinario, normativo y jurisprudencial⁹¹⁷. Los laudos arbitrales, fallos de las altas Cortes y las interpretaciones prejudiciales del TJCA atañen al insumo principal de la Segunda Parte de la investigación; las entrevistas, sondeos y consulta de medios de comunicación se constituyeron en las herramientas primordiales de la Tercera Parte⁹¹⁸; y las fuentes doctrinarias nacionales y extranjeras fueron el mayor soporte de la Cuarta Parte de la investigación.

Por otra parte, en cuanto a la metodología utilizada para esta Segunda Parte de la investigación, requirió de un trabajo de campo, para el cual fue necesario establecer un cronograma para múltiples actividades como el diseño del cuestionario, de un guion de entrevistas, solicitar citas, la realización de los encuentros como tal con los entrevistados, la grabación y toma de notas, análisis del contenido de las entrevistas, el procesamiento de la información resultante, el cruce de datos y la comparación de los análisis realizados a partir de este ejercicio.

Las entrevistas son semiestructuradas, es decir con preguntas de carácter abierto, flexibles, con un cuestionario de preguntas guía, como instrumento para presentar los aspectos puntuales que se quieren abordar. Las respuestas no son predeterminadas ni sugeridas, sino que dependerán de cada entrevistado.

⁹¹⁷ Dentro de la Primera Parte de la investigación se analiza la función de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con las normas que contemplan la facultad de resolución de controversias por parte del Órgano Regulador de las telecomunicaciones.

⁹¹⁸ Se hizo seguimiento a diferentes medios escritos sobre la manera de plasmar la problemática.

Para las entrevistas fue necesario llevar a cabo una preparación, que tuvo diferentes momentos como determinar los objetivos de estas, identificación de los sujetos destinatarios, el lugar para su realización y la definición de unas reglas para el entrevistado y el investigador, en cuanto a la comunicación (hablar-escuchar), sobre los medios tecnológicos y manuales en caso dado para su conservación (grabar y/o tomar notas).

En particular, dentro de la preparación como parte de la metodología de la investigación, se hicieron ejercicios de acercamiento a la materia, entre estos, el planteamiento de un enigma, siguiendo la línea de Serge Paugam en la "*L'enquête sociologique*"⁹¹⁹, con el fin de realizar una aproximación al objeto de estudio, teniendo en cuenta el trasfondo socio jurídico de la potestad de solución de controversias por parte del Órgano Regulador⁹²⁰.

A continuación, se presenta la ficha elaborada de preguntas guía:

FICHA ENTREVISTA	
Técnica de Investigación	Cualitativa
Clase	Entrevista (observación externa o no participante)
Objetivo	Realizar trabajo de campo para recoger información que se sistematizará en la investigación "LA FUNCION DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA COMISION DE REGULACION DE COMUNICACIONES, DESDE UNA PERSPECTIVA SOCIOJURÍDICA", para identificar problemas, contrastar propuestas y soluciones.
Modalidad	Semiestructurada
Duración	1 hora
Herramientas	Toma de notas y grabación.

⁹¹⁹Texto sugerido y traducción realizada por la Dra. Lina Malagón Becaria del Departamento de Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Fuente: Serge Paugam. *L'enquête sociologique*", Prensas universitarias de Francia, coll. "Cuadrige de la mano", 2010.

⁹²⁰ El autor afirma que para plantear un enigma, hay que seguir cuatro etapas, la primera, partir de una creencia o de una observación compartidas sobre el objeto de estudio, sacar un conjunto de inferencias lógicas o de enunciados predictivos, obtener uno o varios elementos empíricos que contradigan las inferencias lógicas o los enunciados predictivos, preguntarse cómo es posible que si las creencias o las observaciones compartidas son ciertas, esos elementos empíricos puedan existir. Lo importante es partir de una contradicción. Ver Anexo No 5 con el ejercicio.

<p>Datos del entrevistado:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Nombre completo - Profesión - Entidad a la que pertenece - Cargo que ocupa actualmente
<p>Preguntas guía:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) ¿Qué posición ocupa la entidad o empresa en la cual trabaja, dentro del sector de las TIC? 2) ¿Identifica la estructura institucional del sector de las telecomunicaciones? 3) ¿Conoce las funciones del Órgano Regulador de las comunicaciones (CRC)? 4) En concreto, ¿tiene conocimiento sobre la facultad de la CRC de dirimir controversias entre Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST)? 5) ¿La entidad que dirige, asesora o en la cual se desempeña, es o ha sido parte de un conflicto de telecomunicaciones? 6) ¿Qué duración ha tenido este proceso de resolución de conflictos desde que tuvo conocimiento el Órgano Regulador del asunto hasta su terminación? 7) ¿Considera que en el sector de las telecomunicaciones es usual que los operadores soliciten la revisión jurisdiccional de las decisiones que profiere el Regulador? 8) ¿Cree que hay deferencia o respeto por parte de los jueces por las decisiones que toma el Órgano Regulador de las telecomunicaciones al momento de decidir sobre el acto administrativo objeto de revisión? 9) ¿Qué percepción de confianza tiene sobre las decisiones de resolución de controversias proferidas por el Órgano Regulador que afectan a su empresa directamente? 10) ¿Qué lo mueve a acudir a la CRC para solucionar sus controversias y no al juez ordinario? 11) ¿El procedimiento que utiliza la Comisión para expedir el acto administrativo es suficiente? 12) ¿Qué tan garantista es el procedimiento? ¿Considera que sus derechos están protegidos? 13) ¿Qué rol desempeñaba para la época del inicio de la controversia de interconexión? 14) ¿Cuál es su apreciación sobre las decisiones proferidas por el Regulador frente a otros conflictos entre operadores de telecomunicaciones? 15) ¿Cuáles son las temáticas de controversia que usted considera se presentan entre los operadores con más frecuencia? 16) ¿En qué momento del proceso tuvo conocimiento del conflicto y por qué? 17) ¿Cuál es el medio de comunicación por el cual usualmente tiene conocimiento de los conflictos entre los PRST? 18) ¿Cree que la CRC es la instancia adecuada para resolver estos conflictos? 19) ¿Considera que se siguió el proceso administrativo? 20) ¿Es garantista este proceso? 21) ¿Considera que las decisiones que toma el Regulador deben orientarse por los principios de protección de la libre competencia y de los derechos de los usuarios o deben enfocarse en dar a cada parte lo que le corresponda? 22) ¿Cree usted que se actúa en forma objetiva o que la común denominación de la captura del Regulador influencia este proceso y su resultado? 23) ¿Cree que el Regulador toma decisiones oportunas? 24) ¿Considera que las razones de las decisiones que se adoptan por la CRC son suficientemente motivadas? 25) ¿Considera que el Regulador (CRC) toma atribuciones de Legislador cuando resuelve controversias?

- 26) ¿Cuál considera que sea el límite para que el Regulador se pronuncie en una controversia, sin que se extienda al campo de las decisiones que toman los jueces al dirimir conflictos?
- 27) ¿Qué piensa usted sobre la afirmación según la cual las decisiones de la Comisión de Regulación de la Comunicaciones que definen controversias no cierran en forma definitiva el conflicto?

Se presenta el perfil de cada uno de los entrevistados, de los diferentes frentes determinados, y que se trajeron como muestra del ejercicio, organizados en orden alfabético por el nombre:

- 1) Alfredo Fajardo Muriel: Abogado. Consultor Independiente. Docente del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- 2) Aníbal Rafael Zárate: Doctor en Derecho. Director del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.
- 3) Camilo Perdomo Villamil: Abogado. Maestría en Derecho Administrativo. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.
- 4) Carlos Rebellón Villán: Master en Economía y en Economía de los Recursos Naturales. Fue comisionado de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Actualmente es consultor y docente.
- 5) Ciro Antonio Rodríguez Pinzón: Ingeniero Electricista. Especialista en Gestión Pública. Maestría en Derecho con énfasis en Regulación Jurídica de las Telecomunicaciones (pendiente de grado). Actualmente Representante a la Cámara del Congreso de la República.
- 6) Carlos Alberto Zambrano: Abogado de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Actualmente Consejero de Estado de la Sala Contenciosa Administrativa de la Sección Tercera.

- 7) Edgar González López: Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Director del Departamento Derecho de las Telecomunicaciones (hasta enero de 2016). Docente de Derecho Administrativo y Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente Consejero de Estado de la Sala de Consulta y Servicio Civil.
- 8) Gustavo Adolfo Cala: Abogado. Especialista en Derecho de las Telecomunicaciones. Maestría en Derecho con énfasis en Regulación Jurídica de las Telecomunicaciones. Consultor Independiente. Docente del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- 9) José Esteve Pardo: Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, España. Autor de numerosas obras sobre Derecho Administrativo y Derecho de las Telecomunicaciones.
- 10) Juana del Pilar Duque: Abogada. Especialista en Derecho de las Telecomunicaciones. Maestría en Derecho con énfasis en Regulación Jurídica de las Telecomunicaciones. Consultora Independiente. Docente del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- 11) Julián Pimiento Echeverry: Abogado. Especialista en Derecho Administrativo. Maestría en Derecho Público. Doctor en Derecho de la Universidad Panthéon-Assas, Paris 2. Fue Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado. Actualmente Docente Investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.
- 12) Mauricio Velandía Castro: Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Contractual y Relaciones Jurídico Negociales de la Universidad Externado de Colombia y en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Docente Consultor

Independiente. Docente de Posgrado de Derecho de la Competencia de la Universidad Externado de Colombia.

CAPITULO PRIMERO. CONSULTA DE FUENTES EXTERNAS. ENCUESTA CRC DE PERCEPCION DEL NIVEL DE SATISFACCION DE LOS USUARIOS Y PRENSA

Este capítulo tiene como propósito mostrar y analizar datos recogidos por el ente regulador dentro de una metodología descriptiva sobre la percepción del servicio prestado, en particular, el de solución de controversias. Por otro lado, se pretende exponer como muestra de noticias e información de prensa sobre el conflicto de dos partes de un sector caracterizado por su dinamismo, que se ha prolongado en el tiempo.

1. Encuesta de la CRC sobre la percepción del servicio

Teniendo en cuenta que la CRC mide la percepción de los sujetos que interactúan con esta entidad en cuanto a los servicios que les presta, se solicitó a la Comisión, información relevante sobre la medición de la percepción de su función en especial la de dirimir controversias. Por lo tanto, a continuación se presentan las respuestas obtenidas a partir de esta herramienta contratada por la entidad para evaluar, su desempeño en los años 2014 y 2015, y presentada en el 2016.

La CRC se encuentra certificada bajo normas de calidad, razón que le impone asegurar el principio de satisfacción de sus clientes, para lo cual evalúa la calidad de los servicios que les presta⁹²¹.

Por ese motivo esta entidad contrató la medición del nivel de satisfacción de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST) respecto del proceso de solución de controversias⁹²², siendo uno de los aspectos principales a tener en cuenta en el proceso de gestión de calidad de la Comisión de Regulación de las Comunicaciones, dentro del concepto de atención al cliente.

Para el efecto se midió el Nivel de Satisfacción del Usuario (NSU), así como otros indicadores para conocer la percepción de los clientes⁹²³.

La metodología de proceso, estableció una calificación de Uno (1) a Cien (100), siendo Cien (100) muy bueno y Cero (0) muy malo. Se compararon los años 2014 y 2015⁹²⁴.

Al respecto, se transcribieron las preguntas, que se construyeron para el efecto, y los valores respectivos según las respuestas dadas por los “clientes”. Los temas giraron alrededor del proceso de solución de controversias en general,

⁹²¹ La CRC está certificada en Norma ISO 9001 y en Gestión Pública GP 1000.

⁹²² Esta medición fue contratada por la CRC al Centro Nacional de Consultoría en el año 2015, según contrato No 83 de 2015, en relación con el nivel de satisfacción de los usuarios sobre los servicios prestados por esta entidad. Según respuesta del 2 de enero de 2017 al derecho de petición presentado por quien realiza esta tesis, para conocer la información. Esta es la última encuesta sobre el nivel de satisfacción contratada por la Comisión, según información contenida en la respuesta al derecho de petición de enero de 2017. Derecho de Petición según Radicado No 2017500434.

⁹²³ Población objetivo. Personas que tuvieron relación con la CRC en el 2015. Como es el caso de los PRSTS.

⁹²⁴ Calificación declarada. Escala según reporte: 100 (muy bueno), 75 (bueno), 50 (regular), 25 (mala), 0 (muy malo). La encuesta se llevó a cabo 469 personas, utilizando llamada telefónica. La ficha técnica se encuentra en el anexo de este trabajo.

la notificación, acceso a la notificación, principio de contradicción, derecho a la defensa, el trato y disponibilidad del personal, acceso a los expedientes, la integridad del análisis sobre la información allegada y pruebas, verificación de requisitos para inicio a la actuación administrativa, cumplimiento de la ley para el trámite del proceso, tiempos de respuesta, e integridad de la decisión.

Para mayor ilustración:

CUADRO RESUMEN⁹²⁵			
Ítem	Pregunta - Como califica	2014	2015
1	Como califica el proceso de solución de controversias que realiza la CRC	75	81,3
2	Los procesos de notificación de las resoluciones particulares surtidos	75	85,7
3	El acceso a la información sobre la solicitud, para que pudiera presentar sus argumentos de hecho, derecho y pruebas dentro del proceso administrativo	81	84,4
4	Las garantías al derecho a la defensa, es decir la posibilidad de pronunciarse sobre el tema sobre las oportunidades legalmente establecidas	81	84,4
5	El trato recibido por parte del personal de la CRC durante todo proceso administrativo	88	84,4
6	La posibilidad de acceder a los expedientes cuando lo necesitó	71	81,3
7	La disponibilidad del personal de la CRC para recibirlo y atenderlo durante todo el proceso administrativo	84	78,1
8	La integridad del análisis, es decir, la revisión y consideración que hizo la CRC de toda la información y pruebas allegadas al proceso	79	75
9	La revisión del cumplimiento de los requisitos de forma y procedimiento de la solicitud antes de dar inicio a la actuación administrativa	78	75
10	El apego del proceso seguido por la CRC a los términos de Ley	78	75
11	Los tiempos de respuesta de la CRC en comparación con los dados por otras autoridades bien sea administrativas o judiciales (instancias de solución de controversias en el país)	81	75
12	La integridad de la decisión, es decir, la resolución revisó todos los asuntos bajo divergencia	75	70,8

Cuadro Ilustrativo de elaboración propia. Fuente: CRC

⁹²⁵ Cuadro de elaboración propia con información proporcionada por la Entidad en respuesta al Derecho de Petición ya mencionado.

En este punto, revisadas las calificaciones dadas por los encuestados, se pudo concluir que el proceso de solución de controversias de los PRST está en el segmento que determinado como *bueno*, tanto en el 2014 como el 2015.

Sin embargo, llama la atención que varios ítems bajaron de calificación del 2014 al 2015, en particular los referidos a trato y disponibilidad del personal, aspectos procedimentales, tiempos de respuesta y los concernientes a la integralidad del análisis de la información y de la decisión.

Los resultados encontrados en la encuesta, pueden estar influenciados por una parte por el crecimiento de la entidad en funciones en relación con la planta de personal que no creció al mismo ritmo, y por otra parte, la dinámica que se está viviendo en los últimos años en el sector, en los cuales está en discusión las funciones del regulador en cuanto al límite de la facultad de resolver controversias⁹²⁶.

De otro lado, en la medición realizada, se realizaron preguntas sobre la Calidad del Servicio, en la cual participaron los PRST⁹²⁷, quienes manifestaron lo siguiente:

PREGUNTA UNO:

En el o en los procesos de solución de controversias en los que ha sido parte, ¿su empresa ha sido parte solicitante, solicitada o tanto solicitante como solicitada?

RESPUESTA: *Parte solicitante: 22%. Parte solicitada: 22%. Tanto solicitante como solicitada: 56%.*

PREGUNTA DOS:

⁹²⁶ Ley 1753 de 2015. Ley del Plan, le entrega nuevas funciones a la CRC. Esta opinión en cuanto a las causas de los resultados corresponde a quien desarrolla esta investigación.

⁹²⁷ Sobre el año 2015.

Del proceso de solución de controversia en las cuales ha sido parte, de lo que va corrido del año, todas se resolvieron a su favor o solo algunas?

RESPUESTA: *Algunas se resolvieron a su favor y otras no: 89%. Todas se resolvieron a su favor: 11%*

PREGUNTA TRES:

Cuáles son las razones por las cuales su empresa decidió llevar a cabo procesos de solución de controversias ante la CRC en lugar de hacerlo en otra instancia?

RESPUESTA: *No responden 44%. Son los mecanismos que están sobre la ley 34%. Es el trámite inicial para la solución 22%.*

PREGUNTA CUATRO:

Cuáles son sus recomendaciones o sugerencias para mejorar el proceso de solución de controversias. Profundizar. Algo más?

RESPUESTA: *Ninguna 56%. Otro 11%. Agilidad / rapidez en la solución 33%.*

Con base a la información obtenida se puede determinar que el cuestionario se orientó a conocer si los operadores se habían involucrado en una actuación administrativa, específicamente en el proceso administrativo de solución de controversias. Aunque al parecer, solo la mitad de los encuestados ha tenido un rol como tal, esta información no refleja la periodicidad en la cual se han encontrado los operadores en esta posición. Por lo tanto no se determina la frecuencia con la cual son objeto de una petición de esta naturaleza, como solicitante o solicitado.

En cuanto a las peticiones dentro de la solución de controversias resueltas a favor o en contra, se observa que en la mayoría de los casos no todos los aspectos objeto de controversia entre las partes son acogidos por el Regulador, pues además de valorar cada solicitud de las partes, su definición

siempre está atada a los fines de su función dentro del marco de la promoción de la competencia y la protección de los usuarios como autoridad administrativa.

Por lo tanto, es muy posible que frente a una petición de alguna de las partes, el Regulador actúe y resuelva en un sentido contrario a lo solicitado por las partes, pues como ya se mencionó su rol va más allá de intereses particulares.

En cuanto a las razones para acudir al Regulador para iniciar la actuación, hay un gran porcentaje que prefieren no responder, sin embargo una cuarta parte (1/4) de los encuestados consideró su solicitud como una primera etapa posiblemente dentro de la idea de una contienda larga, que se debatiría inicialmente frente a la autoridad administrativa y luego ante la autoridad jurisdiccional.

Se podría analizar que los que no respondieron a esta pregunta, pudieron hacerlo por considerar que acudir ante la CRC es un camino con mayores posibilidades de controvertir, contrario a la opción de acudir a la justicia arbitral u ordinaria, en la cual la decisión solo sería apelable. En este punto, una tercera parte (1/3) se refirió a la normatividad o ley como fuentes que contemplan esta posibilidad.

En cuanto a los aspectos a mejorar del proceso de solución de controversias, se percibió gran conformidad y aprobación, pues solo una tercera parte (1/3) de los encuestados expresó solicitar agilidad y rapidez, características que se expresaron seguramente a propósito de los conflictos que son de conocimiento público, ampliamente debatidos, influidos por los medios, y que aún no han sido resueltos de manera definitiva⁹²⁸.

⁹²⁸ Caso COMCEL-ETB por ejemplo.

2. Consulta de archivo. Prensa

Dentro de la metodología mencionada, como ejercicio de consulta de archivo se hizo seguimiento a las noticias relacionadas con esta temática. Los medios de comunicación han permitido que el tema objeto de investigación sea de amplio conocimiento por la ciudadanía en general, por personas vinculadas al sector, y aun por aquellos que sin pertenecer al sector TIC no son ajenos a la problemática⁹²⁹.

La prensa en general, además de informar, ha sumado tensión a esta coyuntura, teniendo en cuenta la constancia e intensidad con la cual aborda el tema.

Después del pronunciamiento del Consejo de Estado, en agosto de 2012, que anuló los laudos arbitrales proferidos y dejó sin efecto sus propias decisiones sobre los recursos de anulación, y a raíz de los nuevos tribunales de arbitramento que se han venido constituyendo entre el 2014 y 2015 para conocer del conflicto acudiendo al Tribunal de Justicia de Comunidad Andina para su consulta previa, se han incrementado las referencias de los medios alrededor del tema.

⁹²⁹ *En nuestras sociedades, estos canales son esenciales para el establecimiento y desarrollo de todo proceso de interacción humana. Los medios de comunicación son la materialización física de la necesidad de relacionarse entre sí que tienen todos los humanos. Mediante ellos se describen situaciones y problemas propios de nuestra realidad y, en la mayor parte de las oportunidades, se plantean análisis que contribuyen a su discusión. Los medios de comunicación permiten establecer procesos de intercambio de conocimientos y debates de carácter social.* Subgerencia Cultural del Banco de la República. (2015).

¿Qué son los medios de comunicación? Fuente:
http://admin.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/comunicacion/los_medios_de_comunicacion.htm. (Consultada en 14 de enero de 2016)

A continuación, se hace un barrido de los titulares de noticias recientes con el objetivo de mostrar los diferentes matices en torno al tema objeto de estudio, tomando como muestra diferentes medios de comunicación. Así:

¿Por qué pleito entre ETB y Movistar se falló distinto al de COMCEL? Por el mismo lio de interconexión, justicia le dio la razón a Movistar, pero lo negó a la mexicana⁹³⁰.

'Si no nos devuelve la plata, se convierte en ladrón': Petro a Slim. El alcalde de Bogotá arremetió contra el magnate por deuda de Claro con ETB⁹³¹.

ETB le gana pleito millonario a Comcel-Claro⁹³²

Claro debe pagar millonaria multa a ETB. La Sala Plena de la Corte Constitucional negó una acción de tutela con la que Comcel, ahora Claro, pretendía que se revocara un millonario pago que tiene que hacer a la ETB, y que fue ordenado por el Tribunal Andino de Justicia⁹³³.

Corte da vía libre para que Consejo de Estado dirima pleito entre Comcel y ETB⁹³⁴

Tribunal de Arbitramento falla de fondo a favor de ETB. Este es el tercer tribunal de los convocados por Comcel (Claro) ante la Cámara de Comercio de Bogotá y el segundo fallado a favor de ETB⁹³⁵.

¿Claro? En el caso de la ETB vs. Claro- Comcel, es evidente el célebre principio según el cual "de verdades a medias se construyen las grandes mentiras"⁹³⁶.

⁹³⁰Fuente: <http://www.eltiempo.comhttp://www.semana.com/tecnologia/articulo/ministro-de-TIC-david-luna-se-opone-crear-tribunales-especiales-para-telecomunicaciones/448063-3m/tecnosfera/novedades-tecnologia/pleito-claro-etb-y-movistar/15954355> (Consultada en 4 de septiembre de 2015)

⁹³¹ Fuente: <http://www.eltiempo.com/bogota/petro-le-reclama-a-slim-por-deuda-de-claro-con-etb/15713995> (Consultada en 4 de septiembre de 2015)

⁹³²Fuente: <http://www.semana.com/buscar?query=etb%20gana%20pleito%20millonario%20comcelclaro>

⁹³³ Fuente: <http://www.elpais.com.co/elpais/economia/noticias/claro-debe-pagar-multimillonaria-multa-etb>. (Consultada en 4 de septiembre de 2015)

⁹³⁴ Fuente: <http://www.bluradio.com/98619/corte-da-libre-para-que-consejo-de-estado-dirima-pleito-entre-comcel-y-etb>. (Consultada en 4 de septiembre de 2015)

⁹³⁵ Fuente: <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/tribunal-de-arbitramento-falla-de-fondo-favor-de-etb-articulo-563585>. (Consultada en 4 de septiembre de 2015)

⁹³⁶ Fuente: <http://www.portafolio.co/columnistas/claro>. (Consultada en 4 de septiembre de 2015)

Nueva decisión del Consejo de Estado en pleito entre ETB y Claro. El tribunal aceptó que Claro debía constituir caución a favor de ETB por \$ 300.000 millones⁹³⁷.

Segundo Tribunal se declara impedido para resolver pleito ETB-Claro. Comisión de Regulación de Comunicaciones deberá decidir en la demanda impuesta por la multinacional⁹³⁸.

Así mismo, se adicionan apartes de artículos de la Revista Semana:

Por Revista Semana - Tecnología. Fecha: 07/05/2015⁹³⁹

“Corte Constitucional se pronuncia en el caso de ETB contra Claro”.

El alto tribunal se pronunció. Por un lado Claro afirma que la sentencia lo favorece mientras que ETB solicita que le paguen. Más de 100.000 millones están en juego.

(...) Mientras que ETB considera que la decisión de la Corte Constitucional implica que Claro debe pagarle alrededor de 106.000 millones de pesos, la multinacional considera que la decisión del alto tribunal “ratifica que los Tribunales de Arbitramento son los competentes para dirimir la controversia entre Comcel y la ETB”

Por: Revista Semana - Tecnología. Fecha: 02/09/2015⁹⁴⁰

“El nuevo capítulo de la eterna pelea entre Claro y ETB”⁹⁴¹

Un nuevo tribunal de arbitramento se pronunció sobre el pleito entre los dos operadores. En este round la ETB tendría que pagar más de 900 millones de pesos.

(...) Esta nueva disputa se origina por hechos similares, Claro acusa a ETB por no pagar el uso de sus redes.

⁹³⁷ Fuente: <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/confirman-medidas-cautelares-contra-claro-en-pleito-con-la-etb/16339435>. (Consultada en 4 de septiembre de 2015)

⁹³⁸ Fuente: <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/segundo-tribunal-arbitral-se-declara-impedido-para-resolver-pleito-etb-claro/16469439> (Consultada en 13 de enero de 2016)

⁹³⁹ Para ver la noticia completa consultar la siguiente página web: <http://www.semana.com/tecnologia/articulo/corte-constitucional-se-pronuncia-en-el-caso-de-etb-contra-claro/426719-3>. La revista pertenece a Publicaciones Semana S.A.

⁹⁴⁰ <http://www.semana.com/tecnologia/articulo/etb-claro-la-eterna-pelea-tiene-un-nuevo-capitulo/440940-3>

⁹⁴¹ <http://www.semana.com/tecnologia/articulo/etb-claro-la-eterna-pelea-tiene-un-nuevo-capitulo/440940-3>

Por Revista Semana - Tecnología. Fecha: 29/05/2015⁹⁴²

“ETB vence a Claro en tribunal de arbitramento”

La decisión del tribunal pasa ahora a ser estudiada por el Consejo de Estado. Mientras que ETB aplaudió el fallo la multinacional de Carlos Slim se pronunció. (...)La pelea entre la ETB y Claro antes Comcel tuvo un nuevo capítulo que parece ser el definitivo. (...)Claro publicó un comunicado en el que señala: “llama la atención que los tres tribunales han tomado decisiones distintas para juzgar un mismo caso y que uno de los árbitros ya había fallado a favor de Comcel en el tribunal anterior.

Por Revista Semana - Tecnología. Fecha: 18/05/2015⁹⁴³

“ETB no descarta los tribunales de arbitramento”

Saúl Kattan presidente de ETB habló con Semana.com y aseguró que la compañía Claro debe pagarles a los bogotanos más de 259.000 millones de pesos.

Por Revista Semana - Tecnología Fecha: 21/10/2014⁹⁴⁴

“Claro gana otro round en el pleito con la ETB”

El segundo de tres tribunales falló hoy a favor de Claro por una millonaria deuda que ETB le cobra desde el 2011, (...)El Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá falló este martes a favor de Claro, declarando que no tiene porqué regresarle 33 millones de dólares a ETB. Para la ETB es inexplicable que el Tribunal haya aceptado la aplicación de una norma derogada.

Por Revista Semana - Tecnología. Fecha: 10/10/2014⁹⁴⁵

“CRC definirá deuda de Claro a ETB”

Son 230.000 millones en juego que ETB le reclama a Claro desde 2011. Hoy un Tribunal de Arbitramento se declaró incompetente y pasó el caso a la CRC.

⁹⁴² <http://www.semana.com/tecnologia/articulo/etb-vence-claro-en-tribunal-de-arbitramento/429383-3>

⁹⁴³ <http://www.semana.com/nacion/articulo/saul-kattan-presidente-de-la-etb-pide-que-claro-les-pague/428255-3>

⁹⁴⁴ <http://www.semana.com/tecnologia/articulo/claro-le-gana-una-batalla-etb/406609-3>

⁹⁴⁵ <http://www.semana.com/tecnologia/articulo/tribunal-pasa-la-crc-caso-de-la-deuda-de-claro-etb/405619-3>

(...) Por un lío que empezó en 1998 la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB le reclama a Claro.

Por Revista Semana – Tecnología. Fecha: 23/10/2014⁹⁴⁶

“La posición de ETB en su pelea con Claro”.

El árbitro del Tribunal que perdió contra Claro estaba investigado dice presidente de ETB.

(...)Un fallo del Tribunal de la Cámara de Comercio de Bogotá determinó este martes que la ETB debe pagarle 30.000 millones de pesos, junto con 20.000 millones de intereses a Claro por unos contratos de interconexión que venían desde 1998.

Por Revista Semana – Tecnología. Fecha: 30/04/2014⁹⁴⁷

“La orden judicial que Claro no acató ETB”.

La millonaria suma que ETB le reclama a Claro aumenta día a día. La firma bogotana no entiende por qué evaden el pago.

(...)En 1998, ambas compañías firmaron un contrato de interconexión, que permite que las redes de ETB se conecten con las de Comcel. Estos se basaron en la regulación vigente la resolución 87... Comcel ETB debía pagarle cerca de 65 pesos. En el 2001 el Regulador expidió la resolución 463...

Por Revista Semana – Tecnología. Fecha: 10/04/2014⁹⁴⁸

“El ABC de la pelea entre Claro y ETB”

Los representantes de ambas empresas explican el conflicto que tienen hace casi 20 años por 215 mil millones de pesos.

...Semana.com habló con Hilda María Pardo representante de Comcel Claro y con Saúl Kattan presidente de ETB para entender la discusión.

Por Revista Semana – Tecnología Fecha: 23/09/2015

⁹⁴⁶ <http://www.semana.com/tecnologia/articulo/etb-presenta-su-posicion-en-su-pelea-con-claro/406835-3>

⁹⁴⁷ <http://www.semana.com/tecnologia/novedades/articulo/la-orden-judicial-que-claro-no-acato/385444-3>

⁹⁴⁸ <http://www.semana.com/tecnologia/novedades/articulo/el-abc-de-la-pelea-entre-claro-etb/383282-3>

“Ahora un tribunal pone a la ETB a pagarle a Claro”⁹⁴⁹

La batalla entre ETB y Claro tuvo un nuevo round un fallo del Consejo de Estado obligaría a pagar a la empresa bogotana 53.000 millones de pesos. Esta guerra jurídica tiene confundida a las autoridades.

(...) El interminable lío jurídico que han protagonizado la ETB y Claro parece no tendrá un final tan feliz para las arcas del Distrito, como lo preveía la administración (...) su participación accionaria. Según determinación del Consejo de Estado sería la ETB la que tiene que cancelarle 53.000 millones de pesos a su enfrentada y no al revés.

Para cerrar, se presentan palabras comunes de las noticias anteriormente citadas: *“conflicto”, “disputa jurídica”, “confusión”, “discusión”, “norma derogada”, “batalla”, “nuevo round”, “millonaria deuda”, “tutela”, “tribunal arbitral”, “guerra jurídica”, “se declara incompetente”, “caución”, “nueva decisión”, “pleito”, “verdades a medias”, “Tribunal Andino”, “Corte Constitucional”, “Consejo de Estado”, “fallos distintos”, “el mismo lío”, “revocar pago millonario”,* entre otras, que nos muestran un panorama litigioso dentro del sector de las telecomunicaciones y negativo para futuros actores que deseen entrar a participar en el mercado de las TIC.

Se pone en evidencia que el lenguaje empleado por los medios de comunicación es jurídico, de la mano de metáforas que hacen referencia al contenido de la problemática, con una mayor fuerza. Se percibe en las expresiones que se encuentran en las noticias seleccionadas, palabras y frases sobre el tema central de interés de esta investigación, que logran transmitir que estamos ante una gran contienda, en la cual además de las partes implicadas, otras también se encuentran afectadas, como por ejemplo la administración de la ciudad capital.

⁹⁴⁹ <http://www.semana.com/tecnologia/articulo/claro-vs-etb-ahora-un-tribunal-pone-la-etb-pagarle-claro/44356-7-3>

Las noticias tomadas como ejemplo en esta investigación entre otras, exponen gran confusión e inseguridad en el futuro cercano alrededor de las controversias entre dos operadores de telecomunicaciones en nuestro país. Los términos “*Guerra jurídica*” y “*lío jurídico interminable*” ilustran esta gran disputa.

CAPITULO SEGUNDO. LA PERSPECTIVA DE LOS PROVEEDORES DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y DE LA ACADEMIA

En este punto se encuentran las opiniones de los frentes escogidos cuya selección obedeció a la Industria y a la Academia, por considerar que tienen enfoques diferentes y como punto en común, el estar por fuera del ámbito estatal, en primera medida, para luego conocer en el siguiente capítulo el sentir de aquellos actores que se encuentran dentro de las ramas del poder público.

1. Frente de la Industria (PRST)

A continuación se transcribe la entrevista de una profesional que hizo parte de un operador de telecomunicaciones, con amplia experiencia en interconexión.

ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA - PRIMERA ENTREVISTA

Entrevistada: Juana del Pilar Duque Alonso (JPDA). Abogada. Consultora Independiente. Docente de Derecho de las Telecomunicaciones. Trabajó por más de 12 años con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá.

Fecha: 9 de septiembre de 2015

Modalidad: Presencial.

PREGUNTA: ¿Qué opinión tiene sobre la facultad de solucionar controversias que tiene el Órgano Regulador de las telecomunicaciones en Colombia?

(JPDA): Atendiendo el compromiso adquirido y retomando la conversación del pasado miércoles 9 de septiembre, procedo a suministrar mi opinión respecto de la competencia de la CRC para la solución de conflictos en materia de interconexión, así:

Desde mi punto de vista y por el hecho de haber podido participar directa e indirectamente en los conflictos que en materia de interconexión – cargos de acceso - ha tenido ETB LD, empresa en la que trabajé aproximadamente 12 años, con Claro, es la CRC la entidad competente para resolver todos los conflictos que se susciten en materia de interconexión entre los proveedores de redes y servicios de

telecomunicaciones desde el punto de vista jurídico, técnico y financiero, derivado obviamente de la propia ejecución de los contratos o servidumbres de interconexión, así como de la aplicación de las normas regulatorias de carácter general que se profieren y tienen incidencia en los contratos.

La facultad de solución de conflictos o de controversias a cargo de la CRC deviene de la Ley 142 de 1994 (puede tener fundamento jurídico anterior la función propia) cuando fue creada la Comisión de Regulación, la cual resultó ratificada con el Decreto 1130 y afianzada con la Ley 1341 de 2009. Facultad esta que encuentra también sustento en las decisiones y/o resoluciones emitidas por la CAN en la materia, aceptadas por Colombia como miembro activo de la Comunidad.

Ahora bien, entendiendo la interconexión como un todo que se compone de elementos jurídicos, técnicos y financieros, y encontrándose dentro de este último componente, los cargos de acceso o la remuneración de la red por efectos del tránsito de los servicios, la CRC ha definido desde el punto de vista regulatorio las modalidades de remuneración con una unidad base (minuto o enlace) y las tarifas máximas a ser remuneradas dependiendo del tipo de interconexión que para el efecto se establezca. Con base en esto y acogiendo la facultad en mención, la CRC al conocer de un conflicto en materia de cargos de acceso, esto es, de interconexión, debe no sólo como lo ha hecho hasta el momento definir la modalidad y el valor máximo aplicable, sino también establecer el quantum que resulta de efectuar el cálculo de la decisión por ella adoptada, determinando además la fecha a partir de la cual debe realizarse el pago que resulta a cargo del proveedor interconectado en este caso; esto en todo caso, sin considerar que el establecimiento del quantum hace parte de una facultad netamente jurisdiccional.

Lo anterior, por cuanto desde mi perspectiva a la CRC se le otorgó tal facultad para hacer más expedito, ágil, especializado y eficaz el tratamiento de los conflictos que en esa materia surjan entre los agentes activos del Sector de las TIC, aunado esto al criterio de especialidad que comporta el propio sector y por ello el establecimiento de políticas públicas encaminadas a fortalecerlo a través del ejercicio de la potestad regulatoria del Estado. El sector de las TIC se rige por el Derecho de las TIC, el cual tiene algunas incidencias del Derecho Administrativo por la naturaleza propia de la Entidad en la que se radicó tal potestad, pero no es netamente Derecho Administrativo, es un sector único con un régimen especial al cual se le otorgó al Ente Regulador la facultad de solución de conflictos en materia de interconexión en forma integral, creándose así para el Sector TIC un “Método Alternativo de Solución de Controversias”.

Tal indecisión o falta de interiorización del alcance de sus funciones por parte de la CRC, insisto, como única entidad competente, es lo que ha

generado que otras autoridades como los tribunales de arbitramento asuman la competencia para resolver conflictos en una materia que no les corresponde, generándose con ello una inestabilidad jurídica en torno a los resultados de cualquier proceso que en esta materia surja, pues de hecho lo que conllevan estas nuevas decisiones – Laudos, es el desarrollo de nuevos conflictos que muy seguramente avizorarán los agentes del sector, esto es, los proveedores de servicios de telecomunicaciones.

ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA - SEGUNDA ENTREVISTA

Entrevistado: Gustavo Adolfo Cala Ardila (GACA). Abogado. Consultor Independiente. Docente Derecho de las Telecomunicaciones. Trabajó por más de 14 años con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB).
Fecha: 24 de noviembre de 2015
Modalidad: Presencial.

PREGUNTAS: ¿Qué opinión tiene sobre la facultad de solucionar controversias que tiene el Órgano Regulador de las telecomunicaciones en Colombia? Sobre la facultad de solución de controversias de la CRC entre los PRST, ¿cuál es la solución para salir del círculo vicioso de tribunales, recursos de anulación e interpretaciones, en el que hoy estamos?

(GACA): Yo personalmente, no creo que la solución esté en la Comisión de Regulación de Comunicaciones, como existe ahora. Creo que la Comisión no va a resolver absolutamente nada. La Comisión no está en capacidad para absorber una competencia y para manejar unos conflictos de esta naturaleza; involucra demasiadas instancias, y tiene muchas aristas que la Comisión como cuerpo técnico no puede manejar. Pongo un ejemplo: no sé si ahorita entre German Darío que es economista, Wilches que es un ingeniero, y esta señora Beatriz, que creo que nunca ha estado en el mundo del litigio.

Tres comisionados que finalmente serían los que resuelvan y tendrán sus asesores, pero al final son los que resuelven sobre un tema, que involucra cientos de millones de dólares.

No creo que la solución sea como se está dando, que la Comisión dé el punto final sobre esto.

La Comisión está diseñada para tener... y cuando se trabajó la Ley 1341 de 2009, los temas en telecomunicaciones son inmediatos, las facultades que le dieron a la Comisión, fue precisamente porque tenía una capacidad de resolver conflictos que estaban ya, entonces si a usted le dicen que una antena no se pone y el pueblo está sin servicio, es una cosa que se tiene que resolver en 30 días, que un conflicto de interconexión se tendría

que resolver en 30 días, porque hay un operador o una ciudad que se está quedando sin servicio.

Las facultades de la Comisión están dadas para resolver sobre lo que ellos conocen y de manera inmediata.

Las facultades de la Comisión no están dadas para resolver pleitos de 15 años atrás, es perder la naturaleza de lo que yo quería como función de regulación, lo que yo quería como un ente experto, no creo que la solución vaya a ser, cuál va a ser, ahora que está de moda el tribunal de aforados, tendría que crearse algún tipo de tribunal.

La mejor solución sería que los operadores finalmente lleguen a un acuerdo. Que el mismo sector dijera tenemos que llegar a un acuerdo sobre esto, así sea entre nosotros mismos, decidiendo cómo se va a hacer y cerrando los pleitos.

No creo que la Comisión lo vaya a resolver, y creo que en este momento estamos en el peor de los mundos, porque volvimos a dar otra solución, que era muy importante y nunca la tomaron,... qué pasó con la modificación de las normas andinas; al final nunca el Gobierno tomó la decisión, y hay un poco de irresponsabilidad, pues eran normas de interconexión que databan de más de 15 años, cuando la interconexión era totalmente diferente.

La Comisión ha cambiado dos veces, cuando vino la modificación del 1130, vino la modificación de la Ley 1341, y las normas andinas nunca cambiaron, entonces, ha habido una irresponsabilidad estatal, entonces una solución digamos fácil sería, voy a la Comunidad y modifico la norma de telecomunicaciones y doy una salida para que estos pleitos que vienen de atrás se solucionen.

Qué pasa ahora con los cobros, cuando los procesos dejen de ser puramente declarativos quién los va a ejecutar, porque vemos que hay una decisión específica, donde el título ejecutivo entra directamente y eso no tiene que ver con lo demás, entonces desde mi concepto yo creo que se está desnaturalizando la Comisión, sus decisiones. No creo que la Comisión esté diseñada para resolver pleitos de 15 años atrás, creo que la Comisión sí puede resolver conflictos, que requieren esa inmediatez, para que el servicio público fluya, y en este sentido, sí se requiere una reforma de las Comisiones de regulación, pero no enfocada a que pueda resolver estos pleitos de años atrás, sino a que pueda tener un poco más de dientes, para resolver los que va a tener ahora, lo que puede asumir de aquí para adelante.

PREGUNTA: ¿Usted creería que la Comisión debería tener funciones de naturaleza jurisdiccional?

(GACA): Yo no creo que las debería tener, pero sí debería tener dientes, y eso lo puede hacer con facultades sancionatorias. Es diferente tener facultades jurisdiccionales que es a lo que la gente le tiene miedo, a funciones de juez. Más que las funciones jurisdiccionales, unas funciones para que sus decisiones las pueda hacer cumplir, darle unas funciones específicas sancionatorias, unos dientes para que pueda hacer cumplir sus propias decisiones. Ejemplo: usted no cumplió la interconexión en 45 días, lo sanciono.

En la medida que esto haga carrera, se puede tener un ente especializado interesante.

PREGUNTA: ¿Es necesario crear un tribunal especial para que asuma estos conflictos?, o ¿considera que debería subsistir la posibilidad de convocar tribunales de arbitramento?

(GACA): Partamos de por qué los tribunales no pueden conocer, cuál es la razón. Una es la norma andina, que me decían que tenía que ir todo a la autoridad nacional de telecomunicaciones, y dos, es una autoimputada facultad de la Comisión, donde me restringe un poco.

Es muy fácil cambiar una norma andina, requiere alguien sepa y diga aquí hay un desorden, modificar dos artículos. Se sigue dando vueltas sobre una cosa que se podía arreglar hace 10 años.

Requiere una línea jurisprudencial clara, pues todas las entidades han tenido su propia posición, y no entienden el mundo de las telecomunicaciones. Primero no entendían el mundo de las normas andinas, y después se enredaron con el mundo de las telecomunicaciones, cómo va a pasar con el de infraestructura.

PREGUNTA: ¿Qué opina de que se elimine el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009?

(GACA): Yo sí creo que la Comisión debe tener la facultad de resolver controversias, pues este es un servicio público; en telecomunicaciones no es como en acueducto que las cosas se pueden demorar. En telecomunicaciones, todo requiere una inmediatez, y la única que podría definir determinados conflictos, es precisamente la Comisión, con una inmediatez, que le sirva para además de ser Reguladora, hacer cumplir su propia regulación. Ejemplo imagínese que llegue un operador que requiere acceso a una antena, y se les ocurra cobrarle por el acceso un valor (...), y yo tenga que ir ante un juez para que me defina eso, o incluso a un tribunal de arbitramento.

La Comisión tiene unos plazos para decidir. Yo no creo que se le debería quitar, debe ser a lo que es, a su naturaleza. Su naturaleza son las

telecomunicaciones, que fluyan, la infraestructura, las instalaciones esenciales.

Entonces eso es lo que tiene que hacer la Comisión, ahora la línea entre lo regulatorio y lo contractual, serán las definiciones asociadas, las que me dicen que es lo importante en telecomunicaciones, y que está asociado a servicio público.

2. Frente de la Academia

A continuación la transcripción de las entrevistas realizadas a los Profesores y, en general, a profesionales que ejercen la docencia dentro de sus principales actividades. Del grupo de entrevistas realizadas se tomaron cinco entre Profesores nacionales e internacionales, dentro de las que se menciona el aporte del Profesor Jose Esteve Pardo de España.

ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA - PRIMERA ENTREVISTA

Entrevistado: Edgar González López (EGL)⁹⁵⁰. Director Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones.

Institución: Universidad Externado de Colombia.

Fecha: 6 de febrero de 2014.

Modalidad: Presencial.

PREGUNTA: ¿Qué opinión tiene sobre la facultad del Órgano Regulador de las telecomunicaciones de solucionar controversias entre operadores?

(EGL): Es una de las buenas funciones que tiene la Comisión e importantísima, pues antes de llegar al debate judicial, que la Comisión haya podido resolver los conflictos, es una función innovadora, es una

⁹⁵⁰ Se destaca en esta entrevista que a fecha del año 2014, el Profesor Edgar Gonzalez López era el Director del Departamento de Derecho de Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia dos décadas. El Profesor Gonzalez, aparte de Académico tiene gran experiencia como Árbitro, y como Abogado. Actualmente es Consejero de Estado de la Sala de Consulta y Servicio Civil desde el año 2016.

función que no se conoce mucho, que en derecho administrativo que generalmente no la tienen las administraciones para que a los particulares les resuelvan el conflicto y que en cuanto a la eficacia y eficiencia es un tema fundamental, que haya problemas y que haya conflictos, pero ha evitado que se vuelva un sector lleno de demandas judiciales a toda hora y que los conflictos se demoren años para poderlos resolver y además tienen la idoneidad, vale la pena ver el Rapport del Consejo de Estado de 2010 donde hacen no solamente un análisis jurídico sino toman entrevistas a los operadores y les preguntan qué opinan, (...) lo que dice el Rapport en el informe final, es que la mayoría de los operadores estuvieron de acuerdo en las funciones que tenía la Comisión incluidas la resolución de conflictos, porque es una medida rápida para solucionar problemas, que además tiene la idoneidad y la especialidad que le permite resolver problemas, ahora que se equivoque, claro que se puede equivocar. Si la Comisión no existiera, el sector hubiera retrocedido en el tiempo.

PREGUNTA: ¿Cuál considera que es el parámetro para decidir?

(EGL): Siempre se ha dicho que la función de la Comisión es promover la competencia, si bien la función es eso, cuando resuelve un conflicto no es que deje de ejercer la función sino que tiene que actuar en derecho. En la solución de controversias tiene unas peculiaridades, que no se aplican por ejemplo cuando la administración expide un acto particular o expide un acto general, sino que en ese conflicto ella tiene que actuar bajo los mismos parámetros del juez, entre ellos aplicar derecho, debido proceso, a veces se dice que tiene unas peculiaridades, unas particularidades que no las tienen las otras funciones de la Comisión por eso es que es tan importante analizar ese tema de resolución de conflictos.

Es un poco la crítica a la Directiva del 2001 de la Unión Europea, que contempla que se tendrá en cuenta siempre para actuar lo que más convenga a la libre competencia, y es lo que más convenga al ejercicio del derecho, es un típico juez con función administrativa pero actúa como si fuera un juez, bajo los parámetros de juez y la misma crítica se le puede hacer a la Ley 1341 de 2009, o a la misma Ley 142 de 1994, que para evitar los monopolios, que proteger la competencia, pero cuando resuelve conflictos, así, la resolución implique que no tiene la razón, puede darle duro al operador pequeño, y puede sacarlo del mercado. La gran conclusión es que el Regulador tiene parámetros distintos para el ejercicio de la función administrativa de resolución de conflictos.

PREGUNTA: ¿Qué aspecto en concreto considera usted que no puede ser objeto de decisión del Regulador en un tema de solución de controversias?

(EGL): En temas exclusivamente patrimoniales, y hay que tener mucho cuidado que a veces las decisiones de la administración, las decisiones de la Comisión naturalmente van a tener efectos patrimoniales, pero en ese mix siempre habrá que mirar que es lo más fuerte, que tiene más intensidad, cuando toma esa medida, la intensidad está metida más en el interés general, o en el efecto económico de la decisión, cuando me pronuncio sobre cargos de acceso, es clarísimo que tiene un efecto patrimonial grandísimo, pero en el fondo prima o primaria, cuando la Comisión se mete en este tema, es la función del interés general de no poner cargos de acceso muy altos, que se orienten a costos eficientes y además que no saque del mercado a los operadores. Entonces se diría cargos de acceso tiene parte económica y también interés general ¿cuál prima?, la Comisión toma fundamentalmente en cuenta el interés general, si la Comisión no definiera cargos de acceso y no pudiera intervenir, se afectaría mucho el interés general, ahí debería ser competencia de la Comisión. A veces no es fácil la decisión, pero cuando tenga efecto patrimonial exclusivo o preponderante, no sería competencia de la Comisión.

Tengo una duda grande por ejemplo en cargos de acceso, cuando la Comisión ya se ha pronunciado sobre la manera de interpretar una norma, a uno le queda la duda de si es un juez imparcial, juez administrativo, juez de función administrativa, para resolver el conflicto cuando ya ha definido una posición a veces en conceptos, o en opiniones, o en caso particular y queda como precedente.

(...)

Realmente no ha sido un tema muy cuestionado ratificar la constitucionalidad de estas funciones, la única sentencia es la C- 186 de 2011 que si puede resolver conflictos, mantener esa línea de precedente de que si puede tener la facultad, ha habido unos cuestionamientos, hay salvamento de voto de la Dra. Ruth Stella (T 158/ Movistar) que dice que resulta extraño y hasta qué punto resulta inconstitucional que una Comisión de éstas con función administrativa, pueda resolver conflictos entre particulares.

Hay una corriente muy fuerte en ese sentido, que mantiene mucho la administración clásica, por eso es importante consolidar esa función.

Y otro tema fundamental, es el tema del precedente. No se trata de un precedente que obligue, pero si una divulgación de cuál es el criterio de la Comisión y establecer un sistema de controles, por ejemplo, si usted va a cambiar el precedente tiene que decirlo expresamente. Tiene que explicar por qué cambia el precedente, tener en cuenta una serie de parámetros. El tema de lo que conversábamos con el profesor español Montero Pascual tiene que justificar su decisión, tiene que motivarla, explicar, por ejemplo, por qué una parte tiene la razón y la otra no. Y la

divulgación del criterio que están aplicando y porque lo están aplicando, que es lo que falta.

Otro tema la independencia de los órganos, de los miembros de la Comisión que no la tienen, si para resolver conflictos a un juez se le presume la imparcialidad y la independencia, un miembro de la Comisión sigue dependiendo de la rama ejecutiva.

PREGUNTA: ¿Cómo se lograría una mayor independencia? ¿Cree que el período fijo contribuye a tal fin?

(EGL): Sí ayuda un poco que el organismo no sea adscrito al ministerio, que el ministro no haga parte de la Comisión, un ministro que hace parte de una Comisión que resuelve conflictos, porque además puede haber muchas veces Órganos que tengan participación pública, como garantiza que el ministro no va a favor de la pública o aun de la privada, el tema de la neutralidad..., ahí se ve muy claro el tema de la independencia. Es fundamental que tengan independencia.

Lo que pasó hace unos 8 años, en el tema de los celulares, el tema de los móviles que hubo toda la discusión si podría la Comisión regular el cargo fijo – móvil o la tarifa fijo- móvil, y el Ministerio estaba en contra porque afectaba a los operadores móviles.

Que estos ministros le han dado hasta cierto punto independencia a la Comisión, es cierto, pero la estructura no da para eso.

ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA- SEGUNDA ENTREVISTA

Entrevistado: Aníbal Rafael Zárate (ARZ). Docente Investigador.
Departamento Derecho Administrativo
Institución: Universidad Externado de Colombia
Fecha: 7 de febrero de 2014
Modalidad: Presencial

PREGUNTA: ¿Qué opinión tiene sobre la facultad de solucionar controversias que tiene el Órgano Regulador de las telecomunicaciones en Colombia? ¿Cuál es su percepción sobre este tema en general?

(ARZ): En el momento hay una inseguridad jurídica para los operadores, pues no saben cuál es la postura que hay, por ejemplo si yo soy otro operador tercero en el mercado, yo quisiera saber cómo se decidió un

caso, y cómo se decidió ya y se resolvió un caso y de manera definitiva, para ajustar mis propios comportamientos en ese mercado.

Hay un alcance de esa solución de conflictos, en la medida que pues una manera también de yo decirle al mercado, cuál es la posición de la autoridad técnica y cómo los agentes del mercado para tomar una decisión se organizan y se ajustan a ese comportamiento.

PREGUNTA: ¿Usted cree que esos agentes del mercado confían en el Órgano Regulador?

(ARZ): Pienso que confían, pero hay que diferenciar la regulación ex ante, en las reglas que ponen, tiene una legitimidad que ha demostrado, es técnico en poner las reglas, pero creo que en el momento que ya aplicarlas a un caso concreto de resolver un conflicto, ahí es donde principalmente surgen las mayores dudas de los agentes económicos.

Habría que diferenciar qué es eficaz en los estudios que hace, pero de pronto ya al momento de aplicar a un caso concreto, al resolver una controversia, no sé si es por los intereses que hay en juego, es muy difícil, lograr una decisión técnica y eso sí pone en duda su legitimidad.

PREGUNTA: ¿Cree que el Órgano Regulador tiene independencia?

(ARZ): No es independiente, es autónoma, tiene autonomía legal. No es independiente porque no cumple con las garantías de independencia que tiene las autoridades.

PREGUNTA: ¿Cuáles serían las garantías de independencia?

(ARZ): Sus miembros tienen un periodo fijo, pero no se sabe si se puede remover o no porque nunca ha pasado un caso de esos en Colombia.

PREGUNTA: ¿Cuál sería el caso?

(ARZ): Que lo quiten antes de que cumpla el periodo, por ejemplo, porque va contrario a la política del gobierno nacional, como hay un control de tutela que se ejerce sobre esos organismos, pues son organismos adscritos, hacen parte de la rama ejecutiva, ese es otro criterio, esos no están por fuera de la rama ejecutiva como el Banco de la República. Tienen control de tutela sobre ellos.

PREGUNTA: ¿Debería entonces ser un organismo no adscrito?

(ARZ): Tiene un alto grado de autonomía, tiene más autonomía que una Superintendencia, por ejemplo, a pesar de no tener personería jurídica, entonces no tiene patrimonio propio, también es una manera de controlarlo, hay una serie de factores, pero tienen un periodo fijo sus miembros, entonces en el principio están en el mandato hasta que termine el mandato, pero nunca ha pasado un caso como Estados Unidos que pasó en 1935 (...)y dijo que el presidente a pesar de ser el jefe de la autoridad de competencia y de tener esta un mandato, lo quiso remover, y ahí la Corte le dijo no puede removerlo, eso nunca ha pasado en Colombia y uno no sabría qué pasaría si puede o no puede, o el Legislador quiso que fuera sobre todo el periodo, ahí hay una duda que queda, y hasta tanto no se resuelva tienen un alto grado de autonomía pero no tiene la independencia como tal porque no hay claridad para eso, tiene alguna garantía de independencia por eso tiene niveles de autonomía, pero no tiene la garantía total de independencia, para decir es independiente.

PREGUNTA: Hablando de eficacia, ¿la calificación de eficaz se le otorga a un organismo o una decisión de este? ¿La CRC es eficaz o lo son sus decisiones?

(ARZ): Las dos cosas son válidas, una en cuanto al desempeño, gestión, política, funciones que tiene que cumplir la entidad, y cómo las cumple, si las logra, y las logra con los mejores recursos, si las logra de manera eficiente, en un periodo razonable, que obedezca a las expectativas de los agentes del mercado, en un sector dinámico como tal, etc., hay una legitimidad, legitimidad por eficacia en la gestión global de resultados. Luego, pues ya también se puede medir individualmente una decisión, es decir la decisión es eficaz o no, pero qué tiene que ver con la eficacia de la medida o del derecho, de cómo se interpreta y de cómo se aplica.

¿Y en cuanto a eficiencia?

(ARZ): La eficiencia es una noción de gestión de resultados, hacer lo máximo en el menor tiempo posible con los menores recursos posibles, pero entonces es distinta a la eficacia. La eficacia está a que se cumplan los fines, a que se cumpla la medida que toma, que tenga un alcance en el mercado como debe tenerlo.

PREGUNTA: ¿Cree que finalmente la CRC puede resolver estas controversias contractuales que se presentan entre operadores?

(ARZ): En principio tiene capacidad técnica para hacerlo, ahora no sé hasta dónde va el alcance los poderes que tenga. Una cosa es tener las facultades para hacerlo, pero no sé hasta dónde va el alcance de los poderes que tiene. De nada vale por ejemplo si toma una decisión y esa

decisión no se cumple por parte del mercado, o es meramente indicativa, si no tiene una eficacia como tal, o si las sanciones que impone son eficaces o no. Si, por ejemplo, las sanciones son irrisorias no sirve de nada que las haga, le conviene más al operador pagarlas que cumplirlas.

ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA - TERCERA ENTREVISTA

Entrevistado: Camilo Perdomo Villamil (CPV). Docente Investigador.
Departamento Derecho Administrativo
Institución: Universidad Externado de Colombia
Fecha: 7 de febrero de 2014
Modalidad: Presencial

PREGUNTA: ¿Considera que la discrecionalidad técnica del Órgano Regulador frente al control jurisdiccional de sus decisiones hace que el juez dé un tratamiento deferente y falle en la misma línea que la autoridad administrativa?

(CPV): Sí, puede ser, si el juez no opta por hacer uso de un análisis pericial, hacer uso de la prueba pericial para tener un sustento para tomar la decisión final, podría ser que simplemente se dedique a aceptar la decisión técnica que tomó la administración, so pretexto de no tener los conocimientos.

El punto central está en si la facultad que tiene la administración, la cual va a ser objeto de control por parte del juez, puede ser considerada como una actividad meramente discrecional o reglada y que el juez tenga claro la decisión que finalidad busca. Entonces, un punto medio es la posibilidad de que el juez o el Órgano jurisdiccional que va a hacer la revisión de esa decisión, tenga presente la finalidad, y esa finalidad es siempre la protección y consecución de los fines que se predicen del Estado y el interés general.

Entonces, sobre esa base podría el juez también apartarse de esas concepciones técnicas y mirar más bien una valoración de índole más macro.

Si se está fallando sobre una competencia discrecional, se dice que sí es puramente discrecional, el contencioso tiene facultad de anularla pero no de sustituir la decisión, mientras que cuando es una facultad reglada, el contencioso puede, además de anularla, sustituir la decisión. En una facultad reglada de la administración puede anularla y restablecer el derecho.

Entonces el inconveniente es determinar cómo el juez aborda esos casos. El contenido del conflicto que se está resolviendo es el que podría decir es reglado o no.

Por ejemplo, en temas meramente técnicos, como cuál es la mejor infraestructura, la fijación de precios a qué criterios atiende intereses objetivos, o cual tecnología es mejor, cuál banda es mejor, 4G, 3G son conceptos técnicos que dictan la ciencia y la tecnología. Ese acto administrativo, que tiene un contenido meramente técnico, está catalogado como discrecionalidad técnica. El contenido del acto determinará si la facultad en virtud de la cual expido es reglada o técnica. Entonces, toda la elaboración del concepto de discrecionalidad técnica gira en torno a la posibilidad eventual que tiene el juez de controlar esa decisión. Algunos dicen que el juez debería controlar hasta donde sus facultades se lo permiten, la tecnicidad se dejaría en manos de la administración en un margen cognoscitivo de la administración de esa tecnicidad, ya a aspectos muy puntuales.

ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA - CUARTA ENTREVISTA

Entrevistado: José Esteve Pardo (JEP). Profesor de Derecho Administrativo

Institución: Universidad de Barcelona - España

Fecha: 8 de septiembre de 2014. Profesor Invitado a la Universidad Externado de Colombia.

Modalidad: Presencial

PREGUNTA: ¿Cuál es su opinión sobre la facultad de resolver controversias del Órgano Regulador de las telecomunicaciones?

(JEP): Todos estos temas de la regulación y de los sectores regulados, hay que verlos bien de donde proceden, y estos sectores regulados en realidad, de lo que se están encargando por lo general es de servicios de interés general, y ahora están gestionados por particulares, según se dice operadores particulares, según se dice en régimen de competencia. Es claro que lo que tiene que producirse es un régimen de extensión del derecho privado a las relaciones entre particulares. Porque esas relaciones entre operadores no son solo relaciones privadas, sino lo que resulta de esas relaciones entre operadores, será un servicio de mejor calidad, de más y mayor accesibilidad.

Entonces, yo creo que esta es una de las tendencias hoy en día del derecho público. Y es un derecho que no solo se aplica a sujetos públicos, o a relaciones de sujetos públicos con sujetos privados, sino que también se está extendiendo y se va a extender a relaciones entre particulares en

la medida que de esas relaciones depende y están presente dimensiones públicas.

En tema de telecomunicaciones, por ejemplo, todos los contratos y relaciones, situaciones de fijación de precios, entre los operadores, con todos los temas de interconexión de redes, etc., en esos contratos ya hay o puede haber una intervención del Regulador, para establecer condiciones de tal manera que un operador pues no tenga una posición dominante que acarree imponiéndose sobre los otros, y aquí es donde tiene el sentido, esa actividad que a veces se ha llamado arbitral del Regulador en relaciones entre operadores, en principio. Desde el punto de las categorías jurídicas, sería una relación improcedente, pues hay dos operadores privados, qué tiene que decir la administración, o qué tiene que decir el Regulador, de los precios que ellos se margen o ellos se fijen, porque todos estos sectores son sectores en los cuales la competencia no acaba de funcionar, ni funcionará libremente, porque hay operadores que ostentan posiciones muy distintas, algunas que vienen de las posiciones de privilegio de antes. Entonces ese es el sentido de la regulación, conseguir que la competencia se articule, y se equilibre. Ahí es donde tiene sentido, la intervención de la administración, que efectivamente es una actividad administrativa, pero una actividad administrativa nueva. Tampoco es propiamente una actividad arbitral, es una extensión del derecho público a particulares, esto se está dando mucho, que en un proceso de privatización, el Estado y los poderes públicos han perdido el control sobre toda una serie de sectores que se han entregado al mercado. Ahora, en un proceso estos sectores no son tan privados y estos operadores no son tan privados como los que produce estas mesas, no es lo mismo. Entonces ahí lo que tiene que haber es un proceso de extensión del derecho público, a estos operadores. No es propiamente una actividad arbitral, es una actividad diríamos de supervisión, de corrección de desequilibrios, entre particulares.

PREGUNTA: ¿Cuándo los operadores someten su controversia al Regulador, la decisión del Regulador debe estar orientada por algún interés adicional al de las partes?

(JEP): Debe atender a los intereses generales que están en juego. Hay tres partes, el operador A y el operador B, y luego el interés público que hay que atender. El juez no puede solo guiarse por la relación estricta entre ellos. Sino el interés público, es decir cómo va a quedar atendido el servicio, por este acuerdo de estas partes. No solo son las dos partes en controversia, sino también el interés público que hay que atender.

PREGUNTA: ¿Hasta dónde se puede pronunciar el Regulador? ¿Hasta dónde van la decisiones de la autoridad en la relación contractual?

(JEP): La intervención cuando es ley, cuando hay régimen legal y el juez ordinario cuando es régimen contractual.

Ahora las regulaciones legales se están desvaneciendo y se está imponiendo el contrato. Acabo de subir un artículo que se titula "De la ley al contrato", así se abre la desigualdad. Todo lo que antes era regímenes generales, estatutarios en materia de servicios sociales, todo eso, hoy en día se está privatizando, y entonces el particular lo que no tiene es una sujeción estatutaria con unos derechos que le confiere la ley, sino lo que tiene es una situación contractual, que es la que entablo con el operador.

Decir: No te metas en el contrato está muy bien, si el contrato se hubiese quedado donde tenía que estar, entonces ahora el contrato está entrando en sectores como por ejemplo estos del servicio público, que no puede estar todo fiado al contrato, porque entonces ahí lo que se llega es a un régimen de desigualdad, desigualdad de contratación, porque hay uno que está en posición fuerte que no tiene la otra.

Todo estaría bien, si tuviésemos una correlación entre ley y contrato, que estuviese un poco ordenada.

Hubo un momento, por ejemplo, en Estados Unidos cuando se dio el gran crash del 29 y Roosevelt comenzó a llevar a cabo programas sociales y a introducir los derechos sociales de los trabajadores, horarios de trabajo mínimos y máximos, todo eso llegó enseguida a la Corte Suprema de Estados Unidos, que al principio se cargó todas estas reformas, al decir, "no, este es un tema contractual, lo que pactan el trabajador y el empresario, es un tema contractual y ahí no debe intervenir el legislador". Luego eso se corrigió.

Pero ahora estamos un poco al revés, estamos en el camino de vuelta, ante toda una serie de situaciones, de derechos, de garantías, de prestaciones, que se ha conseguido, un régimen legal igualitario, que todo eso se está yendo abajo y se están introduciendo en cambio un régimen contractual. Entonces que digan que en el contrato no puedes entrar, ahora depende sobre qué materia sea.

Decía antes esta jurisprudencia de los años 30, "no, en un contrato entre empresario y trabajador no se pueden meter", ahora los contratos entre empresarios y trabajadores están regulados por una serie de leyes hay un marco, hay unos mínimos, claro si todas esas leyes van desapareciendo y se va imponiendo el contrato, al final ya no habrá atención a intereses públicos, ni derechos sociales.

Eso de que es contrato está muy bien, si el contrato tuviese su espacio. Pero es que hoy en día los grandes espacios de las grandes conquistas sociales, se están entregando al contrato, y ahí o hay algún tipo de regulación legal o jurisprudencial que se pueda intervenir, para determinar abusos o si no nos vamos a un régimen, al feudalismo otra vez. Todo eso está por construir.

PREGUNTA: Sobre las funciones del Regulador, ¿usted cree que esta autoridad administrativa legisla?

(JEP): Sí claro, hacen un poco de todo, con ellos interiorizan las tres funciones, la normativa, la administrativa, la jurisdiccional.

Así como en ese tema que veíamos de los riesgos, aparte de lo que diga la ley, hay unas referencias muy importantes, por ejemplo, que es lo que diga la ciencia, si la ley dice esto está permitido, es un buen producto pero si ahí la ciencia dice categóricamente, esto es perjudicial para la salud, si ahí lo dice. En el sector de la regulación hay un componente que está, que no es la ley, y que han de ser los Reguladores, los que lo valoren y concreten, que ha de ser el mercado.

Es un mercado segregado, pues hay unos operadores que tienen una posición muy fuerte, que si se dejan, esos operadores van a poner precios muy altos, o condiciones muy estrictas, o eliminan a otros, o es contrario a la accesibilidad y al servicio. Esa es la función del Regulador, la interpretación del mercado, la adecuación de todo un régimen legal, a las condiciones del mercado.

Intervención de la entrevistadora: Esa tarea no la hace nadie más que el Regulador. Atado este tema al posterior control jurisdiccional de la decisión, en la valoración ante el juez está presente la deferencia judicial.

(JEP): El juez valora los aspectos formales, pero es el Regulador el facultado para evaluar el mercado, el juez se puede quedar en los aspectos formales, si el procedimiento ha sido correcto, pero ya el contenido técnico, el juez no es el facultado.

Para concluir, el Profesor Esteve Pardo manifiesta:

Debemos de dejar de pensar que el derecho público es un derecho solo de las administraciones públicas, y que es un derecho que se extiende y se ha de extender a relaciones entre particulares. Ese es el gran tema, la regulación es esta, la regulación no es más que meter una cuña de derecho público, y aplicar derecho público a sujetos privados y a relaciones entre sujetos privados.

Ahora y que el Consejo de Estado diga esto es un contrato y ahí no se puede entrar, es una visión retrograda, pues es un contrato sobre una materia en la cual está muy presente el interés público. Son dos partes, más el interés público, que están presentes en ese contrato.

ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA - QUINTA ENTREVISTA

Entrevistado: Alfredo Fajardo Muriel (AFM). Profesor de Derecho de las Telecomunicaciones. Consultor Independiente

Fecha: 18 de septiembre de 2014

Modalidad: Presencial

PREGUNTA: ¿Cuál es su opinión sobre la facultad de resolver controversias del Órgano Regulador de las telecomunicaciones⁹⁵¹?

Afirmaciones relacionadas con la función de solución de controversias entre los PRST:

(AFM): Es necesario analizar la justificación y la razón de ser de las instituciones. Vale la pena preguntarnos si es necesario crear justicias paralelas. Las instituciones tienen cuestionamiento de fondo.

Está previsto constitucionalmente que a una autoridad administrativa se le otorguen funciones jurisdiccionales, sin embargo, es necesario analizar si es necesario en el caso de las telecomunicaciones, para el tema específico de dirimir controversias entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, pues antes de pensar en crear jueces especializados debería reflexionarse en las instituciones básicas y analizar si la solución está en volver a ellas.

La función judicial tiene sus virtudes, entre ellas, la cosa juzgada.

Se considera que en relación con la función de dirimir controversias, hay un problema de procedimiento y no de autoridad, que les dé garantías a los actores.

Sobre la independencia, es una característica necesaria, de quien dirime el conflicto. El organismo que dirime, no puede ser juez y parte.

En Colombia, cuando la autoridad administrativa dirime un conflicto, genera otro conflicto. Al respecto, vale la pena analizar la legitimidad de la decisión administrativa frente al conflicto.

⁹⁵¹ El objetivo de este ejercicio corresponde a transcribir las impresiones del entrevistado. Metodología: toma de notas por quien realiza este trabajo de investigación.

La decisión administrativa que dirime el conflicto tiene un camino tortuoso y largo en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y no soluciona conflictos. La Ley 1341 de 2009 contempla la función de dirimir los conflictos entre los operadores, sin embargo, no dice cuáles conflictos. Por lo tanto podría ser con ocasión o sin ocasión de los contratos. En principio, podría conocer cualquier conflicto.

La administración pública no está hecha para administrar justicia. La administración pública ejecuta. Está hecha para ejecutar cosas, no para cerrar el conflicto.

En cuanto a la imposición de una servidumbre de interconexión por vía administrativa es exótico, pues se trata de una limitación a la propiedad realizada por una autoridad administrativa.

La función judicial, tiene otras premisas, que le permiten sopesar, valorar, examinar, analizar, y juzgar. Es importante recordar que la administración tiene partido, que no es independiente, y que no es un agente imparcial.

En Colombia, ninguna decisión de la CRC ha resuelto definitivamente el conflicto, lo que ha creado son nuevos conflictos, y se llevan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, quien tampoco resuelve el conflicto de fondo y el tema se ha venido enredando.

Hay tesis que afirman que la CRC no se debe inmiscuir en asuntos propios de la justicia. (El salvamento de voto del Dr. Córdoba Triviño, en caso ETELL).

Por otra parte, otras tesis consideran que la función de dirimir controversias debe entenderse y desarrollarse según su epígrafe que hace referencia a sus funciones, según el artículo 73 de la Ley 142 de 1994 sobre las funciones y facultades generales de las Comisiones: “Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrá las siguientes funciones y facultades especiales.” (En el caso de Tutela del Dr. Bastidas)

No son funciones autónomas las de la CRC. No es una medida idónea para cerrar el conflicto. Abre indefinidamente el conflicto, en diferentes órbitas, y de manera progresiva.

Respecto a la función judicial y que podría estar cargo de una autoridad administrativa, hay varios aspectos que vale la pena tener presentes y que

otorgan garantías, como el acto judicial, los diferentes procedimientos, las instituciones propias, la función imperativa, la fuerza de cosa juzgada, el recurso de apelación y la prescripción.

Es importante recordar el principio de separación de los poderes. Se debe analizar por qué y cuándo hay excepción a regla fundamental del Estado.

Es importante recordar que los principales cambios del sector de las telecomunicaciones en Colombia se dieron por decisiones de la administración de justicia. Ejemplos: Apertura a la competencia. Ley 72 de 1989, Decreto-Ley 1900 de 1990. Apertura de la competencia del servicio de larga distancia, que finalmente se dio por una acción de tutela. El Consejo de Estado ordenó dar numeración a los operadores del servicio de Trunking. La CNTV abrió espacios por fallos judiciales. Pues no querían otorgar en concesión porque estaba Inravisión.

En el ámbito internacional, decisiones de las más importantes las han proferido los jueces, como es el caso de romper monopolio de AT&T, en Estados Unidos.

Respecto a los cargos de acceso, siguen por la función administrativa de dirimir conflictos.

Los fallos pueden ser tardíos pero traen certeza, aplica con efectos retroactivos y traen convencimiento a los administrados.

Las normas de orden público pueden implicar que las condiciones económicas de los contratos varíen, pero no pueden cambiar la naturaleza de los contratos.

El fallo relacionado con la nulidad de la Resolución CRT 463 de 2001 contempla que la facultad de la Comisión de Regulación para modificar los cargos de acceso, es cuestión de orden público.

La función administrativa de solución de controversias está consagrada legalmente, tiene un procedimiento legal, se concreta en una decisión administrativa y no tiene fuerza de cosa juzgada.

Lo anterior, trae dos consecuencias respecto al conflicto, por una parte, a pesar de ser resuelta por vía administrativa, no enerva la posibilidad de acceder a la jurisdicción, y por otra, no la condiciona.

En la remuneración de los cargos de acceso, se cita el siguiente ejemplo: en el caso de ETELL vs EPM, si se presenta una disminución del tráfico, y una parte quiere que se pacte por minuto, el conflicto va para conocimiento de la CRC. La CRC decide que la forma de remunerar en ese caso debe ser por capacidad. Sin embargo, solo hasta que ETELL

quiso, se logró un nuevo contrato y finalmente se pactó remunerar por minutos.

Hay inconsistencias en la regulación, en el caso de los cargos de acceso, hay dos modos de remunerar que no son equivalentes. Se debería cobrar igual para que no haya discriminación.

En caso tal que a la Comisión de Regulación de las Comunicaciones se le otorgara funciones jurisdiccionales para solucionar las controversias entre los operadores, deberá regirse por el Código General del Proceso, por el régimen de inhabilidades de los jueces, y por las normas de procesos judiciales. Se basaría para tomar sus decisiones en medios de prueba principalmente, y deberá fallar sobre hechos. Las decisiones serán apelables ante la misma jurisdicción.

La SIC es una autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, sobre la cual valdría la pena analizar qué tan adecuado es que sea el Superintendente quien actúe como juez, pues al respecto debería analizarse si es más garantista que esta tarea la lleve a cabo un funcionario especializado en el tema, por ejemplo relacionado con promover la competencia, o en competencia desleal.

Teniendo en cuenta que este capítulo contempló dos frentes, la Industria y la Academia, se dividirán en dos puntos las impresiones recogidas, así: En cuanto a la Industria, los entrevistados fueron gentiles, accesibles, con gran interés en hablar del tema, en contestar las preguntas, en ahondar en aspectos específicos, sin restricción de ningún tipo, unos con posturas más categóricas en las posibles soluciones, otros más reflexivos.

Sobre aquellos entrevistados de la Academia, se abordaron con menor dificultad, se notó una buena disposición, deseos de hablar, escuchar y conversar, así como el deseo de compartir conocimientos, textos, doctrina y jurisprudencia sobre la materia. Se observó el deseo de teorizar más que los temas prácticos. La impresión general que se advirtió fue de libertad.

CAPITULO TERCERO. LAS PERSPECTIVAS DEL REGULADOR, DEL LEGISLADOR, DEL JUEZ Y DEL ÁRBITRO

Con el objetivo de plasmar los matices de las diferentes respuestas recibidas, se encuentra las transcripciones de las entrevistas realizadas a exfuncionario del Ente Regulador, Magistrados de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, un Representante del Congreso de la República, y un Árbitro, cuyos aportes brindan elementos de fondo a esta investigación, que se presentan a continuación.

1. Frente del Ente Regulador- ex funcionario

ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA - PRIMERA ENTREVISTA

Entrevistado: Carlos Rebellón Villán (CRV). Economista. Consultor Independiente. Fue Comisionado de la CRC. Trabajó con un operador de telecomunicaciones. Actualmente es docente.

Fecha: 24 de enero de 2014

Modalidad: Presencial.

PREGUNTA: ¿Qué opinión tiene sobre la facultad de solucionar controversias que tiene el Órgano Regulador de las telecomunicaciones en Colombia?

(CRV): A nivel comparado, es exótico el Regulador que no tiene facultad de solución de controversias, la razón es muy simple, los contratos de interconexión son una realidad del sector, y son una realidad del día a día. No son contratos de largo plazo, son contratos que se están revisando constantemente.

En segundo lugar, la interconexión en lugar de reducirse con la llegada de Internet y la llegada de los datos con la convergencia, se ha hecho más extensiva y más compleja, ya siempre las típicas interconexiones que resolvía la CRC de los noventa eran interconexiones de redes fijas y de redes móviles, y las redes móviles ni siquiera estaban reguladas. En los 2000, las redes móviles pasan a ser reguladas, entonces se incrementaron las interconexiones, y aparte de eso ahora, la CRC también revisa temas de acceso e instalaciones esenciales por parte de proveedores de datos, de infraestructura, redes de fibra, recibió ahora a

los broadcaster⁹⁵², y todo el tema de televisión por cable, entonces solución de conflictos vista como interconexiones, derecho paso y servidumbres, es algo creciente y no decreciente.

Uno también, de alguna manera, dice bueno, ¿y la tarea se ha hecho bien o mal en Colombia?, yo creería que si uno mirara dos indicadores que es tiempo, tiempo de solución del conflicto, y volumen, número de conflictos solucionados, pues yo creo que diligencias similares de controversias de empresas en el administrativo, en el judicial, nunca van a llegar ni a un tercio del volumen que pueda hacer la CRC, por lo expedito del proceso. Entonces en volumen, yo creo que es bueno en balance, y en tiempos es muy bueno, en una primera instancia, no toma sino generalmente más de tres (3) meses si es muy compleja seis (6), y una segunda instancia lo mismo, lo que en la justicia ordinaria toma años. Tratando de ser justos dos (2) años, ya estamos en la mitad, en menos de la mitad del tiempo, con la CRC.

Eso digamos el contexto general, el caso ETB, Claro o Comcel propiamente para mí es un lunar de todo eso, y es un lunar que ni siquiera, para mí el tema ni siquiera del tema en sí de solución de controversias, sino de las dudas que en su momento tenía la CRC, frente a la capacidad reguladora de cargos de acceso en red móvil. Recordemos que cuando esto sucede en el 2000, y todavía había dudas, había la Ley 37 que es la de celulares, la 142 para fijos, el Decreto 1130 ahí medio biche, bueno, no había como la claridad que hay ahora, nadie dice que la CRC no puede regular un cargo de acceso de una red móvil, en ese entonces había, y uno si se va a los textos de ese entonces, se da cuenta de que la facultad se la debaten, si uno se va a la primer vez que la CRC regula los cargos de acceso, que es el 2007, la competencia la están debatiendo, en los documentos de comentarios, le dicen usted no puede, y estamos hablando del 2007, y esto es una controversia muy anterior, entonces, mucho se aclaró después y entonces en ese momento permitía arbitraje. Esa fue una parte de la ecuación que había de tener en cuenta.

La otra parte, es que recordemos que esa controversia está alrededor de unas decisiones problemáticas que tomó la CRC, porque en ese entonces no existía el Decreto 2696 que la obligaba a publicar. Eso está inmerso en unas decisiones generales que fueron la famosa 463, que no fueron debatidas con el sector, (la 469, la 489).

⁹⁵² Broadcast: difusión en español, es una forma de transmisión de información donde un nodo emisor envía información a una multitud de nodos receptores de manera simultánea, sin necesidad de reproducir la misma transmisión nodo por nodo. Fuente: [http://es.wikipedia.org/wiki/Broadcast_\(inform%C3%A1tica\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Broadcast_(inform%C3%A1tica)). Página web consultada el 27 de enero de 2014.

(...)Entonces para mí, al haber una facultad discutida, más un proceso que no fue claro, ¿cierto?, los actores pues tenían un camino expedito para irse a la justicia ordinaria, y no por ejemplo volver a poner otro conflicto, por otra materia, o por otro tema, entonces había mucho de contexto ahí.

¿Por qué no se ha resuelto? Creo que ahí sí el mal hay que buscarlo más en la justicia ordinaria. Yo no sé qué tanto más pueda decir la CRC de ese tema. Y precisamente siempre la CRC se cuidó y se seguirá cuidando, me imagino, de los efectos que tienen sus decisiones en temas comerciales o administrativos, e incluso de un juez, yo lo que hago con el conflicto es, si las partes no se ponen de acuerdo, fijo un parámetro, trato de fijar un parámetro objetivo y las consecuencias, si esto implica que me van a pagar platas, que yo con esto reclamo cosas del pasado, del futuro, lo que sea, no son mías, entonces creo que lo que siempre ha estado en disputa han sido más temas, de lo que va después de una decisión, en sí misma, yo creo que igual el tema existiría si la CRC hubiera fallado hacia el otro lado, en su momento de conflicto, igual el problema iba a existir, con los mismos dos actores pero de pronto con el conflicto, pero con un inicio diferente, eso ya ha ido tanto de un lado para el otro, que no, y creo eso incluso, lo que hace, y lo que debería entenderse, incluso de una necesidad de hasta de profundizar más la competencia de solución de controversias del Regulador, como yo lo veo, habrá quienes sean los enemigos de eso, pero yo como soy amigo de eso, digo, de pronto con una facultad más amplia, no sé cómo será más amplia, siempre se ha dicho que es limitada, de pronto acuden a un menos a la justicia, o acuden menos a tribunales, (caso de España, ve uno a la CMT, no acuden a tribunales de arbitramento), alguien podría sugerir ya que la CRC no solo medie sino que arbitre. No sé, tocaría hacer una investigación comparada, de ver si nosotros somos, si tenemos una institucionalidad típica de solución de controversias, o tenemos, una light, o tenemos una fuerte. No sé, no he visto estudios de eso, últimamente me he apartado de la temática. No conozco mucho.

2. Frente Juez de lo Contencioso Administrativo

ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA

Entrevistado: Carlos Alberto Zambrano (CAZ). Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Profesión: Abogado

Fecha: 24 de enero de 2017

Modalidad: Presencial.

PREGUNTAS: ¿Qué opinión tiene sobre la facultad de solucionar controversias que tiene el órgano regulador de las telecomunicaciones en Colombia?; ¿Que naturaleza tiene la función de dirimir controversias del regulador?; ¿El Regulador con facultades legales, norma andina e interpretaciones prejudiciales tiene facultades jurisdiccionales?; ¿Frente a la postura del TJCA sobre esta materia, estamos frente a una derogatoria de la jurisdicción nacional?; ¿Podría el Consejo de Estado resolver de fondo los conflictos planteados entre los PRST, que ya fueron de conocimiento de la CRC y cuyos actos fueron demandados?; ¿Frente a la norma andina que contempla que la autoridad de telecomunicaciones debe resolver *cualquier controversia* que se presenten durante la etapa de ejecución de la interconexión, quien y en qué términos estaría llamado a delimitar estas competencias del regulador?; ¿Por qué motivo la CRC no ha dirimido las controversias que el Consejo de Estado le traslado para que defina en el marco de sus competencias?; ¿Parte de la solución estaría en otorgar función de naturaleza jurisdiccional a la CRC?

(CAZ): Lo primero que tenemos que tener presente es que conforme a la legislación colombiana la función jurisdiccional, si bien es cierto caracteriza a la rama judicial no le es exclusiva, de la misma manera que hay otras funciones de carácter público que caracterizan otras ramas del poder, pero que tampoco le son exclusivas. Por ejemplo es cierto que la función legislativa es propia de esa rama y se ejerce a través del Congreso, pero no es el único que legisla, porque perfectamente puede como es bien sabido facultar al Gobierno de manera extraordinaria y por un tiempo determinado para efectos de que sea el Gobierno el que expida leyes sobre un determinado tópico, con algunas limitaciones que establece la propia Constitución, inclusive yo soy muy atrevido al decir que hasta la Corte Constitucional le ha dado por legislar, lo ha hecho casi que de frente y hasta con amenazas, si ustedes Congreso no legislan sobre el tema del matrimonio igualitario yo entro a regular, y entonces ya vemos que hasta los jueces de alguna manera asumen esa función, claro a través de su facultad jurisdiccional, pero en últimas están ejerciendo una tarea que no les corresponde a ellos sino que le corresponde es al legislativo, y digamos que ha hecho carrera en el medio colombiano una cierta aceptación por ese tipo de decisiones de los jueces que a mí en lo personal me llama un poco la atención y me atrevo a pensar que pueden ser un tanto cuestionables, si bien es cierto alguien tiene que hacer la tarea, y si el Congreso no lo hace pues que lo haga otro, pero hay que respetar ciertos límites no estoy diciendo que con esto que de pronto la Corte Constitucional no respete estos límites, pero si me parece que es una posición por lo menos curiosa y discutible de la Corte, que obviamente tiene argumentos a favor, como también tiene argumentos en contra.

Si nos vamos a la función administrativa nos encontramos con que los jueces tenemos indiscutiblemente funciones administrativas, en la medida en que por ejemplo tenemos que nombrar gente en los despachos, para que nos ayuden a desempeñar la función que nos ha sido encomendada por la Constitución y la ley.

Entonces no hay ninguna función del Estado que sea exclusiva de una de las ramas, de hecho si tu miras hoy por hoy la Ley 1437 y antiguamente el Código Contencioso Administrativo, tú vas a encontrarte allí especialmente en la Ley 1437 de manera expresa con una disposición que si no recuerdo mal está en el artículo 105, que dice que la Jurisdicción de lo Contencioso no juzga las decisiones de carácter jurisdiccional que sean producidas por las autoridades administrativas (AA), y entonces uno ahí se pregunta cómo qué tipo de función jurisdiccional ejercen las AA y es indudable que uno aterriza por ejemplo indefectiblemente en las funciones de la Superintendencia de Sociedades con esos procesos que antiguamente llamábamos concursales y de quiebra, y que hoy en día tienen que ver con la reestructuración económica de las sociedades para ver si se pueden salvar o si definitivamente tienen que ser liquidadas y disueltas.

Entonces nos encontramos con que sí hay funciones jurisdiccionales que se ejercen por AA, de la misma manera que uno encuentra también en el Congreso alguna función jurisdiccional por allá empotrada en cabeza de la Comisión de Acusaciones, que eso lo estamos viendo hoy en día con el caso de algún magistrado de una alta Corte cuyo nombre es preferible no mencionar en este momento porque todo el mundo conoce, ahí se ejerce funciones jurisdiccionales.

Entonces la función jurisdiccional si bien es cierto caracteriza la rama judicial, pues también es cierto que puede ser ejercida por otras autoridades del Estado, en este caso por autoridades de carácter administrativo.

Estas comisiones de regulación y en el caso específico de la regulación de las comunicaciones, por consiguiente también eventualmente pueden tener ese tipo de funciones de carácter jurisdiccional, y de hecho parece que de alguna forma, se ha querido que así sea en algunos casos o unos puntos muy específicos que son aquellos que tu haz planteado, y que tienen que ver con la tarea de dirimir controversias que se presenten entre los prestadores de los servicios de las telecomunicaciones y los beneficiarios de ellos, inclusive de pronto hasta el propio Estado en algún escenario como el que ya se vio, en el pleito aquel que fue objeto de que realmente fueron varios pleitos que fueron objeto de laudos arbitrales, que fueron fallados de una manera, recurridos en anulación ante el Consejo de Estado y que el Consejo de Estado ordenó que fueran anulados, y que

finalmente entonces unos dineros los fueran devueltos a la ETB por parte de COMCEL.

Entiendo que ese problema sigue, porque hasta donde yo sé COMCEL no ha devuelto los dineros, y hay ocurrido lo que ya se conoce en el sentido de que proferida la decisión sobre el recurso de anulación, en tres procesos creo que eran, yo en ese momento no estaba en el Consejo de Estado, que llegaron aquí tres procesos arbitrales, que llegaron aquí por vía de recurso de anulación, la ETB o COMCEL yo no recuerdo ya cuál de los dos acudió ante el Tribunal Andino de Justicia para que se diera aplicación a una norma de la Comunidad Andina de Naciones conforme a la cual hay unos ciertos tópicos que antes ser fallados por las autoridades judiciales colombianas tienen que ser consultados con ese Tribunal.

En algunos casos la consulta es obligatoria, en otros casos es potestativa y da la casualidad de que en esos casos o ese caso de esos tres laudos arbitrales la consulta era obligatoria, y entonces vino la decisión del Tribunal Andino de Justicia conforme a la cual el Consejo de Estado debía anular las tres decisiones que habían resuelto los recursos de anulación contra aquellos tres laudos, y en efecto el Consejo de Estado en acatamiento de lo dispuesto por el Tribunal Andino de Justicia y habida cuenta de que en esos caso no se hizo esa consulta prejudicial, terminó anulando esas decisiones.

Y todo allí en últimas apuntaba, a que conforme a las disposiciones que regulan la materia quien debía resolver el conflicto no era ni un juez de la República ni un tribunal de arbitramento, sino que tenía que hacerlo la Comisión de Regulación de las Comunicaciones (CRC) porque hay una disposición en ese sentido. Ese asunto no solamente digamos se vivió en ese caso de COMCEL y ETB, sino también se está viviendo en el caso de Telefónica y la propia ETB, en donde hay una discusión muy parecida y en donde también hubo necesidad de entrar a aplicar la norma aquella de la Comunidad Andina de Naciones que obliga a que se consulte previamente al Tribunal Andino de Justicia como en efecto decidió hacerlo el Consejo de Estado y allí el Tribunal Andino de Justicia reiteró su tesis de que ese tipo de conflictos debía ser resuelto por la CRC.

Y uno se pregunta efectivamente qué papel desempeña esa Comisión entonces al resolver esos conflictos, ¿es un juez?, ¿cumple una función jurisdiccional?, o lo que hace es simple y llanamente tomar una decisión administrativa en ejercicio de una función administrativa, que define finalmente quien tiene la razón, y yo me inclino por pensar que esa es una función más bien jurisdiccional. Porque si es la ley la que decide que ese tipo de conflictos entre el prestador del servicio y quien entra en conflicto con él, lo tiene que decidir la Comisión y no un juez de la República, pues en últimas lo que está haciendo es dirimir un conflicto de intereses, una discusión en torno a un derecho que uno alega tener y que el otro entra a discutir, por ejemplo en el caso de COMCEL y de ETB uno que alega el

derecho que le devuelvan un dinero y el otro que dice yo no tengo porque devolver ese dinero, ahí hay una discusión de carácter económico que en principio tendría que ser resuelta por un juez, pero si la legislación vigente en la materia decide que quien debe resolver es la Comisión de Regulación correspondiente, me parece que en últimas lo que está haciendo es entregarle una función de carácter jurisdiccional, porque allí la Comisión no ejerce realmente una función típicamente administrativa.

La función administrativa como su nombre lo indica es simple y llanamente usted administra pero no define conflictos, para definir los conflictos está el juez, de manera tal que cuando la ley le dice o la legislación, la normatividad aplicable a la materia le dice a la Comisión usted en caso de conflicto es quien dirime este conflicto, le está entregando una función de carácter jurisdiccional.

Veo en algunas de las preguntas que me planteas en esta temática que me dejas ver, que si ello implica de alguna manera una especie de derogatoria de la jurisdicción nacional, y yo no creo, yo si veo y reitero que allí hay en cabeza de la Comisión radicado en una función de tipo jurisdiccional, pero no veo que haya esa tal renuncia o derogatoria de la jurisdicción nacional, porque la Comisión es una autoridad nacional, lo que pasa es que es una función jurisdiccional que no está ejerciendo la rama que por excelencia ejerce esa tarea, pero es que como ya te dije la función jurisdiccional también un pedacito está radicada allá en el Congreso en la Comisión de Acusaciones, pero también en la rama ejecutiva encontramos que ya hay funciones jurisdiccionales que otras autoridades ejercen como la superintendencia de Sociedades, sin que ello implique necesariamente una especie de derogatoria como lo plantea tu interrogante de la jurisdicción nacional, no simple y llanamente es que la jurisdicción lo ejerce otro, no la rama judicial algo de alguna manera parecido a lo que ocurre con los tribunales de arbitramento, es función jurisdiccional, lo que pasa es que no la ejerce la rama judicial, no la ejerce la autoridad pública instituida por la Constitución y por la ley para cumplir con esa tarea, si no que por voluntad en ese caso de quienes estén involucrados en el pleito, se decide que la dirima un juez particular avalado por el Estado artículo 116 de la Constitución Política, que permite que los particulares que entren en conflicto entre sí o con autoridades estatales, inclusive puedan configurar por decirlo de alguna manera su propio juez.

En este caso no es a libertad o a liberalidad de los interesados, si no que es directamente la ley la que le dice su conflicto señor prestador del servicio de las comunicaciones, con el particular bajo determinadas condiciones y en determinados casos, no tiene por qué ser resuelto por un juez común y corriente de la República, si no que tiene que ser resuelto por la Comisión de Regulación correspondiente. De donde yo pienso que lo que se está haciendo con la Comisión es entregarle una función jurisdiccional pero a una autoridad nacional, porque la Comisión es nacional, es una autoridad estatal de nuestro país de la República de

Colombia, luego no hay allí a mi modo de ver insisto una derogatoria, ni una renuncia a la jurisdicción nacional, porque igual el caso lo sigue resolviendo una autoridad nacional.

Ahora, puede llamar la atención sí, que hallan normas que le entreguen parte de la función que digamos sería propia de los jueces de la República a otras autoridades, pero no olvidemos que es que la Constitución misma, no solamente la de ahora también la vieja Constitución del 86, consagran la separación de los poderes, pero igualmente consagran el principio de la colaboración armónica entre ellas, y puede haber por diferentes razones materias que se consideren que deben ser resueltas de manera ágil y de pronto por una autoridad experta en la materia, que es lo que sucede por ejemplo con el caso de esas tareas jurisdiccionales que se le asignan a la Superintendencia de Sociedades, que en últimas es un juez, pero es un juez especialista en eso, no es un juez especialista en comercial, no, es especialista en el tema de las sociedades y de la disolución de las sociedades, de la liquidación de las sociedades, y de si se conservan o no se conservan las sociedades, y entonces puede desempeñar su tarea con mayor lujo de detalle, de lo que lo podría ser un juez común y corriente, y eso tiene sustento a mi modo de ver en esas disposiciones constitucionales que permiten que las autoridades del Estado a pesar de tener tareas distintas se colaboren entre sí, y esa colaboración se ha entendido que pueden llegar hasta allá, a que unas autoridades de una determinada naturaleza desempeñen tareas propias de otra autoridad que tiene otra naturaleza diferente, ese es el caso concreto, y veo que aquí en el caso de los problemas que surgen alrededor de los conflictos, y que se presentan con quienes prestan servicios por ejemplo de telefonía celular con otros intervinientes en ese tema, como por ejemplo el caso de la ETB pues lo que se está haciendo simple y llanamente es decir oiga aquí hay alguien especialista en la materia que de pronto puede resolver esos conflictos, con mayor no solamente celeridad sino con mayor acierto de lo que podría hacer un juez de la República, que sabe mucho de derecho administrativo, pero que no es especialista en el tema de las comunicaciones, al paso de que la Comisión Regulación correspondiente si lo es, y de pronto puede por consiguiente tomar unas decisiones más acertadas.

Entonces a uno como que le asalta la duda un poco de ahí no hay una especie como de revuelto de cosas, ¿eso es sano?, ¿eso es lógico?, ¿eso es bueno?, pero tampoco podemos por otro lado pretender, que los jueces de la República lo sabemos todo y somos todopoderosos como para ser los únicos que estemos en capacidad de resolver conflictos. El legislador en su sabiduría sabrá determinar porque algunos específicos tópicos deben ser resueltos, por otro tipo de autoridades no judiciales, pero en ejercicio de función judicial que se le entrega específicamente para esos temas, con miras a que haya una decisión de un experto sobre la materia, de un verdadero experto sobre la materia y no de un juez cualquiera, que puede saber repito mucho por ejemplo de derecho administrativo, pero

que de pronto desconoce el tema de las comunicaciones que es un tema muy técnico, muy puntual, muy preciso, muy especializado y que es bueno que sea mirado por personas que tengan esa preparación que demanda la atención de ese tema específico.

De manera tal que yo como decía no veo en esto nada extraño, veo algo que puede ser plausible y entiendo que lo que allí se ejerce de alguna manera es función jurisdiccional, porque allí no hay una decisión que imponga unilateralmente la administración porque le pareció, y de la nada como ocurre muchas veces con las funciones administrativas. La administración tiene que funcionar y tiene que tener iniciativa para hacerlo, pero aquí lo hace es por iniciativa de dos personas que entran en conflicto y dirime ese conflicto. Entonces me parece que es un punto de vista del legislador al asignarle esas tareas a la Comisión de Regulación, que es perfectamente válido y que independientemente de que sea bueno o no quitarle algunas tareas al juez, pues nada obsta para que así sea y para que hayan jueces especializados en el tema, que lo conozcan bien que apliquen bien la legislación porque la manejan bien, y que por consiguiente resuelvan esos problemas de la mejor manera posible.

Indudablemente un juez de la República como un juez de lo Contencioso Administrativo, también está capacitado para hacerlo, pero digamos que un poco es algo así como el dicho aquel o el adagio aquel del zapatero a tus zapatos. Si hay alguien que sepa más de la materia y que esté capacitado para resolver esos problemas, pues que mejor que eso, además que se salva a tener que esperar desafortunadamente mucho tiempo que se solucione el problema y aquí están de por medio muchas veces no dos pesos ni tres pesos, sino grandes e ingentes cantidades de dinero y eso no es sano para ninguna de las partes que intervienen ese tipo de conflictos, al uno porque cada día le está marcando un taxímetro que finalmente no sabe si va a tener que desembolsarle al otro, porque de pronto ese mismo dinero le está haciendo falta para otros propósitos completamente plausibles y que recaen dentro de su objeto, dentro de su objeto social, pueden tener una solución pronta porque con seguridad que esto puede resolverlo mucho más rápido la Comisión de Regulación de lo que podemos hacer los jueces en lo administrativo que tenemos demasiado trabajo y que desafortunadamente vivimos con algo de atraso, que de pronto allá en la Comisión no lo hay.

PREGUNTA: Si se revisan todas las resoluciones que ha proferido la Comisión de Regulación en cuanto a solución de conflictos a lo largo de un periodo de 12 años aproximadamente, esta autoridad siempre ha dicho, que no tiene funciones jurisdiccionales. Este tema antes de lo que se ha venido dando a partir de las decisiones del 9 de agosto del 2012, donde se anularon laudos, y se dejaron sin efecto las sentencias del Consejo de Estado en esos casos específicos a propósito de los recursos de anulación. De esta manera, por una parte, encontramos que la Comisión tiene su facultad consagrada en la

Ley 1341 de 2009, donde se contempla que resuelve controversias, por otro lado, la Comisión tiene la facultad con la norma andina, que consagra que la autoridad nacional de telecomunicaciones resuelve controversias específicamente en este tema de interconexión.

En este punto se pregunta, ¿Si será necesario otorgarle por medio de una ley la función a la Comisión y expresamente asignarle como tal la función jurisdiccional o usted cree que simplemente con una interpretación conjunta de la Ley 1341 de 2009 y de la norma andina, ya estaría facultada la CRC para resolver?. Y en este sentido diría la Comisión que con base en tal sustento procedería a dirimir el asunto entre ETB y COMCEL.

Porque el tema es que si lo comparamos con la Superintendencia de Industria y Comercio, o con la Superintendencia de Sociedades, estos organismos tienen una ley que les otorgó como autoridad administrativa esa función jurisdiccional bajo el artículo 116 de la Constitución.

Ahora bien en el caso de la Comisión creo que ellos tienen mucho temor al actuar, pues por acción o por omisión pueden equivocarse, al tener que pronunciarse en particular frente a los expedientes remitidos por el Consejo de Estado, para que en el marco de sus competencias resuelva los conflictos.

(CAZ): Yo creo que ese temor a la CRC ya se le puede empezar a quitar, porque en el caso de Telefónica y ETB sobre el cual no puedo profundizar mucho porque el proceso de alguna manera siento que todavía está por ahí vivo, y a la Subsección de la Sección Tercera del Consejo de Estado a la que yo pertenezco, a la que le toco ese caso precisamente, entonces no puedo profundizar en el tema, pero en ese caso ya hay una decisión concreta del Tribunal Andino de Justicia que ante la interpretación prejudicial que para ese asunto se le pidió, dijo de manera expresa mire ese es un conflicto que conforme a la legislación colombiana lo tiene que resolver la CRC.

De manera tal que ella tiene por lo menos ese soporte, aparte de lo que ya está escrito en las normas aplicables sobre la materia; pero yo soy de la tesis de que todo lo que tenga que ver con temas procesales y por supuesto que dentro de ellos uno de los principales, la competencia para resolver conflictos y la jurisdicción por supuestos también para él, deben ser algo así como la matemática del derecho. Las normas que regulan los temas procesales deben ser claras y contundentes, de manera tal que tanto el administrado sepa con precisión a quien acudir en caso de necesidad, en caso de presentarse algún conflicto como para que también esa autoridad sepa con precisión de que es competente, para que no tiene competencia y cuáles son los trámites que tiene que seguir para resolver el conflicto. Pero dentro de eso lo primero insisto quizás lo principal definir

competencias y definir las de manera clara, en eso el legislador colombiano hasta el momento ha sido, uno podría decir muy acertado, no totalmente acertado, porque a veces surgen conflictos de competencias incluso entre los propios despachos judiciales, lo cual indica que al fin y a la cabo la ley la hacen humanos y no siempre lo que hacen humanos es perfecto, pueden quedar cositas por ahí sueltas dando vueltas que tarde o temprano se presten para controversias, se presten para interpretación y se presten para que se complique la definición de quien es el competente, pero el mismo legislador dice quien define o quien dirime esos conflictos de competencia.

Pero independientemente de ello a mí, a pesar de que ya existente pronunciamientos claros del Tribunal Andino de Justicia pues que en últimas llenarían ese vacío si es que así lo podemos llamar de la ley, que le entrega esa función a la CRC expresamente, me parece que no sobraría que existiera una norma que expresamente, recogiera esa experiencia y esa decisión del Tribunal Andino de Justicia, y que dijera como bien lo planteas tú al igual que en el caso de la Superintendencia de Sociedades, CRC esta es una tarea jurisdiccional que le compete, usted es el que tiene que dirimir ese tipo de conflictos. Eso despejaría por completo las dudas de la CRC, eso por supuesto sería un espaldarazo legal de derecho positivo, por supuesto le permitiría actuar sin temores, aun cuando yo pienso, insisto en que ya lo puedo hacer tomando como base en lo que ha dicho el Tribunal Andino de Justicia, que nos guste o no es una autoridad de carácter supranacional, y cuyas decisiones en este caso específico terminan obligándonos, y que ya dijo, es la CRC la que define sus conflictos.

Un conflicto para mí tiene carácter jurisdiccional, para mí, como decía un antiguo profesor mío que fue también Consejero de Estado, es mi opinión y la comparto, eso para mí es jurisdiccional y ya tienen ese soporte pero repito si hay una ley que entra a decirlo de manera expresa pues tanto mejor, tanto mejor porque eso se acompasa con la idea que exprese hace un instante de que todo lo que tenga que ver con asuntos procesales, deben ser manejado como la matemática del derecho, es así y punto, esto no se puede prestar para interpretaciones, esto no se puede prestar para que si a uno le parece que si lo asuma y si al otro le parece que no, entre a discutirlo y diga eso no es mío y pegado en los dos al mismo texto normativo, no, es mejor que la ley sea clara y que la ley diga de manera contundente, conflictos sobre estos temas de interconexión y demás, CRC es la que lo resuelve, aquí no hay juez para eso distinto a la CRC, eso sería mucho más claro sería mucho mejor.

(Comentario de la entrevistadora: Y no entrar a dividir que si conflictos regulatorios, que si conflictos contractuales que fue lo que paso con uno de los tribunales de varios de los tribunales arbitrales que si asumieron competencia)

Exacto, que defina eso con claridad, porque mientras tanto vamos a estar entonces de aquí a mañana, que surja otro tipo de conflicto con el mismo problema, quien es, la CRC? o es el juez de la Republica? el que lo hace?, o un tribunal de arbitramento, si así lo deciden las partes?, no, es mejor que haya una norma que de forma clara lo diga, este tipo de problema a, b, c, d, f, y g, o los que sean, con precisión esos lo resuelve la CRC, lo que no esté ahí, eso sí déjeselo a un juez de la Republica.

PREGUNTA: La regulación de carácter general puede afectar los contratos ya existentes?

(CAZ:) yo diría que las partes son libres de pactar las estipulaciones que ha bien tengan en sus contratos, pero con una limitación, que se haga dentro del marco legal, de manera tal que las partes no pueden entrar a celebrar contratos en los cuales se estén pactando obligaciones contrarias a derecho, o se estén incluyendo estipulaciones en general no necesariamente contentivas de obligaciones, cuando normalmente se traducen en eso, que sean contrarias a derecho, las partes siempre se tienen que sujetar a la normatividad vigente sobre la materia.

(Comentario de la entrevistadora: y en este caso una regulación general que es posterior a la celebración de ese contrato?)

Digamos que es que hay tenemos que recordar que los contratos se rigen por la ley vigente al momento de su celebración, y entonces allí lo que hay que entrar es a juzgarla la validez de las estipulaciones contractuales y si es el caso del contrato mismo frente a lo que regía antes de que se expediera esa normatividad, pero expedida la normatividad es indudable que las partes se tienen que sujetar a lo que en ella este plasmada, sin embargo y conocí de cerca un caso, yo fui jefe de la Unidad de Litigio de Ecopetrol, en el cual hubo un cambio de legislación por el camino, antes de que yo llegara, y se generó allí un conflicto bien interesante que tenía que ver con lo siguiente, si no recuerdo mal, había una ley que decía que las regalías tenían que ser en caso de exploración petrolera, que debían ser pagadas a una tasa del 25% por producción en boca de pozo, y bajo esa ley se celebró un contrato para la explotación de algún pozo petrolero por acá relativamente cerca a Bogotá, el lugar no importa, el nombre de pozo tampoco interesa por ahora, y se celebró un contrato entre Ecopetrol y unos particulares para esa explotación en donde se dijo que las regalías se iban a liquidar a esa tasa del 25%, claro, era lo que decía la ley vigente en el momento de la celebración del contrato, pero por el camino ya estando en ejecución el contrato entra en vigencia una nueva ley, que dice que las regalías se van a calcular de acuerdo con la producción, y entonces bajan del 25% en algunos casos de manera como diría un periodista dramática, como hasta el 5 o 7%, no recuerdo ya cuanto, y entra en vigencia esa ley que dice eso, que las regalías se van a liquidar conforme a la producción, y se establece una escala de porcentajes, que

hacen las partes en el contrato del que te hablo, lo ajustan mediante un otrosí, a la nueva ley y obviamente el municipio donde está ubicado ese pozo y el Departamento que tiene al cual pertenece ese municipio, pues ven en ello una potencial caída de sus ingresos por concepto de regalías muy grande y demandan ante el correspondiente Tribunal Administrativo, y eso llego aquí al consejo de estado también, cada uno ejerciendo dos acciones distintas, una acción popular y una acción contractual buscando ambas lo mismo, total había cuatro procesos, dos acciones populares, una del municipio, otra del departamento, y dos contractuales, una del municipio y otra del departamento con el mismo objeto, que se anulara otrosí, para qué?, para que se pudiera conservar su ingreso del 25% que era lo que establecía la norma vigente cuando se celebró el contrato y hay el problema que entra a discutirse entonces en los despachos judiciales, es oiga mire es que la ley cambio las reglas del juego ya celebrado el contrato y dijo que las regalías se tenían que liquidar de una manera diferente, lo que hizo el otrosí simple y llanamente fue ajustarse a la nueva legislación pero por otro lado municipio y departamento decían si pero a ustedes se les olvida que el contrato se rige por la ley vigente en el momento en que él se celebra, y la ley que regía en el momento en que el contrato se celebró se decía se iban a liquidar las regalías por una tasa del 25% fija independientemente de la producción que hubiera.

Y aquí pudiera ocurrir algo semejante porque tú me dices, es que el problema surge los contratos se celebraron con una determinada regulación, pero por el camino cambio la normatividad y de pronto no quedo rimando el contrato con la normativa, y entonces lo que hay que entrar es a mirar cual es la normatividad que aplica, aquella que regía cuando se celebró el contrato como reza el principio general del derecho o incluso el propio Código Civil, o aplica la nueva norma que dice a partir de ahora cambió y las reglas son estas, y ahí le toca entrar al juez a decidir.

Yo tengo que lamentablemente dejarte planteada simple y llanamente la inquietud sin contarte cual es mi respuesta para el problema, porque tengo aquí en mi despacho un asunto que es igual, que no lo he mencionado porque no puedo hacerlo, pero que es exactamente igual y no puedo correr el riesgo de ir a emitir un concepto antes de fallar.

Pero te cuento que ese problema que tú me planteas, eso no se presenta solo en materia de telecomunicaciones, que día se me presento a mí en el sector petrolero que un cambio de regulación sobre el monto de la regalías y obviamente tuve que formar un concepto en ese momento sobre el particular para decidir el caso entre manos, pero eso puede suceder y hay el problema es que aplica, norma vigente cuando se celebró el contrato? o la norma que por el camino cambia las reglas del juego y te dice que la regulación es distinta y que las obligación son distintas que los deberes son distintos, y que las condiciones son distintas.

ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA

Entrevistado: Julián Pimiento Echeverry (JPE). Ex Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado.

Profesión: Abogado

Ocupación: Docente Investigador del Departamento de Derecho Administrativo.

Fecha: 20 de octubre de 2016

Modalidad: Presencial.

PREGUNTA: ¿Qué opinión tiene sobre la facultad de solucionar controversias que tiene el órgano regulador de las telecomunicaciones en Colombia? El Regulador con facultades legales y pronunciamientos andinos. El regulador con facultades jurisdiccionales.

(JPE): Siempre estoy por la claridad de las funciones, independientemente del debate que haya, creo que se puede analizar desde dos puntos de vista, el primero es que sería útil que las tuviera, y el segundo si sería necesario que tuviera las funciones jurisdiccionales.

Entonces es necesario que las tenga, empecemos por ahí. Yo creo que la CRC es una de las instituciones que mejor funciona, de las más reconocidas en el sector, con mayor trayectoria reconocimiento, además con las últimas reformas que se han dado con mayor amplitud, tiene la garantía de ser un sector muy técnico, y ellos ser un actor relevantísimo en el sector, entonces la pregunta en el fondo hoy de si las necesita hoy, no las necesitan, porque casi todo lo que pueden hacer lo hacen sin que ellos quieran y sin que los hayan calificado como función jurisdiccional.

Ahora que no las necesiten no quiere decir que no sea útil y que no sea más razonable frente al usuario, el sector y frente a la misma entidad, la entidad dirá creo que frente a la buena parte de la razón que no quiera llamarle a eso jurisdiccional, sino cuasi jurisdiccional “función de resolución de conflictos”...

Yo creo que cuando uno resuelve conflictos y actúa como un tercero, es juez.

Independientemente del nombre hay unas consecuencias que se derivan de eso, pero es la claridad. ¿Son jurisdiccionales o no? deberían serlo. Por lo que hacen por la importancia que tienen, por la consecuencia que tienen y el carácter vinculante.

Ahora no necesariamente deba considerarse como algo negativo y como una imposición. Realmente, yo me puedo someter voluntariamente a una jurisdicción, eso no tiene nada de malo. Y la jurisdicción también puede obedecer a criterios técnicos. Y yo creo que la finalidad sería más razonable, en vez de estar en manos de un juez, estar en manos de una entidad que maneje, sobre todo, porque el Estado colombiano tiene una trayectoria interesante de manejo de facultades jurisdiccionales por ejemplo la SIC, con problemas evidentemente, pero ha tenido una trayectoria respetable, incluso razonable y la Corte Constitucional también ha perfilado de manera adecuada las funciones jurisdiccionales para autoridades administrativas.

Yo creo que es más miedo, susto, más la idea de que si me vuelvo juez ya no puedo o no tengo la misma libertad en el mercado, pero no se le ha quitado la libertad a la Superintendencia.

Hablando de la utilidad, si uno tiene una visión de la regulación como todo el paquete completo, pues también depende mucho de eso que regulación quiero, si por regulación entendemos emitir actos administrativos y ya, pero si por regulación entendemos una visión más global, de todo lo que involucre la intervención en el mercado, pues el juez también regularía cuando interviene, y no sería mejor hacerlo desde la lógica de la regulación y menos actores institucionales en el sector y dejar uno solo que pueda tener como todo el paquete.

Creo que es más razonable que lo tuviera todo, así sea riesgoso, así tenga que ser una entidad con mayor estructura y así es como funciona los entes reguladores en muchos países del mundo, pues al menos países que intentamos como emular, Chile y Perú, tienen todas y no solamente regulación también inspección vigilancia y control, entonces un regulador completo. Me gusta eso, es ser sincero. Es involucrar menos actores posibles. Entre menos actores haya, menos posibilidad de distorsión del mercado hay y la finalidad es esa. De nuevo, no necesariamente uno está de acuerdo con esa idea pero la lógica, la visión que existe es que el mercado funcione de la manera más equilibrada posible. Entre más actores tenga más riesgo hay de que interpreten de manera adecuada.

Debe haber control judicial, pero el control judicial puede ejercerse de diferentes maneras, entonces aquí tenemos que los operadores están sometidos en temas penales sancionatorios a una entidad, en tema de regulación a otra, en temas judiciales a otra. En tema judicial para los operadores es la cosa más compleja que existe, y más con lo que pasó, que si tiene que acudir primero a la instancia administrativa, los operadores están confundidos porque no saben su litigio ante quien se tiene que llevar, y como se tiene que llevar, y parte de la seguridad jurídica es también la seguridad institucional, que institucionalmente tenga claridad en cuanto a donde tengo que llevar mi litigio. Si puede ir a un árbitro o no, de que puede conocer el árbitro. En las sentencias de tutela

creo que quedo una etapa previa cuasi jurisdiccional antes de acudir a un juez. Para que o yo acudo al juez o no. No me ponga a mí a hacer diez vueltas porque ese litigio no se va resolver de esa manera, sino que yo debo tener la posibilidad de acudir al juez.

Entonces ahorita lo que hay es una especie de cacofonía institucional muy compleja que le hace daño al mercado. Entonces o somos claros, o le quitamos la función de resolver conflictos, o lo volvemos conciliador, entonces, o que sea un posible un mediador entre las partes pero que no resuelva el problema, o le decimos, resuélvalo con dientes y con todo lo que implica más la independencia y la imparcialidad que debe tener un juez. Ahora eso implicaría el riesgo de aplicar y ser juez de sus propias normas, y eso violaría, pero todas las comisiones de regulación per se, su existencia demuestra una crisis en la división de poderes, y eso tan poco sería tan grave, ni inconcebible desde el punto de vista de la estructura del sistema.

Una institución que pudiera condensar al menos esas funciones administrativas y jurisdiccionales, pues es lo que hemos hecho en la Superintendencia de Industria y Comercio, en Superfinanciera y ha funcionado.

PREGUNTA: ¿Podría hacerse ese cambio por una ley? ¿Reformar la Ley 1341 de 2009? o ¿sería suficiente con la interpretación de la norma nacional en armonía con la norma andina afirmar que la Comisión ya cuenta con la facultad jurisdiccional?

(JPE): El conflicto normativo con la 1341, o sea el problema sería con una norma que, son funciones que nunca han sido jurisdiccionales, son funciones no quieren ellos que sean jurisdiccionales, entonces que al juez también le ha dado como susto, el cuasi, el de pronto.

A mí me parece razonable, pues mi visión del ente regulador y de la regulación es el paquete completo. Entre más poder tenga en el sentido digamos adecuado, en el sentido de más uniformidad, univocidad, esa idea de una visión univoca de la regulación, es más razonable que una visión no univoca de la regulación. Yo creo que entre más autoridades intervengan, más riesgo hay de que el sector no funcione adecuadamente.

PREGUNTA: ¿Si tras una reforma se decide dejar la resolución de conflictos en manos únicamente de un Tribunal Arbitral?

(JPE): *Si estoy de acuerdo, el problema es la voluntad, pues la idea del arbitraje es que requiere de la voluntad de los operadores, requiere que el operador quiera acudir, que el sujeto pasivo de la decisión judicial decida de manera voluntaria, yo no creo que se pueda imponer. Nos enfrentaríamos a un sistema muy parecido al que tenemos ahorita, de una competencia medio a prevención con tres etapas distintas en los juicios, con diferentes posibilidades de resolver, pero finalmente entre los operadores lo resuelven entre ellos si no es mucha plata. Eso es bueno porque involucra discusión, pero termina cartelizando, termina no habiendo una decisión institucional frente a un problema que si puede ser relevante para los operadores. Definitivamente yo creo que lo relevante sería, ... a mí no me gusta la idea de que sea el juez puro y duro, puede ser un tribunal, ... a nivel andino también hay una idea que es mejor que sea un tribunal a que sea un juez, pero no creo que se pueda obligar al operador a que acuda a un tribunal arbitral, porque implicaría privar de competencia general, genérica al juez y eso ya no nos gusta acá, y eso no involucraría el carácter excepcional de acudir a un tribunal.*

PREGUNTA: *¿Que quien resuelva sea la CRC, que ha ido creciendo en funciones, a raíz de las otorgadas por la ley del plan?*

(JPE): *Sí, con mayor independencia, lo bueno de la función judicial es que le da mayor independencia a la CRC frente al poder de la rama ejecutiva. Legitima la función judicial. Ahorita no estoy legitimado porque soy un administrador. La función judicial legitima por vía de la independencia e imparcialidad. La decisión tendría los efectos normales de una decisión judicial, con la posibilidad de controlarse ante el superior, que sería el Tribunal superior o que sería el juez competente de conocer el litigio, en caso de que se tramitara ante la jurisdicción, que es como ocurre en todos los sistemas de función jurisdiccional por parte de autoridades administrativas.*

¿En cuanto a si lo haría un tribunal especial dentro de la Comisión?, Si. Así funcionaría, el problema es la composición, el problema es el comité y la Comisión. El problema es que el Ministro no puede ejercer funciones jurisdiccionales. El problema es que las funciones jurisdiccionales deben estar divididas de las funciones administrativas. ¿La pregunta es que tanto la CRC institucionalmente y orgánicamente puede soportar esto? Necesariamente tendría que ser el comité y no la Comisión. Y el comité fungiría como comité arbitral, pero no solamente ellos, entonces yo creo que podría fungir más como una instancia como un control pero tendrían que haber una garantía institucional para que no se confundan las dos funciones. Podrían no ser los comisionados, sería como una especie de delegatura, como pasa en las superintendencias.

Hay un miedo que tiene la CRC, la lucha tan fuerte que tiene la CRC de que no se califique la función como jurisdiccional, hay un interés institucional de que no sea de esa manera, que no es muy comprensible, pero probablemente se podría explicar por el miedo a una desnaturalización de la función de regular. Y yo creo que esta función es parte de la función de regular. Yo creo que parte de la función de regular es dirimir conflictos, y dirimir conflictos con una lógica de, esto no lo pude arreglar por vía de regulación, lo arreglo yo por esta vía con una lógica de regulación, es decir yo sé que esa decisión va a tener un impacto muy grave en otros litigios que yo conozco, yo conozco el sector. Entonces es una tecnificación de la resolución de conflictos, que no existiría de otra manera. No existiría en un tribunal de arbitramento, ni en un juez común y corriente.

Existe el interés de cada una de las partes y el interés general, aspecto que es muy importante en un sector tan importante y tan estratégico, porque claramente la decisión que yo tome para un litigio entre CLARO y UNE, pues necesariamente va a influir en la misma relación jurídica que de pronto tiene ETB y MOVISTAR. Necesariamente lo va a influir y cuál ha sido el problema, que las decisiones de los jueces no tienen en cuenta esa relación, entonces una decisión que puede ser razonable en un caso concreto, por el sector puede ser percibido como lo peor que pudo haber ocurrido, en la medida que no se tiene en cuenta la lógica propia del sector. Probablemente si fuera la Comisión de Regulación la que tuviera esas funciones ya de naturaleza jurisdiccional de dirimir conflictos, daría una visión más integral, más global del sector que permitiría tomar cualquier función judicial como una forma de regulación, pero finalmente todo se resume a un punto teórico, todo se lleva a un punto teórico de que entendemos por regulación, y si cuando yo juzgo en el sector, estoy regulando o no. Es un punto válido, o sea, yo creo que la respuesta no es tan sencilla, porque desde el punto de vista orgánico, sí hay debate, pero desde el punto de vista teórico sobre lo que es la regulación es algo que hay que discutir porque es un reflejo de esa realidad.

¿Esta función concreta, hasta donde vamos con la función?, si darle función jurisdiccional desnaturaliza la regulación, pues no podemos. Entonces eso depende del concepto de regulación que funcione. Considero que esta función no la desnaturalizaría, al contrario la fortalece, porque fortalece la independencia estructural de la Comisión, fortalece su preponderancia como institución en el sistema

3. Frente del Legislador

ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA

Entrevistado: **Ciro Antonio Rodríguez Pinzón (CARP)**. Representante a la Cámara. Congreso de la República
Profesión: **Ingeniero Electricista**
Fecha: **21 de octubre de 2016**
Modalidad: **Presencial**

PREGUNTA: ¿Qué opinión tiene sobre la facultad de solución de controversias del regulador teniendo en cuenta la norma nacional y la norma andina?

(CARP): Lo que está claro es que la Comisión de Regulación de Comunicaciones tiene la competencia. Además de la función de regulación está la función cuasijurisdiccional de resolver conflictos entre operadores y principalmente en materia de interconexión es muy explícita en la ley, y además en las mismas funciones de la CRC, lo establece que él tiene esa potestad. Lo que uno cree es que en la medida que va madurando el regulador y va adquiriendo la experticia en los diferentes aspectos que no solo es esa función de regulador ex ante sino que además tiene esta gran posibilidad de dirimir unos conflictos y evitar que estos pasen a un tribunal o al mismo sistema jurisdiccional, y antes ellos lo puedan resolver, antes de que sucedan estos procesos y quizás, el mayor conocimiento técnico y estar más dentro del sector, pueda resolver de una mejor manera.

Creo que de pronto habría que blindar un poco las decisiones, que las decisiones que ellos tomen tengan las suficientes garantías, donde ellos no se vayan a meter en problemas, porque puedan ser revocadas, y en eso creo que aunque es garantía para todos, especialmente es para el regulador. La idea es que el regulador tenga la confianza de que la solución o decisión que él tome tenga el suficiente blindaje. Que no sea una decisión que después vaya al sistema jurisdiccional y se la echen para atrás, y el de pronto se vea abocado frente a los diferentes órganos de control a ser investigado por las decisiones que está tomando; entonces así como el juez también tiene esas garantías, que las pueda tener también la Comisión, un efecto de cosa juzgada, un blindaje de las decisiones del regulador.

Creo que sería la forma como ellos podrían tomar decisiones con mayor seguridad, para tener la total tranquilidad que sus decisiones van a ser respetadas y ellos en sus responsabilidades tanto disciplinarias penales y civiles también tengan cierto blindaje, para que se puedan resolver todo este tipo de controversias de la mejor manera y en una forma oportuna, y no tengamos estos casos que sin posibilidad de resolver por muchos años, como los casos de interconexión que llevan años y llevarán muchos años en poderlos resolver. (Decisiones, fallos, recursos de anulación, interpretaciones prejudiciales, y recusaciones)

A mí me parece que hay que empezar como esa función cuasijurisdiccional, que tenga realmente unos elementos muy parecidos a como los que tienen en el sistema judicial. Por una parte, que sus decisiones tengan ya cosa juzgada en aspectos muy técnicos, que sea la última instancia, que esa decisión de ellos tenga la protección de tipo disciplinario, penal y civil. Que sus decisiones que pueden ser sobre montos muy grandes, no tengan que responder con su patrimonio. Como ejemplo decisiones de la Comisión Nacional de Televisión, donde algunos comisionados tienen demandas cuantiosas por decisiones que tomaron con respecto a CARACOL y RCN, sobre el tercer canal. Entonces a mí me parece que si ellos no tienen esas protecciones, siempre irán a tomar decisiones con ese temor en la toma de las mismas.

PREGUNTA: ¿En cuanto a la independencia del regulador?

(CARP): En este tema tengo una posición, ya que están al frente de unos operadores tan grandes y poderosos, y si no hay una institución creo que con el suficiente respaldo del mismo Estado, también sus decisiones van a ser muy débiles. Que más que uno pensar en una independencia, se debe dar una mayor institucionalidad, mayor fortaleza, y autonomía y en especial fortaleza institucional, que ellos puedan tener la capacidad de poder responder ante las otras grandes capacidades que tienen los operadores.

PREGUNTA: ¿Se deben otorgar las facultades jurisdiccionales a la Comisión por ley?

(CARP): Me parece que debe ser la ley a pesar de que en nuestra Constitución las facultades en lo que tiene que ver a control y vigilancia principalmente están en cabeza del Presidente, entonces habría que hacer una reforma constitucional si quiere una mayor independencia principalmente de órgano de vigilancia y control y quitarle la facultad que tiene el Presidente. Y en materia de regulación, a pesar de que ya la CRC tiene un origen legal, y ya no de facultad presidencial, creo que también tocaría a través de una ley generarle todas esas facultades y todos esos blindajes para que de esa forma pueda actuar con mayor autonomía y mayor independencia.

PREGUNTA: ¿Sería ideal que la Comisión se convirtiera en un súper regulador que agrupe las funciones de regulación, vigilancia y control y que además dirima controversias?

(CARP): *Hacerlo en el sistema nuestro entre la regulación ex ante y regulación después, los dos reguladores han funcionado bien, no es tanto hacer un órgano con todas estas opciones sino que cada uno de ellos, tanto el de vigilancia y control como el de regulación, puedan tener la suficiente capacidad institucional para responder adecuadamente ante los operadores, que como digo no son operadores locales, ni nacionales, son realmente verdaderas multinacionales, que tienen una capacidad realmente institucional muy grande. Y si no hay un ente con la capacidad institucional pues seguramente van a prevalecer los intereses de los operadores.*

PREGUNTA: ¿Por último, está de acuerdo que la facultad de solución de controversias este en cabeza de la Comisión bajo el título de funciones cuasijurisdiccionales?

(CARP): *Si a mí me parece, por lo técnico de la Comisión creo que debe ser así. Cuando se sale de allí ya a un órgano judicial, hay mucho riesgo de que las decisiones pues no se tomen con toda la capacidad técnica que necesita un clima de este tipo de solución de este tipo de controversias.*

Estamos frente a sectores muy específicos, muy técnicos, las controversias entre ellos no son controversias de tipo negociales y jurídicas sino controversias de tipo técnico, entonces debe realmente un órgano que tenga la capacidad poderlos resolver, y con lleva mayor velocidad y oportunidad. Ahora los mismos operadores al tener esa posibilidad pues van a tener mayor seguridad de que las controversias se resuelven de una forma técnica, y van a tener ellos inclusive uno diría, también la precaución de que hay un órgano que conoce realmente sobre las controversias que ellos puedan tener y que conoce el sector.

PREGUNTA: ¿Se justificaría tener una oficina al interior de la CRC para realizar esta tarea de resolución de conflictos? ¿O permitir que los comisionados puedan manejar estos asuntos?

(CARP): *Si dentro de este regulador debería haber un ente con esa especialidad y esa capacidad para poder resolver y actuar en esta materia de resolución de conflictos.*

PREGUNTA: ¿Sobre las normas andinas?

(CARP): *Vale la pena revisarlas y hacerles una actualización. Yo creo que el órgano regulador uno lo ve muy dinámico en materia de regulación, entonces creo que ha venido funcionando de una buena manera y tiene una gran capacidad de conocimiento y experticia técnica en el manejo de su competencia.*

4. Frente del Árbitro

ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA

Entrevistado: Mauricio Velandia (MV). Abogado. Consultor Independiente. Docente Derecho de las Telecomunicaciones. Árbitro inscrito en la Cámara de Comercio de Bogotá.

Fecha: 2 de febrero de 2017

Modalidad: Presencial.

PREGUNTA: ¿Qué opinión tiene sobre la facultad de solucionar controversias que tiene el órgano regulador de las telecomunicaciones en Colombia?

(MV): *Pues yo creo que verdaderamente ese sistema no es que haya servido para mucho, si estamos hablando de la CRC, porque ese sistema que tiene pues finalmente no ha conllevado a que los operadores efectivamente pues puedan tener algún tipo de solución jurisdiccional dentro del asunto. He podido percibir que siguen los problemas de interconexión, de tarifas y estos no es que se entrometan tanto entre los operadores, entonces yo creo que la CRC no ha servido, o tiene herramientas insuficientes para que finalmente haga su tarea, sobre ese tipo de controversias que ellos tiene allá como una posibilidad primero de pasar por allá y después ir a lo jurisdiccional. Entonces yo creo que es un sistema que tiene muy buena intención, pero en la práctica no es que haya solucionado mucho la problemática ni mucha jurisprudencia en los cuales después la gente se pueda basar para algo.*

PREGUNTA: ¿Que naturaleza tiene la función de dirimir controversias del Regulador?

(MV): *Yo veo que es una función administrativa, sin embargo dentro de la normatividad que hay a nivel andino Colombia se obligó a tener un ente que se dedicara a mirar esto desde el punto de vista jurisdiccional, entonces hay un punto de discusión muy grande ahí, porque administrativamente las tiene bajo normal nacional que es como la naturaleza administrativa, sin embargo a nivel andino, en una norma andina aparece que la autoridad competente para fallar asuntos de*

telecomunicaciones es el ente especializado en telecomunicaciones, eso quiere decir que Colombia debió haber implementado en su momento dado alguna normatividad que le pudiese entregar facultades jurisdiccionales a la CRC, eso a través del artículo 116 que le permite, por lo tanto, es muy complejo pero Colombia puede estar incumpliendo una norma internacional y eso conlleva unas consecuencias para la Nación.

Porque si lo que hace es cumplirse con la norma andina cada país debió crear en su ente administrativo, darle facultades jurisdiccionales porque ya internacionalmente se las habían otorgado, entonces digamos que es muy conocido cuando una norma internacional tiene algún tipo de vigencia entra inmediatamente a hacer parte de la legislación de un país entonces queda un punto, es solamente el artículo 116 de la Constitución Política (C.P) es quien le puede otorgar facultades jurisdiccionales a un ente administrativo? o directamente la norma internacional ya le da facultades a eso?, y eso es lo que va a resolver la CRC cuando le llegue todo, y la salida sería no solamente el 116 de la C.P es el que da facultades jurisdiccionales a un ente administrativo, sino también a través de tratados internacionales donde el Estado se obliga a ello. Sin embargo nadie las ha operado, ni siquiera quien las tiene las sabía, entonces hay un primer problema de si el que las tiene las sabía, que es lo que es la eficacia del derecho o la ineficacia del derecho pero la existencia del derecho si esta.

PREGUNTA: ¿El regulador con facultades legales, norma andina e interpretaciones prejudiciales tienen facultades jurisdiccionales?

(MV): Entonces digamos que esa está contestada con la anterior porque el regulador tiene facultades a mi modo de ver administrativa, pues la norma andina le da digamos que la posibilidad de las normas andinas de tratar de expresar que de pronto una norma internacional le puede llegar a dar facultades legales jurisdiccionales al regulador para que sea el quien dirima, muy parecido como lo que había dicho anteriormente.

PREGUNTA: ¿Frente a la postura del Tribunal de Justicia Andino sobre esta materia estamos ante una derogatoria de la jurisdicción nacional?

(MV): Yo pienso que efectivamente no cabe duda que los tribunales arbitrales es justicia privada y los jueces ordinarios pues tienen la jurisdicción nacional y tienen competencia bien sea permanente o temporal, pero digamos que muy importante determinar el punto, pues la decisión del tribunal es obligatoria, y la está mandando al ente nacional por que la norma dice que el ente nacional es el que tiene la facultad y el único competente, y ello lo que podría hacer no es que derogue la jurisdicción sino que bajo una sistematización el juez natural es la CRC, no es que este derogando la jurisdicción nacional sino que desde que fue emitida la regulación del Tribunal Andino los otros perdieron competencia, no es que hubiese sido derogada, sino que hay un juez natural y que

sigue con jurisdicción nacional, la jurisdicción nacional es la CRC y no es quedo derogada la jurisdicción nacional sino que hay un juez natural para el asunto.

PREGUNTA: ¿Podría el Consejo de Estado resolver de fondo los conflictos planteados entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que ya fueron de conocimiento de la CRC y que los actos fueron demandados?

(MV): Es que cuando la CRC falle ahí estamos hablando de lo mismo cierto. La CRC cuando conoce los casos de ETB y Comcel por ejemplo, o cuando conozca sí, estamos hablando de eso.

(Comentario de la entrevistadora: Aquí de pronto yo lo estaba de pronto enfocando hacia aquellos casos que ya en algún momento definió la CRC alguien los demanda se va al contencioso, y el contencioso los conoce y falla nulo, no nulo, nulidad y restablecimiento y hay pase lo que pase con el Consejo, el problema sigue vivo, los operadores entonces siguen pensando, oiga usted Consejo de Estado mire la legalidad y además solucione el problema a las partes, resuelva de fondo, por ejemplo, en cargos de acceso defina cual le aplica, cuánto cuesta y que deben cada cual)

Hay una situación acá y es cuando la CRC emita un acto o de los que ya emitió, debe dejar claramente establecido si su acto es de carácter administrativo o jurisdiccional. Porque si es administrativo evidentemente es la CRC, y pertenece al Consejo de Estado quien podría ir a verificar un contencioso, pero también debe determinar que cuando estamos hablando de materia jurisdiccional, quien sería la segunda instancia de la CRC? si la segunda instancia es el Tribunal Superior Civil? y este tan solo es un juez del circuito.

(Comentario de la entrevistadora: Si, posiblemente a futuro sea así)

Y pues porque ellos tienen que tomar una decisión porque ya el Tribunal les dijo decida. Y es el Tribunal Civil digamos el superior es primera instancia pero eso será a partir del tiempo que ellos consideren que sí es que tiene facultades jurisdiccionales, muy atado a ellos que van a decir, pero a mi modo de ver de pronto la norma internacional le dio jurisdicción a la CRC y no nos hemos dado cuenta. Una cosa es que nos hemos dado cuenta y otra cosa es que no tiene. Entiendo que son muy diferentes las dos percepciones.

El Consejo de Estado puede resolver los conflictos pactados entre los operadores de red, eso haría un poco difícil lo siguiente, es que habría que ver si la CRC en esas decisiones que tiene entre los operadores que naturaleza tiene, tal vez la estuviese sacando desde el punto de vista administrativo, pero eso no era administrativo eso era jurisdiccional por

ignorancia de una ley de carácter andino. Entonces más bien preguntaría porque dicen que es una facultad administrativa? y si es que nace una facultad jurisdiccional, porque si nace una facultad administrativa y jurisdiccional, hay un punto complejo porque entonces puede quedar en una situación en la cual va a acumular lo administrativo y lo jurisdiccional en el mismo acto administrativo, y no puede. Porque ya la Superintendencia por ejemplo de Industria y Comercio cuando tiene facultades administrativas y jurisdiccionales les obliga que sean empleados diferentes o delegaturas diferentes, entonces acá, se tiene entendido que son administrativas, pero la pregunta sería si eso es administrativo con lo que está diciendo el Tribunal Andino. Porque es lo mismo vaya dirima los conflictos entre ellos pero entonces que carácter va a tener, si todo lo de ETB y lo otro, son jurisdiccionales, entonces, y si la segunda instancia estaba en el Consejo de Estado, y si estaba asertivo que fuera el Consejo de Estado, porque de pronto todo el mundo estaba errado y siguen con el problema y el punto es que no había facultades administrativas sino facultades jurisdiccionales, o tiene las dos, pero en este momento la facultad administrativa sería para qué? Para multar? Para dirimir el conflicto no podría porque la facultad administrativa no llega hasta allá. La facultad administrativa es yo lo vigilo a usted, yo saco un acto administrativo de una resolución de conflictos, pero suena mucho más de naturaleza civil que administrativo, de todo lo que ha hecho la CRC que dirime conflictos sin tener facultades del artículo 116 de la Constitución Política, puede ser respaldado por la norma internacional y ahí estamos en un problema, si todo lo anterior fue jurisdiccional?, y si lo nuevo es jurisdiccional?, ahora nadie va a llegar a ese nivel de detalle, pero es una discusión doctrinal y bueno esto como va a ser? y que paso con lo anterior?

Pero de acuerdo a lo anterior, es y desde cuando está la parte andina? Porque de pronto te repito con lo que se expidió en la parte andina, no la IP, sino porque respalda esa IP la norma es del 2000, y nadie se ha dado cuenta y todo el mundo tranquilo, y todo mundo fresco, pero la IP lo que quiere decir en el fondo es que tenemos facultades jurisdiccionales en la CRC del año 2000 este es el punto de fondo.

(Comentario de la entrevistadora: Y entonces digamos que si eso fuese así, no las vimos pero estaban. ¿ hay alguna norma en concreto que diga que esa autoridad en el caso de la SIC, que tienen que ser diferentes funcionarios para manejar temas administrativo que para temas jurisdiccional, entonces ahí vendría a caerse de pronto como nulas esas decisiones que aunque fueron jurisdiccionales las emitió el que no debía?)

Si exactamente, y por debido proceso porque no dijo que eran jurisdiccionales y lo otorgo como administrativo utilizó el Código de Contencioso, y no utilizo el Código de Procedimiento Civil. Muchas cosas, pero todo lo que estamos hablando son ideas que hay por allá yo las digo siempre no las digo pero cuando digo una idea por allá en público me

dicen que estoy loco, entonces digamos que eso es como una lluvia de ideas que no sabemos efectivamente que es.

PREGUNTA: ¿Qué puede pasar hoy con los casos que la CRC tiene en las manos, o sea los expedientes que les han llegado por conducto del Consejo de Estado en sus últimos fallos?

(MV): Hay un punto en cuanto a nulidades, es que las nulidades es, cuando deben ser atacadas, entonces si uno atacada la nulidad en que momento, si no dijo nada o dijo sentencia entonces uno ya no puede atacar, eso lo dicen es como normas procesales si llegado ya un momento en el cual el proceso ha avanzado, ya no puede un momentico decir juez natural, este no era porque ya no es tiempo, entonces si pierde la oportunidad para decir juez natural hay habría que ver que paso, sin embargo tienen un conflicto y es que es una sentencia o una decisión emitida por un antiguo funcionario porque no era competente para el asunto o que utilizo la facultad administrativa para decidir algo jurisdiccional. Entonces la IP lo que va a generar es que se determine si la CRC tiene facultades jurisdiccionales o administrativas y a partir de ahí se conoce la segunda instancia se conoce que se puede hacer hasta dónde puede llegar, todo lo pertinente.

PREGUNTA: ¿Frente a la norma andina que contempla que la autoridad de telecomunicaciones debe surtir cualquier controversia que se presente durante la etapa de ejecución de la interconexión, quien y en qué términos estaría llamado a limitar estas competencias del regulador?

(MV): Yo estuve en un Tribunal Arbitral donde yo salve el voto, entonces, yo tengo un concepto diferente al que sacaron en ese momento los que estuvieron como conmigo pero ya el Consejo de Estado valido la posición mía o sea tumbo el laudo. Ellos consideraban que la CRC no era competente y que el competente eran ellos y que ellos iban a fallar y que a favor de Comcel, no haciéndole caso a la IP. Lo que yo digo en el salvamento de voto es que yo no comparto la IP, pero que me toca cumplirla porque es una orden internacional y yo no puedo decir como juez que no la voy a tener en cuenta, entonces lo mío es más salvaguardando el derecho internacional, pues porque tengo que respaldar así esté equivocado lo que se dijo afuera. Entonces en esa medida creo que ha sido como un mismo corcho del cual estamos hablando y es finalmente la CRC tiene que obedecer lo que dijo la IP y frente a eso, pues quien determina como estaba el órgano regulador, es que yo creo que va a ser muy amplio porque cualquier controversia de un contrato de interconexión ya tiene un juez natural, y no hay una delimitación de competencias, pues es que la tiene completa total, porque

si me dice usted falle pues tiene que fallar, y que competencia tiene?, que el contrato sea de interconexión.

(Comentario de la entrevistadora: Si ahí se ve muy amplio y la pregunta es qué tan amplio y que tan practico viene a ser? si es todo lo que tiene que ver el contrato durante la ejecución de la interconexión?, pues hay cosas de pronto, como el transporte para llevar los cables para la interconexión, que estaban dentro de ese acuerdo y hay una controversia imaginemos, sobre el arrendamiento de una camioneta).

Los árbitros que estuvieron conmigo tenían esa tesis, y es que no todo el contrato, solamente las cláusulas que tienen que ver con el objeto de interconexión, las demás no, solamente lo de interconexión las demás cosas que eran pagos, por ejemplo lo que estás diciendo, esas no entran en la controversia, entonces será un contrato que tiene diferentes jueces de acuerdo a la cláusula, es lo que están tratando de decir, pero la normas civiles, administrativas hablan del conjunto del contrato de cómo debe ser interpretado de acuerdo al resto de las cláusulas, los elementos esenciales, de naturaleza, y accidentales, como también hacen parte integral de un contrato, yo creo que donde el legislador no diferencio pues el intérprete tampoco y aquí dice cualquier contrato que se presente en la ejecución de un contrato de interconexión, eso no quiere decir yo creo porque también viene el otro extremo y es que el contrato de interconexión se le pegue algo que no tiene ningún tipo de relación, por ejemplo una venta de camisetas adicionalmente es suministro de camisetas, es un elemento accidental pero habría que ver entonces porque hay cobra vigor todo lo que dicen, es que se puede partir el contrato en varias cláusulas y de acuerdo a cada clausula quien es el competente, pero debe haber una relación directa o indirecta con el tema de interconexión.

PREGUNTA: ¿Porque motivo la CRC no ha dirimido las controversias que el Consejo de Estado le trasladó para que defina en el marco de sus competencias?

(MV): Por miedo, porque púes les da miedo que, uno que cometan un prevaricato porque comienzan a investigar algo que no tienen ellos competencia, un funcionario público queda muy expuesto, entonces a los disciplinarios a los penales a todo lo que puede conllevar eso, y porque en la mente de ellos, de todos los que han pasado por la CRC, ellos no tienen facultades jurisdiccionales, pero por que no las tienen?, porque ellos consideran que el artículo 116 de la C.P es el único que puede otorgar y que bajo ese artículo solo ha otorgado a las Superintendencias, pero no sé si han tenido en cuenta si a través de una norma internacional también se puede dotar de competencia a alguien, lo que pasa es que Colombia ha incumplido con esa ley internacional. Pues ya está, ya existe pero tiene que ver lo que efectivamente pueden hacer.

PREGUNTA: Parte de la solución estaría en otorgar función de naturaleza jurisdiccional a la CRC?

(MV): Si. Pues es como la Superintendencia de Industria y Comercio, pues que antes era solamente de supervisión, también regula por los servicios de usuarios, yo estoy de acuerdo pero lo que te digo, tienen que crear una nueva división un nuevo comisionado jurisdiccional y ese comisionado jurisdiccional no participa en ninguna discusión regulatoria, porque?, porque sería como decir que ese funcionario va a ser el Congreso, el regulatorio y el juez, pues la división de poderes permite determinar que haya diferentes entes, entonces para mayor transparencia ese funcionario que es un juez no puede ser el que está haciendo las normas, porque el juez viene a interpretar lo que hizo el otro, entonces tendría un conflicto de interés. Entonces si tiene facultades jurisdiccionales pero esas facultades jurisdiccionales tienen que ser muy entendidas porque no pueden estar contagiadas por la facultad administrativa y demás, creando ese muro de diferencia entre los dos, entre el delegado o el comisionado jurisdiccional y el comisionado regulatorio, puede generar internamente toda una estructura jurisdiccional y de juez para que realmente haya algo al respecto, esto es un secretario, que haya también un manejo de expedientes, una baranda. Entonces el sistema quiebra o no quiebra en la medida que tenga una logística de un juzgado dentro de una entidad administrativa, sino eso va a fracasar porque ser juez implica estado, traslados e implica un mundo de cosas que la CRC no está preparado y repito yo pienso que en la norma nacional no implemento la jurisdicción de la CRC, Colombia está en incumplimiento y cuál sería la acción para ello, para que cumpla y que de pronto no ha cumplido. En el salvamento de voto yo trate de mencionar eso, es que la CRC no ha cumplido y si la CRC no ha cumplido es muy difícil, o Colombia no ha cumplido al darle facultades a la CRC que puede ser una teoría.

PREGUNTA: ¿Si la CRC no ha cumplido en un momento dado podría venir una nulidad y restablecimiento?

(MV): Si pero hasta de pronto no es la CRC la que ha incumplido sino el ejecutivo, pues investigan el Estado colombiano por no haber cumplido desde hace muchísimo tiempo.

Comentario de la Entrevistadora: ¿Eso puede estar sucediendo ya en el Tribunal Andino?

Si pero el único interesado en hacerlo, pues es cuando la CRC diga yo no soy competente, porque no?, porque el Estado no me ha dicho, entonces el que está incurriendo en el incumplimiento es el Estado, si es que llegan hasta ese punto, porque hay unos que dicen la CRC no va ser competente, dice que no es competente y lo devuelven a un Tribunal

Superior Civil, o se la devuelven a las partes, pero tienen que determinar que hacen con esa norma de carácter andino, que habla de que la entidad nacional competente para el asunto es la entidad especializada.

PREGUNTA: ¿Que opina sobre eliminar esta función de dirimir controversias de la CRC y derogar la norma andina que consagra esta función como tal?

(MV): Si pero no puede derogarla con el Congreso Colombiano. El punto es creer en la CRC o no, depende de los funcionarios que pongan adentro. Una ley no depende de lo que diga la ley sino del que la va a ejecutar y el que le vaya a ejecutar que la ejecute, la vuelva eficiente. Entonces, si te digo que la CRC cumpla adecuadamente con esa función porque se la vamos a quitar, el punto es que la ley está mal hecha, o los funcionarios están mal dirigidos, porque que cada vez que algo falla se quiere cambiar la ley, pero de pronto fue que el funcionario no tuvo los pantalones, no tuvo el tesón como decía el Maestro para hacer las cosas.

Entonces no hay que cambiar la ley, hay es que cambiar al funcionario que no hizo la tarea. Pero si a la CRC le llega un caso de interconexión y tiene esa facultad de resolver controversias, pues métase de una y la resuelve, y es que la ley se lo dice, pero no lo hace por un poquito de temor. Y ahora cuando llega jurisdiccionalmente, eso tampoco, porque es una papa caliente son miles de millones de pesos, y como lo va a resolver, se les vuelve es un problema; y a veces el eludir los problemas es lo que se convierte en una indebida practica en punto de la ley.

PREGUNTA: ¿Que opina que resuelvan los conflictos solo los jueces?

(MV): En el grueso de la experiencia con un Perito está a salvo. Él perito sabe qué hacer. Pero si creo que vale la pena que haya una sinergia, si la CRC no tiene la facultad debe contratar una persona que conozca de derecho procesal, que no necesariamente es el juez, puede ser el secretario que es el que debe saber el procedimental, y el juez es el que debe conocer el derecho desde el punto de vista sustancial. Entonces va a depender mucho de la infraestructura que le pongan, porque si no le ponen una infraestructura buena, eso no sirve para nada. Entonces depende mucho de la infraestructura y de las personas que elijan efectivamente.

PREGUNTA: ¿Cuál va a ser la solución para este momento para la CRC que tiene el caso en las manos por resolver?

(MV): Yo creo que la CRC cogería mucha fuerza y sería más respetada dentro de todos los operadores, si asume esa competencia y si comienza a ejecutar ya mismo la ley que ella está creando, entonces lo que veo es muy beneficioso porque de pronto, no va a tener los riesgos que tiene la rama en muchas cosas. Entonces por ser empleados un poquito más

elaborados, más técnicos, de pronto eso hace que no tenga tanto riesgo, como en un juzgado donde hay demoras, entonces yo creo que sería más eficiente, si efectivamente es la CRC la que se queda, pues es un ente especializado que puede aportar muchísimo más.

PREGUNTA: ¿Considera que la teoría sobre la interpretación en conjunto de la norma vigente andina, y la norma colombiana que le da la función a la CRC, sería el soporte para que la CRC tenga el argumento suficiente para asumir competencia en los casos que le remitió el Consejo de Estado y pueda fallar?

(MV): Si claro, puede salir un auto diciendo que dado que el Tribunal Andino lo ordenó, se ha hecho una revisión y se ha encontrado que tienen facultades por la norma internacional, o que no las tiene.

Comentario de la entrevistadora: qué opina de la remisión que el Consejo de Estado le hizo a la CRC de los expedientes?

Si, le da una fuerza gigante, pues que el Consejo de Estado lo hubiese dicho ya la cosa es diferente.

Teniendo en cuenta que en este capítulo se presentaron cuatro frentes, que corresponde al Regulador⁹⁵³, el Juez, el Legislador y el Árbitro, se intentará plasmar las percepciones e impresiones recogidas.

En cuanto al ex funcionario del Regulador, aceptó un acercamiento a la materia, con buena disposición y gran interés por las facultades que rodea al organismo.

Sobre el Juez de lo Contencioso, acceder a él tuvo un grado de dificultad, conseguir la cita no fue sencillo, no obstante se mostró generoso en el tiempo y los conocimientos. La actitud fue muy positiva durante la entrevista. Fue tarea difícil lograr la participación de jueces y exjueces.

⁹⁵³ Se abordó a un exfuncionario como ya se mencionó. En el desarrollo del trabajo, se intentó entrevista con un funcionario del regulador, sin lograrlo. Se apreció prudencia y discreción para emitir opiniones sobre el asunto, por tratarse de temáticas que estaban por resolverse por la autoridad.

Al Legislador, se notó con gran interés y dinamismo con la materia de estudio, no se percibió prevención en los aspectos abordados, ni en las respuestas a las preguntas formuladas.

El Árbitro, acepto con facilidad el encuentro, se mostró con gran interés en el tema y se expresó con gran libertad y autonomía, fue directo y abierto.

Considero

Por último, como ya se había comentado, en esta parte de la investigación, se tomaron algunas de las entrevistas realizadas, que por su gran contenido fueron transcritas, y cuyos aportes se constituyen en parte trascendental del cuerpo integral de este trabajo de investigación⁹⁵⁴.

El cuestionario previsto, fue una guía que permitió acercarnos al tema, y que en la mayoría de los casos sirvió de norte sin delimitar y frenar los diferentes aspectos que quiso tocar el entrevistado. Los roles fueron respetados por el entrevistado y entrevistador; se trató de actividades como hablar, escuchar y reconducir cuando era necesario⁹⁵⁵.

⁹⁵⁴ Aunque en principio se pensó en incluir las entrevistas como parte de los anexos, luego se consideró que son parte relevante de este trabajo de investigación con componente sociológico.

⁹⁵⁵ La duración aproximada de cada encuentro en promedio, fue de una hora y media. Casi la totalidad de entrevistados autorizaron la grabación de audio del encuentro.

CONSIDERACION FINAL DE LA TERCERA PARTE

El sentir y las opiniones de los actores consultados, en la mayoría abogados, un economista, unos parte de la industria, otros funcionarios públicos y varios académicos, se recapitulan de la siguiente manera bajo puntos algunos frecuentes y otros divergentes con un común denominador, la necesidad de encontrar claridad sobre la competencia para ejercer la función de resolver controversias entre los PRSTS.

Se analizaron las diferentes posiciones esbozadas sobre la materia de estudio y se encontraron varias tesis: unas relacionadas con la efectiva competencia de la Comisión sobre el régimen especial que tiene el sector TIC; otras en relación con las normas andinas sobre telecomunicaciones, la facultad sancionatoria de la Comisión, las particularidades del contrato de interconexión y los cargos de acceso para promover la competencia, el cambio de naturaleza de la función de dirimir controversias por parte de la Comisión. Y finalmente se refirieron al ejercicio de la función administrativa de resolución de conflictos por parte del Regulador.

A continuación, se describen las principales tesis que se extrajeron para lo cual se presentan en tres partes, el punto de vista de profesionales que eran parte de un PRST; de un ex funcionario y un funcionario del Regulador, un Congresista, un Magistrado del Consejo de Estado, un ex Magistrado del Consejo de Estado, un Árbitro, así como de los académicos.

Así mismo se plasmó al final de esta Tercera Parte y con el objetivo de encontrar elementos que enriquezcan y sumen a la Cuarta Parte, un resumen de opiniones según los frentes, así como cuadros detallados con los aspectos más destacados en relación a las diferentes entrevistas, que hacen referencia a los principios mencionados, los debería, los podría, las dudas manifestadas, y la mención particular a la norma andina.

De esta manera se desarrolló lo planteado:

1. Punto de vista de los profesionales que fueron parte de un PRST:

De las entrevistas realizadas a los profesionales que han trabajado en un PRST, se pueden identificar dos tesis, a saber:

- 1) La razón de ser de la facultad de solución de controversias en cabeza de la CRC es la necesidad de que los múltiples conflictos que se presentan entre los PRST sean resueltos de manera ágil y eficaz; aunado a ello, la especialidad que demanda un tema de carácter técnico deviene en que sea la Comisión la entidad llamada a resolverlos. Por lo anterior, y a fin de evitar que los Tribunales de Arbitramento asuman una competencia que no tienen, la CRC al conocer de un conflicto en materia de cargos de acceso, debe no sólo definir la modalidad y el valor máximo aplicable, sino también establecer el quantum que resulta de efectuar el cálculo de la decisión por ella adoptada y la fecha a partir de la cual debe pagarse.
- 2) La Comisión no está en capacidad para absorber una competencia que implique tantas aristas, salvo que se trate de conflictos que requieran inmediatez para garantizar la continua y efectiva

prestación del servicio público. Así las cosas, se requiere una reforma de la Comisión de Regulación a fin de dotarla de facultades sancionatorias que le sirvan para hacer cumplir su propia regulación.

2. Punto de vista de un ex funcionario del Regulador:

- 1) Según los indicadores de volumen y tiempo, el balance en Colombia es positivo, pese a que exista aún la controversia sin resolver entre ETB y CLARO porque esta responde a las dudas que tenía la CRC frente a su capacidad reguladora de cargos de acceso en red móvil, y no a la función de resolución de conflictos.
- 2) La facultad en cabeza de la CRC debe ser ampliada para desincentivar que los conflictos sean puestos de la jurisdicción ordinaria o de los árbitros.
- 3) La CRC debería tener funciones jurisdiccionales, en consecuencia, al momento de resolver la controversia debe tener en cuenta las condiciones generales regulatorias que buscan proteger la competencia, no al competidor, es decir, sus decisiones deben estar guiadas a atender el interés general. Así mismo, se deben reforzar las garantías de independencia e imparcialidad y ampliar el ámbito a otros agentes más allá de los PRST.
- 4) La competencia de la CRC está circunscrita únicamente a temas regulatorios; las controversias contractuales no hacen parte de su ámbito competencial.

- 5) Es frecuente que los reguladores tengan la facultad de solución de controversias, por la existencia de los contratos de interconexión en el sector que lo amerita.
- 6) Los contratos de interconexión se revisan continuamente y no son de largo plazo.
- 7) La interconexión tiende a crecer, y cada día se hace más compleja con la llegada de Internet, los datos, la convergencia y las nuevas relaciones que se generan.
- 8) La Comisión tiene facultad sobre temas relacionados con acceso e instalaciones esenciales por parte de proveedores de datos, infraestructura, redes de fibra, y televisión por cable.
- 9) La Comisión de Regulación debe fortalecerse, se le debe otorgar mayor fuerza a la función, y en cuanto a la resolución del conflicto, este Ente debe fijar un parámetro objetivo y las consecuencias que le permitan a las partes reclamar ante otra instancia.
- 10) Las diferentes tesis que se han pronunciado respecto a la competencia o incompetencia de los tribunales arbitrales, traen inseguridad y ponen en entredicho la competencia de la Comisión.

3. Punto de vista del Exmagistrado:

- 1) Otorgar a la Comisión funciones cuasijurisdiccionales, acompañado de una reforma en su interior que separe las funciones de los comisionados de aquellos que diriman conflictos.

- 2) La potestad de dirimir conflictos hace parte de la función de regular en un sector. Se trata de la tecnificación de la resolución de conflictos. Un súper regulador con funciones jurisdiccionales.

4. Punto de vista del Congresista:

- 1) Otorgar función cuasijurisdiccional al regulador. Blindar sus decisiones, bajo la permanencia como autoridad administrativa ex ante en coordinación con las autoridades de competencia, control y vigilancia. No sobrecargar al regulador con funciones que hoy están a cargo de otros.
- 2) Un regulador convergente que regula, vigila y controla, “un regulador completo” o un regulador cuya intervención es ex ante, son dos posturas opuestas según la visión del exmagistrado y el congresista.

5. Punto de vista de los Académicos:

De las respuestas otorgadas por los académicos de Derecho Administrativo y Derecho de las Telecomunicaciones, se extraen las siguientes conclusiones:

- 1) La CRC tiene la función de resolución de controversias porque cuenta con la idoneidad que demandan temas tan especializados como los que se presentan entre los PRST, aunado a ello, es una función innovadora, eficaz y eficiente.
- 2) Cuando resuelve una controversia, la CRC debe actuar bajo los mismos parámetros que un juez, por lo tanto, sus decisiones se deben ajustar a Derecho y se deben respetar las garantías judiciales, tales como, el debido proceso. En suma, esta función particular debe

ejercerse bajo parámetros distintos a los de las demás actividades administrativas que realiza la entidad.

- 3) Los temas exclusivamente patrimoniales no deben ser objeto de decisión por parte de la CRC. No obstante, ante la dificultad de desligar los temas patrimoniales de los temas regulatorios, debe examinarse en el caso concreto cuál es de mayor entidad, esto es, si priman los efectos económicos de la decisión o el interés general.
- 4) Los agentes económicos tienen un alto grado de confianza en la regulación ex ante de la Comisión, no obstante, surgen para ellos diversas dudas en cuanto a la aplicación que hace la CRC de la regulación en la resolución de un caso particular.
- 5) Para evitar la deferencia judicial ante la discrecionalidad técnica del Órgano Regulador, el juez debe apoyarse en el análisis pericial y debe atender siempre la protección y consecución de los fines que se predicen del Estado y el interés general.
- 6) La regulación es la aplicación de derecho público a sujetos privados y las relaciones entre ellos, en la medida en que de esas relaciones dependen y están presentes dimensiones públicas.
- 7) Se critica tanto la normatividad nacional en la Ley 1341 de 2009 y la Ley 142 de 1994 como la Directiva del 2001 de la Unión Europea, que contemplan que se tendrá como criterio para actuar en la solución de conflictos lo que más convenga a la libre competencia.
- 8) Los conceptos que emite la Comisión pueden afectar el principio de juez imparcial al asimilar a la Comisión a un juez administrativo.

- 9) La constitucionalidad de la función se mantiene en la línea de que el Regulador tiene la función de dirimir controversias.
- 10) Otra tesis, considera que es extraño que una Comisión con función administrativa, pueda resolver conflictos entre particulares.
- 11) Los pronunciamientos de la Comisión generan precedente. La Comisión debe justificar y argumentar sus decisiones y los cambios en caso dado.
- 12) La Comisión para resolver conflictos debe ser un organismo imparcial e independiente; aspecto que está en duda al depender de la rama ejecutiva. Es importante que los operadores tengan la información de cómo se decidió un caso, y además que esta decisión sea definitiva, con el fin de que ajusten sus comportamientos en el mercado.
- 13) El Regulador de las Telecomunicaciones no es un órgano independiente, tiene autonomía legal. El Ministerio al que está adscrito tiene el control de tutela.
- 14) La eficacia de la Comisión se puede medir según el desempeño, gestión, política, y funciones que tiene que cumplir la entidad con los mejores recursos, y en un periodo razonable.
- 15) Otro tema es medir individualmente una decisión, y determinar si es eficaz la medida o el derecho, cómo fue interpretado y cómo se aplicó y si tuvo el alcance deseado en el mercado, o si fue una decisión indicativa.

- 16) Respecto a las facultades de la Comisión para resolver controversias contractuales que se presentan entre operadores, se considera que podría tener a capacidad técnica para hacerlo, ahora bien, no está claro hasta dónde van los poderes que tengan.
- 17) La deferencia del juez frente al control jurisdiccional de las decisiones del Órgano Regulador, puede estar dada por la discrecionalidad técnica de este órgano especializado.
- 18) El juez tiene herramientas para sustentar sus decisiones, sin embargo es factible que acepte la decisión que tomó la administración, por el carácter técnico que acompaña al Órgano Regulador en este caso.
- 19) Es necesario determinar si la actividad de la administración es discrecional o si es reglada y por otra parte determinar cuál es el propósito de la decisión que la administración toma, que seguramente está orientada a la obtención de los fines del Estado.
- 20) El juez puede hacer una valoración más amplia y no atenerse a los aspectos técnicos exclusivamente, tiene facultad para anular la decisión y de paso, decidir de fondo sustituyendo a la administración. El aspecto crucial será cómo los jueces abordan el caso que les corresponda.
- 21) Otro punto que se debe analizar son los aspectos de fondo de la controversia, pues su temática podrá dar como resultado que se esté frente a un tema discrecional del Regulador.
- 22) Queda la inquietud si los aspectos de contenido técnico deben dejarse en manos solo de la administración.

- 23) El Estado interviene en la actividad de sujetos privados, cuando estos ejercen sus actividades dentro de un sector en el cual la competencia no se da de manera libre y en la cual amerita que esta se nivele.
- 24) La actividad de la administración es una actividad nueva, no es del todo una actividad arbitral. Se trata de la prolongación del derecho público a los particulares.
- 25) Se considera que la justificación se da por los procesos de privatización, por la entrega de diferentes sectores a la competencia. Sin embargo, esta condición no los deja del todo en el ámbito particular, y por ese motivo sus actores y la actividad de prestación, quedan sujetos a la supervisión de la administración.
- 26) La decisión del Regulador sobre las controversias debe estar orientada por los intereses generales que están en juego, además de las pretensiones de las partes.
- 27) Acerca de las decisiones del Regulador en la relación contractual de las partes, se ve afectada pues se observa que se impone el contrato frente a la regulación legal, que cada día más se ha ido desvaneciendo, en la cual el particular ya no tiene sujeción estatutaria con unos derechos, sino una situación contractual entre operadores, a raíz de las privatizaciones.
- 28) Es importante destacar que el contrato como tal entró a sectores como el de los servicios públicos, y que todo no puede dejarse en manos de este instrumento, porque se hace presente la desigualdad de contratación.

- 29) Se ha venido dando un giro porque veníamos de un régimen legal con derechos y garantías, y se está introduciendo un régimen contractual, en el cual según la materia se puede entrar si hay alguna regulación legal o jurisprudencial.
- 30) Por otra parte, acerca de las funciones del Regulador, se observa que estas de alguna manera se asimilan a las ramas legislativa, administrativa, y la jurisdiccional.
- 31) El Regulador como autoridad administrativa está en sectores donde hay un componente que no es la ley, que corresponde al mercado y que debe valorar y concretar, y respecto del cual debe adecuar el régimen legal, sumado a sus decisiones de contenido técnico y especializado.
- 32) Sobre el control jurisdiccional de la decisión, y la deferencia judicial, es importante tener en cuenta que el juez evalúa las condiciones formales, sin embargo es el Regulador quien analiza y evalúa al mercado.
- 33) Acerca de la facultad de resolver controversias del Órgano Regulador de las telecomunicaciones entre los PRST es necesario preguntarnos si es imperioso crear una justicia especializada por sector.
- 34) Más allá de crear jueces expertos en las materias, se deben mirar las instituciones básicas y determinar si la solución está en ellas.
- 35) La función judicial tiene características positivas como el acto judicial, los procedimientos, la función imperativa, la fuerza de la cosa juzgada, la independencia, la legitimidad para dirimir el conflicto, el recurso de apelación la prescripción, y los efectos retroactivos de la decisión.

- 36) Hay decisiones importantes del sector de las telecomunicaciones en Colombia que fueron tomadas por jueces, como la apertura de la competencia, el ingreso de operadores de servicios de larga distancia y la numeración a operadores de *trunking*.
- 37) Los aspectos a repensar corresponden más que a la autoridad, a un procedimiento garantista.
- 38) La decisión de la autoridad administrativa que dirime el conflicto no es definitiva y está sujeta a la revisión judicial, que tampoco resuelve de fondo.
- 39) El Ente Regulador no está llamado administrar justicia, sino a ejecutar. Es una autoridad que no es independiente, ni imparcial, además sus funciones con la Ley 142 de 1994, no eran funciones autónomas.
- 40) Al considerar la hipótesis que a la Comisión de Regulación de las Comunicaciones se le otorgaran funciones jurisdiccionales, debería regirse por el Código General del Proceso, por el régimen de inhabilidades de los jueces, y por las normas de procesos judiciales.
- 41) Las decisiones del regulador deberían basarse en los medios de prueba esencialmente y decidir sobre los hechos, la apelación ante la misma jurisdicción.
- 42) Quien dirime al interior del Ente Regulador debe ser un funcionario especializado en la materia.

6. Punto de vista del Magistrado:

- 1) unción jurisdiccional caracteriza la rama judicial, sin embargo puede ser ejercida por otras autoridades del Estado, como aquellas de carácter administrativo.
- 2) Para definir los conflictos está el juez, sin embargo la ley otorga la función de carácter jurisdiccional cuando entrega a una autoridad la potestad de dirimir un conflicto.
- 3) La norma andina no derogó a la jurisdicción nacional en el caso de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, pues lo que hizo fue entregarle la función a una autoridad estatal.

7. Punto de vista del Árbitro:

- 1) La CRC debe asumir la competencia que le dio la norma andina y la ley nacional y empezar a ejecutar, es decir a dirimir conflictos.
- 2) Cada vez que algo falle no puede traer como consecuencia el cambio de la ley. Es importante que quien la ejecute, la vuelva eficiente.
- 3) Las facultades jurisdiccionales de una autoridad administrativa no pueden estar contagiadas por la facultad administrativa.
- 4) La norma nacional no implemento la jurisdicción de la CRC. Colombia no ha cumplido al darle facultades jurisdiccionales a la Comisión.

A continuación se presenta la tabulación de las consideraciones de los diferentes frentes, cuya conexión está directamente relacionada con la problemática específica que se pretende resolver.

Para el efecto se propone un cuadro, compuesto de filas con los roles de los entrevistados de los frentes:

FRENTE	JUSTIFICACIÓN DE LA FUNCIÓN. AUTORIDAD ADMINISTRATIVA	ALCANCE DE LA FUNCIÓN	EN RELACIÓN CON EL CONFLICTO	REQUIERE REFORMA LA FUNCIÓN. OTORGAR FUNCIÓN JURISDICCIONAL
PRST	Se otorgó la función a la Comisión por agilidad, eficacia y especialidad	La Comisión tiene competencia para definir parámetros, topes, y establecer quantum.	Se generó inestabilidad jurídica en torno a los resultados de cualquier proceso.	La facultad de dirimir conflictos ya la tiene la Comisión. Es una función integral.
PRST	<p>-Inmediatez -Proteger continua prestación del servicio.</p> <p>A la Comisión se le otorgó la facultad de resolver controversias, para hacer más expedito, ágil, especializado y eficaz el tratamiento de los conflictos que en esa materia surjan entre los agentes activos del sector de las TIC.</p>	La Comisión no está en capacidad para absorber una competencia y para manejar unos conflictos de esta naturaleza; involucra demasiadas instancias, y tiene muchas aristas que la Comisión como cuerpo técnico no puede manejar.	La mejor solución sería que los operadores finalmente lleguen a un acuerdo. Que el mismo sector dijera tenemos que llegar a un acuerdo sobre esto, así sea entre nosotros mismos, decidiendo cómo se va a hacer y cerrando los pleitos.	Sí se requiere una reforma. Pero no enfocada a que pueda resolver estos pleitos de años atrás, sino a que pueda tener un poco más de dientes, para resolver los que va a tener ahora, lo que puede asumir de aquí para adelante. La Comisión debe tener función sancionatoria. Debe tener unas funciones para que sus decisiones las pueda hacer cumplir.
EX REGULADOR	Se otorgó la función a la Comisión por agilidad, eficacia y especialidad.	La Comisión fija parámetros objetivos. Las consecuencias de pagos de dinero por ejemplo, que ese tema traiga en cuanto a reclamos del pasado, o del	El regulador tenía dudas frente a la capacidad reguladora sobre los cargos de acceso de las redes móviles.	Ampliar facultad de resolver conflictos de la Comisión. Se debe desincentivar acudir a la jurisdicción ordinaria y arbitral para estos temas. Otorgar mayor fuerza a la función.

		futuro, no son de ella.		Si otorgar función jurisdiccional a la Comisión.
ACADEMIA	<p>Idoneidad y Especialidad.</p> <p>Función innovadora, eficaz y eficiente.</p> <p>Requiere parámetros distintos a las demás actuaciones administrativas.</p> <p>Intervención del Estado donde la competencia no se da de manera libre.</p> <p>La regulación no es más que meter una cuña de derecho público. Es aplicar derecho público a sujetos privados y a las relaciones entre estos sujetos privados.</p>	<p>Cuando la Comisión resuelve debe actuar con un juez.</p> <p>No debe resolver conflictos patrimoniales. Debe estar presente la dimensión pública, y el interés general.</p> <p>La Comisión tiene autonomía legal, no es un órgano independiente.</p> <p>Hay gran similitud de las funciones de la Comisión a los poderes públicos.</p> <p>El regulador está llamado a ejecutar, no administrar justicia.</p> <p>Las decisiones generan precedente. La Comisión debe justificar y argumentar su cambio.</p> <p>La actividad del regulador no es una actividad arbitral.</p> <p>No todo se puede dejar en manos del contrato.</p>	<p>Ante el control de legalidad se considera que hay deferencia judicial frente a discrecionalidad técnica del regulador.</p> <p>Algunos consideran extraño que la Comisión dirima conflictos.</p> <p>Se considera que la Comisión tiene capacidad técnica para resolver controversias contractuales. Duda límite de su facultad.</p> <p>La decisión de la autoridad administrativa no es definitiva, y la jurisdicción contenciosa no resuelve el problema de fondo.</p> <p>Se critica que el criterio para actuar en la solución de conflictos, sea lo que más convenga a la libre competencia.</p>	<p>Si reformar. Se requiere mayor independencia</p> <p>Que las decisiones que tome sean definitivas.</p> <p>Que se mida la Eficacia de la Comisión en general de acuerdo a las funciones, según gestión, política y desempeño.</p> <p>Que se mida individualmente una decisión particular para determinar la eficacia de la medida, o del derecho, su alcance e interpretación.</p> <p>El juez que valore la decisión de la administración podría ir más allá de los aspectos técnicos y anularla, y podría resolver de fondo.</p> <p>Se requiere procedimiento garantista.</p> <p>Garantizar la especialidad e independencia del funcionario que dirime.</p> <p>Brindar garantías de Debido proceso.</p> <p>La Comisión al actuar como juez debe respetar garantías judiciales.</p>

		Debe actuar de acuerdo con la ley y el mercado el cual debe valorar y concretar		Orientar decisiones hacia los intereses generales, más allá de las pretensiones de las partes. Si se otorga funciones jurisdiccionales a la Comisión, deberá regirse por el Código General del Proceso, por el régimen de inhabilidades de jueces y por normas de procesos judiciales. Algunos afirman que no se debe otorgar la función jurisdiccional a la Comisión.
EX MAGISTRADO	Organismo que interviene desde la lógica de la regulación. La Comisión interviene en el mercado para que este funcione de la manera más equilibrada posible.	La función de dirimir conflictos hace parte de la función de regular.	La Comisión no necesitaría facultades nuevas porque casi todo lo pueden hacer sin tener función jurisdiccional. Sin embargo es útil otorgarle función cuasi jurisdiccional o "función de resolución de conflictos"...	Si reformar. Se deben separar funciones de los Comisionados de aquellos que diriman conflictos. Tecnificar la función. Crear un súper regulador con función jurisdiccional. Sí otorgar función cuasi jurisdiccional a la CRC
MAGISTRADO	Organismo técnico y especializado.	La ley otorgó la función de carácter jurisdiccional cuando entregó a una autoridad la potestad de dirimir un conflicto. La norma andina entregó la función a una autoridad estatal.	Se puede interpretar norma andina y ley nacional para considerar que la Comisión tiene la función jurisdiccional. Sin embargo, es necesario norma expresa que lo consagre.	Si otorgar función jurisdiccional a la Comisión.
LEGISLADOR	El mayor conocimiento técnico y el estar dentro del sector, le permite a la	La Comisión tiene la competencia para resolver conflictos.	Es necesario la permanencia y coordinación con autoridades de competencia	Si reformar. Crear un regulador convergente que regule, vigile y controle.

	Comisión resolver de una mejor manera.	El regulador ha ido madurando y adquiriendo mayor experticia.	y de control y vigilancia.	Si otorgar función cuasi jurisdiccional a la Comisión. Se deben blindar las decisiones de la Comisión.
ARBITRO	La Comisión tiene la función como autoridad de naturaleza administrativa bajo norma nacional.	La Comisión debe asumir la competencia que le dio la norma andina y la ley nacional y empezar a ejecutar, es decir a dirimir conflictos.	Colombia no ha cumplido al darle facultades jurisdiccionales a la Comisión.	Al interior de la Comisión se debe separar función de regulación de la función de dirimir el conflicto. Si se debe otorgar la función Jurisdiccional a la Comisión

LAS EXPRESIONES DE DUDAS MANIFESTADAS

- Cuando la Comisión ya se ha pronunciado sobre la manera de interpretar una norma, a uno le queda la duda de si es un juez imparcial, juez administrativo, juez de función administrativa, para resolver el conflicto cuando ya ha definido una posición a veces en conceptos, o en opiniones o en un caso particular.
- La Comisión es técnico en poner las reglas, pero creo que en el momento que ya aplicarlas a un caso concreto de resolver un conflicto, ahí es donde principalmente surgen las mayores dudas de los agentes económicos.
- sino de las dudas que en su momento tenía la CRC, frente a la capacidad reguladora de cargos de acceso en red móvil. Recordemos que cuando esto sucede en el 2000, dijo que el presidente a pesar de ser el jefe de la autoridad de competencia y de tener esta un mandato, lo quiso remover, y ahí la Corte le dijo no puede removerlo, eso nunca ha pasado en Colombia y uno no sabría qué pasaría si puede o no puede, o el Legislador quiso que fuera sobre todo el periodo, ahí hay una duda que queda, y hasta tanto no se resuelva tienen un alto grado de autonomía pero no independencia.
- Alrededor de la función se han generado muchas dudas. La Comisión ha buscado el ejercicio de sus competencias, dentro del objeto principal de la CRC que es promover la competencia y mejorar el ejercicio del derecho de los usuarios.
- CRC esta es una tarea jurisdiccional que le compete, usted es el que tiene que dirimir ese tipo de conflictos. Eso despejaría por completo las dudas de la CRC, eso por supuesto sería un espaldarazo legal de derecho positivo, por supuesto le permitiría actuar sin temores, aun cuando yo pienso, insisto en que ya lo puedo hacer tomando como base en lo que ha dicho el Tribunal Andino de Justicia,
- La Comisión para resolver conflictos debe ser un organismo imparcial e independiente; aspecto que está en duda al depender de la rama ejecutiva.
- En caso dado que lo que ha hecho la CRC que dirime conflictos sin tener facultades del artículo 116 de la Constitución Política, pueda ser respaldado por la norma internacional, ahí estaríamos en un problema, si todo lo anterior fue jurisdiccional?, y si lo nuevo es jurisdiccional?, ahora nadie va a llegar a ese nivel de detalle, pero es una discusión doctrinal y bueno esto como va a ser? y que paso con lo anterior?
- El conflicto normativo con la 1341, o sea el problema sería con una norma que, son funciones que nunca han sido jurisdiccionales, son funciones no quieren ellos

que sean jurisdiccionales, entonces que al juez también le ha dado como susto, el cuasi, el de pronto.

- Es solamente el artículo 116 de la Constitución Política (C.P) el que puede otorgar facultades jurisdiccionales a un ente administrativo? o directamente la norma internacional ya le da facultades a eso?, y eso es lo que va a resolver la CRC cuando le llegue todo, y la salida sería no solamente el 116 de la C.P es el que da facultades jurisdiccionales a un ente administrativo, sino también a través de tratados internacionales donde el Estado se obliga a ello. Sin embargo nadie las ha operado, ni siquiera quien las tiene las sabía, entonces hay un primer problema de si el que las tiene las sabía, que es lo que es la eficacia del derecho o la ineficacia del derecho pero la existencia del derecho si esta.
- Debería quedar en manos de la administración los aspectos de contenido técnico y no en manos de los jueces?

EXPRESIONES SOBRE LOS DEBERÍA

- La Comisión debería tener funciones de naturaleza jurisdiccional.
- La Comisión debería tener dientes.
- Los cargos de acceso deberían ser competencia de la Comisión.
- La Comisión debería ser independiente
- En el control de legalidad de un acto, el juez debería controlar hasta donde sus facultades se lo permiten
- La tecnicidad se debería dejar en manos de la administración.
- Debería reflexionarse en las instituciones básicas y analizar si la solución está en volver a ellas, en vez de crear jueces especializados.
- En el caso de los cargos de acceso, hay dos modos de remunerar que no son equivalentes. Se debería cobrar igual para que no haya discriminación.
- Se debería analizar que es más garantista cuando una autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, resuelve como juez. Debería hacerlo un funcionario especializado.
- Debería profundizarse más la competencia de solución de controversias del Regulador
- Dentro de este regulador debería haber un ente con esa especialidad y esa capacidad para poder resolver y actuar en esta materia de resolución de conflictos.
- Las decisiones del regulador deberían basarse en los medios de prueba esencialmente y decidir sobre los hechos. La apelación debería ser ante la misma jurisdicción.

EXPRESIONES SOBRE LOS NO DEBERÍA

- La Comisión no debería tener funciones de naturaleza jurisdiccional.
- No se debería quitar la función de resolver controversias a la Comisión.
- La definición de aspectos cuyo efecto patrimonial es exclusivo o preponderante, no debería ser de competencia de la Comisión.

EXPRESIONES SOBRE LOS PODRÍA

- En telecomunicaciones, todo requiere una inmediatez, y la única que podría definir determinados conflictos, es precisamente la Comisión
- Sobre esa base podría el juez también apartarse de esas concepciones técnicas y mirar más bien una valoración de índole más macro. Si se está fallando sobre una competencia discrecional, se dice que sí es puramente discrecional, el contencioso tiene facultad de anularla pero no de sustituir la decisión, mientras

que cuando es una facultad reglada, el contencioso puede, además de anularla, sustituir la decisión. En una facultad reglada de la administración puede anularla y restablecer el derecho.

- La Ley 1341 de 2009 contempla la función de dirimir los conflictos entre los operadores, sin embargo, no dice cuáles conflictos. Por lo tanto podría ser con ocasión o sin ocasión de los contratos. En principio, podría conocer cualquier conflicto.
- Respecto a la función judicial y que podría estar cargo de una autoridad administrativa, hay varios aspectos que vale la pena tener presentes y que otorgan garantías, como el acto judicial, los diferentes procedimientos, las instituciones propias, la función imperativa, la fuerza de cosa juzgada, el recurso de apelación y la prescripción.
- Alguien podría sugerir ya que la CRC no solo medie sino que arbitre.
- Si la CRC tuviera funciones de naturaleza jurisdiccional, necesitaría ver el bosque, y no podría ser un juez que de solo el derecho a cada cual.
- Aquí hay alguien especialista en la materia que de pronto puede resolver esos conflictos, con mayor no solamente celeridad sino con mayor acierto de lo que podría hacer un juez de la Republica, que sabe mucho de derecho administrativo, pero que no es especialista en el tema de las comunicaciones, al paso de que la Comisión Regulación correspondiente si lo es, y de pronto puede por consiguiente tomar unas decisiones más acertadas.
- ¿En cuanto a si lo haría un tribunal especial dentro de la Comisión?, Si. Así funcionaría, el problema es la composición, el problema es el comité y la Comisión. El problema es que el Ministro no puede ejercer funciones jurisdiccionales. El problema es que las funciones jurisdiccionales deben estar divididas de las funciones administrativas. ¿La pregunta es que tanto la CRC institucionalmente y orgánicamente puede soportar esto? Necesariamente tendría que ser el comité y no la Comisión. Y el comité fungiría como comité arbitral, pero no solamente ellos, entonces yo creo que podría fungir más como una instancia como un control pero tendrían que haber una garantía institucional para que no se confundan las dos funciones. Podrían no ser los comisionados, sería como una especie de delegatura, como pasa en las superintendencias.
- Hay un miedo que tiene la CRC, la lucha tan fuerte que tiene la CRC de que no se califique la función como jurisdiccional, hay un interés institucional de que no sea de esa manera, que no es muy comprensible, pero probablemente se podría explicar por el miedo a una desnaturalización de la función de regular
- La idea es que el regulador tenga la confianza de que la solución o decisión que él tome tenga el suficiente blindaje. Que no sea una decisión que después vaya al sistema jurisdiccional y se la echen para atrás, y el de pronto se vea abocado frente a los diferentes órganos de control a ser investigado por las decisiones que está tomando; entonces así como el juez también tiene esas garantías, que las pueda tener también la Comisión, un efecto de cosa juzgada, un blindaje de las decisiones del regulador. Creo que sería la forma como ellos podrían tomar decisiones con mayor seguridad, (...).
- Hay una situación acá y es cuando la CRC emita un acto o de los que ya emitió, debe dejar claramente establecido si su acto es de carácter administrativo o jurisdiccional. Porque si es administrativo evidentemente es la CRC, y pertenece al Consejo de Estado quien podría ir a verificar un contencioso, pero también debe determinar que cuando estamos hablando de materia jurisdiccional, quien sería la segunda instancia de la CRC? si la segunda instancia es el Tribunal Superior Civil? y este tan solo es un juez del circuito.
- Respecto a las facultades de la Comisión para resolver controversias contractuales que se presentan entre operadores, se considera que podría tener a

capacidad técnica para hacerlo, ahora bien, no está claro hasta dónde van los poderes que tengan.

EXPRESIONES CON REFERENCIA A LA NORMA ANDINA

- No creo que la Comisión lo vaya a resolver, y creo que en este momento estamos en el peor de los mundos, porque volvimos a dar otra solución, que era muy importante y nunca la tomaron,... qué pasó con la modificación de las normas andinas; al final nunca el Gobierno tomó la decisión, y hay un poco de irresponsabilidad, pues eran normas de interconexión que databan de más de 15 años, cuando la interconexión era totalmente diferente.
- La Comisión ha cambiado dos veces, cuando vino la modificación del 1130, vino la modificación de la Ley 1341, y las normas andinas nunca cambiaron, entonces, ha habido una irresponsabilidad estatal, entonces una solución digamos fácil sería, voy a la Comunidad y modifico la norma de telecomunicaciones y doy una salida para que estos pleitos que vienen de atrás se solucionen.
- Partamos de por qué los tribunales no pueden conocer, cuál es la razón. Una es la norma andina, que me decía que tenía que ir todo a la autoridad nacional de telecomunicaciones, y dos, es una autoimputada facultad de la Comisión, donde me restringe un poco. Es muy fácil cambiar una norma andina, requiere que alguien sepa y diga aquí hay un desorden, y modificar dos artículos. Se sigue dando vueltas sobre una cosa que se podía arreglar hace 10 años.
- Requiere una línea jurisprudencial clara, pues todas las entidades han tenido su propia posición, y no entienden el mundo de las telecomunicaciones. Primero no entendían el mundo de las normas andinas, y después se enredaron con el mundo de las telecomunicaciones, como va a pasar con el de infraestructura.
- Hay ciertos tópicos que antes de ser fallados por las autoridades judiciales colombianas, tienen que ser consultados con el Tribunal Andino.
- Sin embargo a nivel andino, en una norma andina aparece que la autoridad competente para fallar asuntos de telecomunicaciones es el ente especializado en telecomunicaciones, eso quiere decir que Colombia debió haber implementado en su momento dado alguna normatividad que le pudiese entregar facultades jurisdiccionales a la CRC.
- Porque si lo que hace es cumplirse con la norma andina, cada país debió crear en su ente administrativo las facultades jurisdiccionales, porque ya internacionalmente se las habían otorgado.
- La IP lo que quiere decir en el fondo es que tenemos facultades jurisdiccionales en la CRC desde el año 2000, este es el punto de fondo.
- Puede salir un auto diciendo que dado que el Tribunal Andino lo ordenó, se ha hecho una revisión y se ha encontrado que tienen facultades por la norma internacional, o que no las tiene.
- La norma andina no derogó a la jurisdicción nacional en el caso de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, pues lo que hizo fue entregarle la función a una autoridad estatal.

PRINCIPIOS ALUSIVOS

- Principio de separación de los poderes
- Principio de protección de la libre competencia
- Principio de protección de los derechos de los usuarios
- Principio de integralidad (artículo 5 de la Resolución 463)
- Principio de la colaboración armónica de las ramas del poder público

**CUARTA PARTE. ELEMENTOS PARA LA EFICACIA DE LA FUNCIÓN
DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA COMISIÓN DE
REGULACIÓN DE COMUNICACIONES**

Una vez esbozados, el marco teórico y conceptual de la función de resolución de controversias por parte del Órgano Regulador de Telecomunicaciones, los fallos jurisprudenciales relacionados, la regulación aplicable, el estudio de caso, las diferentes tesis planteadas en las decisiones de tribunales arbitrales, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Consejo de Estado, y las opiniones de aquellos involucrados desde distintos frentes con el asunto central de la presente investigación⁹⁵⁶, se presentan las siguientes propuestas alrededor de la Comisión y sus funciones, con el fin de contribuir a la discusión sobre la actividad de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en concreto, respecto de la función de solución de controversias entre operadores de telecomunicaciones, para que esta se desarrolle dentro de los postulados del Estado Social de Derecho, y los principios de la función pública, en particular, el principio de eficacia⁹⁵⁷.

⁹⁵⁶ En este sentido, unos apartes de Viehweg de Tópica y Jurisprudencia, para reflexionar: *Así dentro de sus conclusiones, vinculadas a la solución del caso particular, refiere como modelo tópico, a aquel que se funda en los siguientes tres presupuestos copulativos: 1). “La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema; (2) “Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tiene que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él”; (3) “Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser comprendidas desde él”; (4) “Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema”* VIEHWEG, Theodor. Tópica y Jurisprudencia. Traducción realizada por Luis Diez-Picazo. Navarra: Thomson - Civitas, 2007.

⁹⁵⁷ Artículo 209 de la Constitución Política: *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.* El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), consagró en el artículo 3 que todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. En particular sobre el principio de eficacia consagró: *11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.*

La provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, como servicio público, tiene un papel fundamental frente al ejercicio de los derechos fundamentales, en este sentido, la Corte Constitucional consideró que “*los servicios públicos son una actividad económica que compromete la satisfacción de las necesidades básicas de la población, y por ello mismo la eficacia de ciertos derechos fundamentales*”⁹⁵⁸. Por lo anterior, la importancia de las facultades de regulación se encuentra en que esta actividad está atada a los fines esenciales del Estado⁹⁵⁹.

Actualmente, la principal discusión sobre la facultad de resolución de controversias del Ente Regulador en Colombia se ha referido a la competencia para conocer de los conflictos de interconexión entre los operadores, cuyo origen se encuentra en las diferentes normas que han regido la materia, como el Decreto 2122 de 1992⁹⁶⁰, la Ley 142 de 1994, la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, la normativa comunitaria andina, especialmente, la Decisión 462 de 1999 de la Comisión de la Comunidad Andina y la Resolución 432 de 2000 de la Secretaría de la Comunidad Andina; y finalmente, la Ley 1341 de 2009, actual estatuto de las telecomunicaciones, también conocida como la Ley de TIC.

⁹⁵⁸ Sentencia C-186 de 2011, ya citada. Para mayor ilustración: *De igual manera, en lo concerniente a los servicios públicos, la intervención económica adquiere una finalidad específica, consistente en asegurar la satisfacción de necesidades básicas que se logra con su prestación, y tiene un soporte constitucional expreso en el artículo 334 de la Carta. Pero, “adicionalmente, en tal materia el Estado dispone de especiales competencias de regulación, control y vigilancia, pues tal prestación se considera inherente a la finalidad social del Estado, por lo cual es deber de las autoridades asegurar que ella sea eficiente y cobije a todos los habitantes del territorio nacional”*.(1) (...) “**la intervención del Estado** en la actividad de los particulares que asumen empresas dedicadas a este fin **es particularmente intensa**, y su prestación se somete a especial regulación y control” (2) (negritas agregadas).(Ver cita (1 y 2): Sentencia C- 615 de 2002).

⁹⁵⁹ *Ibíd.*

⁹⁶⁰ Como antecedente del nacimiento de la Comisión a partir de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.

La normatividad citada, las decisiones del Regulador, los pronunciamientos del Consejo de Estado, la sentencia del Tribunal Andino y las recientes Interpretaciones Prejudiciales, junto con los nuevos laudos arbitrales, han dado lugar a las diferentes interpretaciones señaladas y a la ausencia de claridad en cuanto al alcance y eficacia de la competencia de la Comisión para dirimir las controversias entre los operadores durante la ejecución de la interconexión⁹⁶¹.

Por lo tanto, como consecuencia lógica, luego de trascurrir por diferentes etapas de la investigación, se considera que el camino recorrido brinda herramientas suficientes para arriesgar una propuesta alrededor del tema central correspondiente a tres aspectos básicos orientados a unos elementos finalísticos, organizacionales y funcionales que permitan un cambio en la estructura de la Comisión, la naturaleza de sus facultades, la consonancia con el ordenamiento constitucional de las mismas, y su responsabilidad política, en el marco de la tridivisión de poderes.

⁹⁶¹Eficacia corresponde a uno de los principios de la función administrativa que además de regir a las autoridades administrativas también le aplica a los particulares que prestan un servicio público. En este sentido ver Sentencia C-815 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. En particular: *Al asumir los particulares la prestación de un servicio público, quedan sometidos a los principios que gobiernan las actuaciones de la Administración, ello es así, porque ocupan el lugar de aquella y por lo tanto deben actuar con fundamento en los pilares que gobiernan el desarrollo de las funciones públicas, es decir, de acuerdo con los postulados de la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209 de la Constitución)*. Éste fallo se refiere al ámbito de la regulación de los servicios públicos y su doble partida, por una parte la prestación del servicio y por la otra la gestión y uso de los bienes de uso público, como ejemplo el espectro. Así: *En cuanto al ámbito de regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones es mucho más amplio, y por consiguiente admite una mayor intervención del Estado, que aquel que se predica de las actividades que se desenvuelven, pura y simplemente en la esfera de la libertad económica. En la medida en que se trata de la prestación de un servicio público que se desarrolla a través de un bien que, como el espectro electromagnético, es de uso público, esa regulación no se mueve en el ámbito de la libre empresa y la competencia sino que tiene que ver, de un lado, con el deber que tiene el Estado de organizar y asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios y funciones a su cargo, y de otro, con la especialidad del régimen para la gestión de los bienes de uso público.*

El contenido de esta parte tiene como objetivo recabar elementos que identifiquen la naturaleza y el alcance de la función de solución de controversias del Regulador, en búsqueda del funcionamiento armónico de la figura.

Con el propósito de materializar el esfuerzo académico mencionado, se presentarán los elementos en tres capítulos, cuyo objetivo intenta responder a los interrogantes propuestos en la Tesis alrededor de la controvertida facultad de la CRC.

El primer capítulo tratará sobre los elementos finalísticos cuyo enfoque teleológico, se encuentra como presupuesto y guía en el desarrollo de las tareas del Ente Regulador, entre las cuales está la función de resolver conflictos.

La Tesis, al responder a la pregunta planteada, considera que la Comisión de Regulación debe ser investida de facultad jurisdiccional con base en su carácter técnico, que como órgano autónomo especializado administre justicia entre aquellos que son agentes del sector, que además de ejercer una

actividad económica, tienen una función social en la prestación del servicio público de las telecomunicaciones^{962 963}.

Dentro del análisis de estos elementos, es necesario tener presente los límites materiales de la competencia de la Comisión frente a los conflictos que van más allá de aspectos relacionados con la interpretación de una norma regulatoria, teniendo en cuenta que la función del Regulador de dirimir controversias entre operadores actualmente está atribuida directamente por

⁹⁶² Hay tesis que asimilan las características de autonomía e independencia, aspectos sobre los cuales se han pronunciado en el sentido de diferenciarlas por considerar que se excluyen, pues se considera que la independencia no admite grados y que en el caso de Colombia traería como consecuencia que se ubique por fuera de los tres poderes públicos. Para mayor ilustración consultar la tesis doctoral de Aníbal Zarate quien afirma que en Colombia *la independencia se entiende como la emancipación de las tres ramas del poder público en procura de la eliminación de cualquier relación de subordinación y de tutela, y aunque el legislador y el juez, en ocasiones, confundan los dos conceptos, autonomía e independencia son distintos*. A continuación se transcribe un aparte de su trabajo doctoral, en este sentido: “*A ces organismes de consécration constitutionnelle le juge constitutionnel reconnaît une autonomie fonctionnelle, administrative, patrimoniale et technique A la différence des superintendances et commissions, la liberté fonctionnelle des organes «autonomes » colombiens est obtenue par la suppression de tout lien de subordination hiérarchique, mais aussi de tutelle. Par la suppression de ces liens et par l’attribution de la personnalité morale, la constitution colombienne reconnaît l’existence d’un secteur spécifique de l’intérêt général qui exige une intervention tout aussi spécifique en matière de régulation*” ZARATE PÉREZ, Aníbal Rafael. *L’indépendance des autorités de concurrence, analyse comparative Colombie, France, Etats-Unis. Thèse de doctorat en droit soutenue le 1er juin 2011. Université Panthéon-Assas Ecole doctorale de droit public*, p, 41 [docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/f6e96e4c-86a8-46c9-aac5-0e163d590431 [en línea]

⁹⁶³ En cuanto a la función jurisdiccional en manos de un ente administrativo Cassagne afirma: *La cuestión ha dejado de tener un mero interés histórico (comúnmente devaluado) para asumir una enorme trascendencia jurisprudencial y doctrinaria, a propósito de un reciente fallo de la Corte Suprema argentina caso “Ángel Estrada”⁹⁶³ (1) (Ver cita (1): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/04/2005, “Ángel Estrada y Cía. S.A c. Secretaria de Energía y Puertos”), que ha venido a confirmar la fuerza jurídica del principio y su fuente, reiterando la tradicional concepción de que los entes administrativos sólo excepcionalmente, y siempre que se cumplan determinados requisitos, pueden ejercer funciones jurisdiccionales (cuando ello se justifique en razones de especialidad, nunca como clausula general) a condición de que exista un control judicial suficiente, con amplitud de debate y prueba (2). (Ver cita (2): Doctrina de la Corte Suprema que surge del leading case “Fernández Arias c/Poggio s/sucesión, Fallos, 247:646 (1960)). CASSAGNE, Juan Carlos. Sobre el Origen Hispánico del Sistema Judicialista y de otras Instituciones del Derecho Público Iberoamericano y Comparado. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 127, Julio - Septiembre 2005. Págs. 363 - 379.*

ley, y que sus decisiones corresponden a actos de naturaleza administrativa⁹⁶⁴.

No obstante lo dicho, la normatividad andina, de obligatorio cumplimiento y de aplicación inmediata para los Países Miembros, entrega de manera general a la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones, la facultad de dirimir controversias relacionadas con la ejecución del contrato de interconexión⁹⁶⁵.

⁹⁶⁴ La eficacia es un atributo que desde la tarea del legislador y del ejecutivo debe estar presente. En este sentido según la Sentencia C-284 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, citada en la Sentencia C-444 de 1998, que consagró: “(...) corresponde a éste [el legislador] señalar, en los términos de las normas antes reseñadas, el marco normativo atinente a las cuestiones básicas que estructuran la naturaleza propia de cada servicio, sus atributos de regularidad, permanencia eficacia y eficiencia, los sujetos que los prestan, las relaciones usuario-entidad prestataria, la manera de establecer las tarifas que se pagan y los subsidios que demanda la universalidad y solidaridad del servicio, el contenido y alcance del control, inspección y vigilancia, atribuido a la Superintendencia de Servicios Públicos, y la financiación de ésta, librando a las entidades territoriales ciertos aspectos de naturaleza reglamentaria en relación con aquéllos asuntos no esenciales no regulados por el legislador, particularmente en los órdenes técnicos y operativos”.

La Sentencia C-444 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara, en detalle la Corte resolvió: *declarar exequibles los literales c) y d) del numeral 74.3 del artículo 74 de la Ley 142 de 1.994, sin perjuicio de la potestad que corresponde ejercer al Presidente de la República de conformidad con los mandatos constitucionales a que se alude en esta providencia*, es decir, de *"la fijación de políticas generales de administración y control de **eficacia** de los servicios públicos domiciliarios"*. Por otra parte la C.P. consagra que es tarea del Presidente de la República ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos.

⁹⁶⁵ En este sentido, podría pensarse que la Comisión de Regulación como autoridad administrativa que ejerce materialmente funciones jurisdiccionales se le debe extender el concepto de juez para efecto de darle la potestad de realizar la solicitud de interpretación prejudicial, con la finalidad dar aplicación uniforme de la normatividad andina. Como un referente sobre el tema consultar el Proceso 121-IP-2014 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, entidad consultante: Dirección de Signos Distintivos (DSD), del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi), República del Perú. Magistrado ponente: Luis José Diez Canseco Núñez. En la citada IP esta Corporación afirmó: “21. Sobre la naturaleza del acto se debe atender a la esencia del mismo más que a su órgano emisor. Es decir, para determinar su naturaleza se debe tener en cuenta no solamente el criterio orgánico, formal o subjetivo, sino particularmente el criterio funcional, material u objetivo. En este sentido, cuando se pretende la aplicación uniforme de la norma comunitaria no debe circunscribirse sólo a los actos que emanan de los jueces en sentido estricto, sino también a los actos de otras autoridades que la aplican en los hechos. 22. Cuando se toma en cuenta el criterio funcional, material u objetivo y no únicamente el criterio orgánico, formal o subjetivo, se debe ampliar necesariamente la noción de juez nacional, puesto que los Estados tienen la potestad de atribuir funciones jurisdiccionales a órganos diferentes del Poder Judicial y revestirlos de competencias para aplicar normas jurídicas con la finalidad de resolver controversias y emitir decisiones firmes”.

El mandato del régimen comunitario riñe entonces con la naturaleza de la Comisión y de sus decisiones, pues en la ejecución del contrato de interconexión se presentan conflictos derivados de la regulación y también conflictos de naturaleza contractual. Estos últimos, de acuerdo con la norma legal y constitucional, y el principio de división de poderes⁹⁶⁶, no podrían ser de conocimiento de una autoridad administrativa como lo es la Autoridad

⁹⁶⁶ Se trae un aporte del siglo pasado de Martín Retortillo sobre un procedimiento alternativo al judicial como una posibilidad frente a actuaciones de la administración, el autor cita la expresión *facere justitiam* de Perez Prendes que está atada a la época medieval en la cual no existía la separación de poderes: *El texto ha sido largo, pero valía la pena reproducirlo. Pienso que se trata sin duda, de un párrafo de antología. No voy a glosarlo ahora con detenimiento (...), pero obsérvese cómo desee el principio se centra el tema en la contienda entre dos jurisdicciones (1)⁹⁶⁶. (negrilla fuera del texto original). Ciertamente que la palabra jurisdicción vuelva a ser un término de difícil interpretación (2)⁹⁶⁶. (...). “El Gobernador civil de Pontevedra no propone en modo alguno un procedimiento alternativo de ejecución de las sentencias firmes por Magistratura”, se dirá en otra decisión posterior que también hace eco de la doctrina cimentada (3)⁹⁶⁶. La expresión recogida, sin que tenga ahora interés detenerse más en el tema, me parece acertada: hubiera debido proponerse un procedimiento alternativo al judicial y no tan sólo tratar de enervar posibles actuaciones que la Administración estima le perjudican.*

(Ver cita (1): *Podría recordarse ahora la expresión del artículo 3, LCJ, en cuanto habla de órganos que ejerzan jurisdicción administrativa.*). (Ver cita (2): *Pienso que la investigación histórica a que más arriba aludía podría aportar luces en relación con este término verdaderamente crucial para toda la problemática que se analiza. Sin olvidar la perentoria necesidad de situar las instituciones jurídicas en cada momento histórico- recuérdese lo que antes se recordaba acerca de tan diverso significado de los conflictos jurisdiccionales en el antiguo régimen y en el Estado constitucional- quiero destacar un reciente trabajo sobre los diversos significados de la expresión “facere justitiam” en el Derecho medieval: véase PEREZ PRENDES, “Facere justitiam”, Notas sobre actuación gubernativa medieval.*). (Ver cita (3): *Se trata del Decreto 881/1970, de 18 de marzo*) Por el que se resuelve la cuestión de competencia entre un órgano administrativo y uno judicial, el Gobierno Civil de Pontevedra y la Magistratura de Trabajo de Vigo. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. En torno al sistema español de conflictos jurisdiccionales. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 9, Abril - Junio 1976. Págs. 213 – 241.

Antonio Descalzo también en su obra cita a Perez Prendes, sobre “facere justitiam”, así: *Buscando todavía más atrás en el tiempo, y dando por supuesto que no puede sostenerse que en la Edad Media existiese una separación de poderes tal como luego se dará en el periodo constitucional puede incluso decirse que, J.M PRENDES que “en la Edad Media existe una tendencia a distinguir entre las tareas de juzgar y otras de tipo gubernativo. Esa diferenciación existe en cuanto a funciones y en cuanto actividad propia de los oficiales a los que se les encomiendan como proprias, unas y otras. Pero tal diferenciación se borra desde el punto en que ambas confluyen en su máximo nivel, en el soberano, titular nato de esas dos funciones, así como de la legislativa, véase PEREZ PRENDES. “Facere Justitiam”. Notas sobre la actuación gubernativa medieval”, Moneda y Crédito, no 129, (1974), p. 25. DESCALZO, Antonio. La Noción de derecho Administrativo en España: Algunas cuestiones de reciente actualidad. En: Serie de Derecho Administrativo No 13. Universidad Externado de Colombia, 2011. Pág. 13.*

Nacional de Telecomunicaciones de Colombia, en nuestro caso la Comisión de Regulación de Comunicaciones⁹⁶⁷.

Varios son los aspectos que se plantean en este primer capítulo que tienen como objetivo reconocer hacia dónde debe estar el actuar de la Comisión, dentro del contexto dado, entre otros, la obligatoriedad de la regulación, el carácter público de su intervención, las finalidades a las que debe apuntar como la promoción de un mercado en competencia, la publicidad de sus decisiones, el acompañamiento para promover la autorregulación⁹⁶⁸, la participación ciudadana y la procura asistencial como finalidad de gran contenido social que debe permanecer.

El segundo capítulo se refiere a los elementos orgánicos, dentro de los cuales tiene gran importancia la neutralidad política, aspecto frente al cual se resalta el reciente cambio legal, consistente en la eliminación de la presencia del Ministro TIC como *conditio sine qua non* para que la Comisión pudiera sesionar, teniendo en cuenta que la Ley 1341 de 2009, al contemplar la

⁹⁶⁷ MARTIN-RETORTILLO. Ob cit. Recalca sobre los poderes del Estado y la exigencia de la *eficacia* frente a las *competencias exclusivas*: *En primer lugar, y antes que nada, las relaciones entre los distintos Poderes deben estar presididas por la confianza; por la buena fe y, diré también por la credibilidad misma en el sistema, de forma que se garantice la lealtad al mismo. (...) Fórmulas de relación, eminentemente participativas, que suponen el abandono de los criterios tradicionales en tantos ordenamientos, apoyados en la determinación de las llamadas competencias exclusivas. Auténtico entrecruzamiento de funciones, cuya realización requiere, frecuentemente, el concurso de distintos poderes públicos. (...) Hay exigencias institucionales comunes en todos ellos. De ahí que a través de cauces distintos se trate de dar respuestas más o menos semejantes; básicamente, implicando de forma simultánea y concurrente a los diferentes niveles políticos en el ejercicio de unos determinados cometidos. Esta sí que es una nota común. En el acierto en cómo se logre esta tarea, radica, ni más ni menos, la posibilidad de que estas relaciones dejen de ser de crispada confrontación, para convertirse en relaciones de coordinación y cooperación. Una exigencia que, obviamente, no excluye la existencia de las correspondientes, tensiones, pero que parece obligada al amparo del principio de solidaridad, y como exigencia de la eficacia que les debe ser requerida a los distintos Poderes públicos, y cuyo logro tanto puede significar para la convivencia y progreso de nuestros pueblos. Que es, en definitiva, lo que interesa.*

⁹⁶⁸ Orientado a que los agentes del mercado ejerzan su actividad económica de la manera más eficiente posible, ejecuten la actividad de servicio público, puedan precaver posibles conflictos y eviten largas tensiones que afecten sus intereses, y en general, al mercado.

conformación de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, no le dio la autonomía suficiente, pues consagraba la obligatoriedad de la presencia del Ministro, y del Director del Departamento Nacional de Planeación, ambos parte del Ejecutivo, cuya influencia podrían sesgar las decisiones regulatorias del sector.

La estructura de la Comisión requiere una modificación, en la cual se le otorguen al Ente Regulador, facultades jurisdiccionales⁹⁶⁹, con base en la

⁹⁶⁹ Montero se refiere al nuevo organismo regulador de España, en particular a la facultad de resolución de conflictos, en cuanto a su naturaleza y límites, así: *La CNMC goza de potestades para la resolución de conflictos entre privados, potestad que puede ser denominada cuasi- jurisdiccional (1), Se invade así el ámbito tradicionalmente propio de la jurisdicción (2), en cuanto nos encontramos no ante una intervención a la que las partes se someten voluntariamente (modelo arbitral) sino ante una intervención impuesta a raíz de la petición de intervención de la contraparte.*

La historia de las administraciones independientes explica en parte este fenómeno. En sus orígenes, es precisamente la invasión de las esferas propias de los poderes judicial y legislativo el motivo que justifica el particular régimen jurídico de las independent regulatory agencies norteamericanas. Es este el motivo por el que se refuerza la independencia de los reguladores independientes en contraposición a las agencias ejecutivas ordinarias. El Legislador norteamericano entendió que estas agencias eran necesarias dado el carácter técnico de sus decisiones y la perentoriedad de las mismas, exigencias que sugerían la necesidad de hurtar al Legislador y a los Tribunales ciertas competencias.

La atribución a los reguladores independientes de la potestad de resolver conflictos entre operadores, además, suele venir impuesta por las directivas comunitarias que ordenan el régimen de apertura a la competencia de los sectores económicos de interés general. (...)

El propio Tribunal Constitucional ha mostrado su recelo ante las soluciones administrativas que excluyen la posterior intervención judicial (STC 174/1995).

Montero trae este fallo del 23 de noviembre de 1995, cuyo origen se dio por un recurso de apelación planteado por la compañía de transportes “Gacela Burgos, S. A.”, frente a la sociedad mercantil “Fumivi, S. A.”, contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número. 1 de Miranda de Ebro, dictada en juicio de cognición sobre reclamación del pago del precio de un contrato de transporte por carretera.

En particular, corresponde a la revisión de la constitucionalidad del artículo 38.2, párrafo primero, de la Ley 16 de 1987, sobre la Ordenación de los Transportes Terrestres, en la cual se declara la inconstitucionalidad y nulidad del aparte “las controversias cuya cuantía exceda de 500.000 pesetas”. De esta forma todas las partes contratantes podrán pactar el sometimiento al arbitraje allí previsto cualquiera que sea la cuantía de la controversia. Esta norma exigía un pacto expreso para poder acudir a la tutela judicial, cuando la controversia era menor a una suma de dinero.

El Tribunal Constitucional afirmó que “la primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella”.

Por otra parte, Montero trae antecedentes históricos que nos muestran ejemplos de exclusión de la jurisdicción civil por la resolución por la Administración de conflictos entre privados. En particular, propone como ejemplo, *la determinación del justiprecio por el Jurado de Expropiación cuando el beneficiario de la expropiación es un privado.*

norma constitucional que consagró que de manera excepcional, a una autoridad administrativa se le podía conferir esta potestad que la habilita para administrar justicia⁹⁷⁰.

En este sentido, valdría la pena crear dentro de la Comisión una división con gran capacidad técnica, cuyos funcionarios tuviesen periodo fijo, como presupuesto para dotarlos de autonomía, dedicados exclusivamente a conocer y dirimir los conflictos entre los operadores^{971 972}. Para tal efecto, tendrían que destinarse unos recursos, con el fin de implementar esta dependencia, que

Al respecto cita a Parada (3), quien trae los siguientes ejemplos: Resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por obras públicas ejecutadas por contratistas privados. Ley 2 de 2 de abril de 1845, y la Explotación de dominio público hidráulico o minero.

Ver cita (1): Ver FERNANDEZ FARRERES, G., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, en “Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones, CGPJ, Madrid, 2003, p. 72.). (Ver cita (2): Ver las reflexiones al respecto de MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción, La Ley, Madrid, 1989.*) (Ver cita (3): PARADA VASQUEZ, R., *Derecho administrativo, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, decimoséptima edición, 2008, pp.520-531*). MONTERO PASCUAL, Juan José. *Regulación Económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. Págs. 73 – 79.

⁹⁷⁰ Existe la tesis que considera que las facultades que surgen de la competencia otorgada a la CRC son contencioso- administrativas y no jurisdiccionales, que hacen parte de la función de regulación como actividad administrativa y no jurisdiccional. Para mayor ilustración, consultar la tesis doctoral de Andrés Ospina Garzón ya citado.

⁹⁷¹ Según Carrasco sobre la importancia de una organización adecuada y lo que percibe el administrado: *Unos recursos humanos idóneos y suficientes, con una preparación ad hoc, en un sistema y organización inadecuados pueden resultar incluso hasta contraproducentes. Se produce, pues, una correlación estática (organigrama) y funcional (dinámica). Subjetivamente la imagen de la Administración, la fotografía debe responder a lo que, objetivamente, en el ejercicio, en su funcionamiento nos ha descrito la versión en un momento determinado a través de una información escrita o en logotipo, descripción sumaria de competencias, atribuciones, funciones y capacidades. La simbiosis de esa gestión y acción de administrar con ese sujeto administrador que es la Administración, es lo que percibe el administrado.* CARRASCO CANALS, Carlos. *La Agencia Estatal de Administración Tributaria: una regulación funcional atípica.* En: *Revista Española de Derecho Administrativo* No 74, Abril - Junio 1992 Págs. 177-205.

⁹⁷² En cuanto a la naturaleza de la Comisión, fines, y un ajuste en su estructura, se trae a colación una reflexión de Sala Arquer, así: *¿Basta con cambiar la configuración de un organismo y el régimen jurídico de su actividad, para que cambie la naturaleza de la misma y deje de ser, objetivamente, Administración pública? Si ello es así, parece evidente que la huida hacia el Derecho privado” es un fácil recurso para “desadministrativizar” sectores enteros de la actividad estatal” (1)(...).* . (Ver cita (1): MENÉNDEZ REXACH: *Proyecto docente e investigador, 1990, pág. 92*). *No puede admitirse que la Administración o el legislador, configuren arbitrariamente el estatuto jurídico de tal o cual ente u organismo, prescindiendo del contenido y características de su actividad y de los fines que persigue.* SALA ARQUER, José Manuel. *Huida al Derecho privado y huida del Derecho.* En: *Revista Española de Derecho Administrativo* No 75, Julio - Septiembre 1992. Págs. 399 – 413.

actuaría como un tribunal de solución de controversias, cuyo blindaje le permita solo estar sometido al imperio de la ley y de la regulación que profiere la entidad, y que sus decisiones sean definitivas con fuerza de cosa juzgada⁹⁷³.

Así, este capítulo presentará elementos como la neutralidad política, la autonomía, el periodo extendido, un tribunal de controversias, un regulador multitareas, y una autoridad en relación con otras autoridades. De manera que se resaltará la importancia de aspectos ligados a la estructura de la organización, los límites y controles de la regulación, la discrecionalidad técnica del Regulador y la deferencia judicial,. En este punto, vale la pena reflexionar sobre la necesidad de que la Rama Legislativa evalúe la responsabilidad de la Comisión como Ente Regulador, respecto de aquellas decisiones que resulten contradictorias, inoportunas, o que sean posteriormente declaradas nulas.

El tercer capítulo se concentra en la propuesta de elementos relacionados con la función, con un enfoque general dado para el ejercicio de las tareas del Regulador, y un enfoque particular en cuanto a la función jurisdiccional, dentro del marco de competencias de la Comisión. Para tal fin se parte de la premisa

⁹⁷³ García Gómez de Mercado sobre la creación de tribunales administrativos que dirimen conflictos: *En efecto, los órganos administrativos específicamente creados para resolver conflictos jurídico-administrativos en determinados ramos, con una cierta independencia y sin perjuicio de un posterior control jurisdiccional, como sucede con los Jurados de Expropiación o los Tribunales Económicos-Administrativos, merecen un examen separado, pues su intervención no constituye un supuesto de arbitraje propiamente dicho, dado que no es necesaria una sumisión voluntaria del administrado y su resolución es susceptible de ser impugnada a través del recurso contencioso-administrativo en los mismos términos que la de otros órganos administrativos. En particular, por lo que se refiere a los Jurados de Expropiación, aunque su función haya sido calificada como “cuasi-arbitral” o incluso “cuasi-jurisdiccional” es claro que estamos ante un mero órgano administrativo, siquiera constituido exclusivamente para desarrollar una función de resolución de conflictos y dotado de autonomía. Esta suerte de órgano de valoración para la determinación del precio de los bienes y derechos expropiados existe en algunos países, mientras que en otros la cuestión se ventila directamente ante los órganos jurisdiccionales.* GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. Alternativas a la Solución Judicial de los Conflictos con la Administración. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 119, Julio - Septiembre 2003 Págs. 393 – 431.

vigente según la cual, la función de la CRC de solución de controversias está consagrada, de tal manera que no puede verse afectada por acuerdos o pactos entre los proveedores que la disminuyan, limiten o extiendan y que desvíen su función principal en cuanto a la intervención regulatoria, de protección del usuario y de la libre competencia⁹⁷⁴⁹⁷⁵. En este aparte, y en consonancia con lo expuesto, también se abordará el procedimiento y las

⁹⁷⁴ Revuelta Pérez sobre las nuevas características del mercado y el interés general: *La pervivencia de esta potestad resolutoria, configurada conforme a las nuevas características del mercado, responde a las peculiaridades del sector que, a pesar de estar liberalizado, sigue constituyendo un servicio caracterizado por su subordinación al interés general y, por ello, sujeto a intervención pública. Ahora bien, parece necesario reflexionar siquiera brevemente sobre el papel que desde esta perspectiva debería desempeñar la Administración de las telecomunicaciones y ver si en su configuración actual el sistema previsto es adecuado para satisfacer el objetivo perseguido, la tutela de los consumidores y usuarios. (...). De manera que, a efectos prácticos de los consumidores, la intervención resolutoria de la Administración de las comunicaciones en los conflictos con los operadores se configura como alternativa a la actuación de las Juntas Arbitrales de Consumo, Sin embargo estas dos vías nos son equiparables ya que el alcance de las funciones públicas que ambas realizan es diferente. Mientras la actuación de las Juntas Arbitrales de Consumo se encuentra limitada a la resolución de conflictos de carácter privado, la SETSI tiene atribuidas, también, potestades sancionadoras en este ámbito (Artículo 84.2 LGT).* REVUELTA PÉREZ, Inmaculada. La Protección de los Consumidores frente a los nuevos Servicios de Telecomunicaciones. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 116, Octubre – Diciembre, 2002. Págs. 529 – 556.

⁹⁷⁵ En este punto de la investigación que tiene por objeto proponer elementos frente a una función con particular naturaleza, como singular muestra de la transformación del derecho y de las instituciones, se trae a colación a Rebollo: *Cuando Jean Rivero escribió esa pequeña joya que fue el “hurón au Palais Royal” (haciendo un guiño a la sede Consejo de Estado); cuando Eduardo García de Enterría clamó contra las inmunidades del poder, proclamó el valor normativo de la Constitución o batalló por las medidas cautelares; cuando Alejandro Nieto adelantó sus críticas y reflexiones sobre la Constitución, se apoyó en la historia para incidir luego en la vocación del Derecho Administrativo del siglo XX o cuando se convirtió en un adelantado en zaherir la corrupción; cuando Lorenzo Martín- Retortillo desvela los múltiples vericuetos de los derechos fundamentales y sus potenciales proyecciones; cuando Tomás Ramón Fernández se esfuerza hasta la extenuación en incidir en el control de la discrecionalidad; cuando Santiago Muñoz Machado o Luciano Parejo aluden a las transformaciones y a las necesarias reformas del Derecho que viene (1); cuando otros muchos colegas que están en la mente de todos proyectan sus trabajos jurídicos con lógica impecable pero también con aditamentos sociológicos, históricos o directamente políticos estaban – están- abriendo caminos por donde hemos de transitar los demás, pero, en particular, los jóvenes y otros profesionales que están llamados a convertir en realidad las propuestas y a prolongar la idea hasta su ejecución en forma de ley, de norma o sentencia. Es decir, cuando canta el poeta oyen otros oídos y palpita otra sangre, como dijera Alberti en los versos que cito. (Ver cita (1): Cfr. Del primero, sobre todo, su trabajo “Hacia un nuevo Derecho Administrativo”, en el volumen recopilatorio de las Actas del Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Tarragona, en febrero de 2011, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2012, págs. Ss. Y del segundo su muy reciente libro Transformación y ¿reforma? Del Derecho Administrativo en España, INAP y Ed. Derecho Global, Madrid, 2012).* REBOLLO, Luis Martín. Contra los Tópicos, por las Ideas. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 155, Julio - Septiembre 2012. Págs. 11-17.

garantías para sus actuaciones, en particular, para la solución de controversias, en armonía con la normativa andina, apuntando al principio de eficacia en un escenario en el cual se administrará justicia dentro de un sector cambiante y dinámico.

En esta línea, la función legal y comunitaria del Regulador para resolver controversias ha traído confusión y posiciones diversas respecto de la competencia de esta autoridad que carece de suficiente autonomía técnica y patrimonial⁹⁷⁶ para regular el sector y promover la libre competencia, y cuya función de resolución de conflictos, sin efecto de cosa juzgada, suscitó pleitos extensos que han implicado desgaste administrativo y jurisdiccional, sin un final a la vista⁹⁷⁷.

Dentro del análisis de los elementos funcionales, vale la pena considerar los efectos de las decisiones del Regulador que modifican contratos en curso, las cuales bajo su carácter imperativo y de orden público, limitan el acuerdo de voluntades y restringen la autonomía privada.

Por último, la oferta como instrumento regulatorio que puede llegar a facilitar que destinatarios de la regulación, en especial los Proveedores de Redes y

⁹⁷⁶ La autonomía no es absoluta, pues como afirma Celdrán: *Esa autonomía quiebra por cuanto se sigue manteniendo directa o indirectamente la relación de instrumentalidad o dependencia del ente matriz. (...). Las agencias estatales se estructuran orgánica y funcionalmente al modo tradicional de los entes institucionales. En el seno del Consejo rector (de la Agencia) debe constituirse una comisión de control. (...). Las Agencias están destinadas a ejecutar "programas correspondientes a políticas públicas de la competencia del Estado (art. 1 LAGE) y las responsabilidades de organización y rendimiento, así como su creación, modificación y supresión, siguen estando en manos de la Administración estatal.* CELDRÁN RUANO, Julia. Análisis de las Agencias Estatales: Conceptos Básicos. Foro de Seguridad Social No 21, Abril 2009. Págs. 3-15.

⁹⁷⁷ La Ley 1341 de 2009 en el artículo 19 contempla la independencia como característica de la CRC, aspecto que como ya se comentó en otro aparte es discutible. *Artículo 19. Creación, naturaleza y objeto de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), de que trata la Ley 142 de 1994, se denominará Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (...)*

Servicios (PRST), promuevan acciones para controlar sus propias respuestas, relacionarse con otros PRST y para que se desempeñen de acuerdo con la normativa que les rige.

CAPÍTULO PRIMERO. ELEMENTOS FINALÍSTICOS

Resulta necesario proponer en primera medida este aparte que por considerarse orientativo será presupuesto necesario para los otros capítulos relacionados con la organización y la función. De esta manera, se presentan siete aspectos que convergen y tendrán incidencia para un buen desempeño de la Comisión y un adecuado desarrollo de la función de solución de controversias.

Así, se presentarán conforme al siguiente orden: desde la óptica del Regulador, la obligatoriedad de la regulación, el carácter público, el mercado en competencia y la publicidad; y desde el punto de vista del operador, la autorregulación; desde la comunidad, la participación ciudadana y la procura asistencial. Desarrollo:

1. Obligatoriedad de la regulación

Respecto a la obligatoriedad de la regulación, se considera que una de las características fundamentales de la misma, debe ser la coerción, esto es, la fuerza para hacer exigibles las decisiones regulatorias.

Vale la pena reflexionar acerca de cuál sería la manera más eficiente para que se puedan hacerse cumplir las decisiones del Regulador. Es decir, cuestionarnos si el Órgano Regulador debe tener la facultad de exigir el

cumplimiento de éstas, o si por el contrario, este poder debe estar en cabeza de otro organismo que se encargue de controlar y vigilar el acatamiento de la normativa y de la regulación por parte de los administrados, sancionar su infracción, así como, velar por el respeto de sus derechos⁹⁷⁸⁹⁷⁹.

Así mismo, de ser otro organismo el que exija la atención de las normas⁹⁸⁰, valdría la pena analizar cuál sería el más adecuado, si un regulador convergente, un ministerio con múltiples funciones, una gran superintendencia que rija a todos los sectores, o una superintendencia especializada que esté circunscrita al sector de TIC.

El Ente Regulador, con o sin funciones de control y vigilancia, debe ser blindado de las influencias de los destinatarios, quienes en el sector de las telecomunicaciones tienen un gran poder económico, e incluso, algunos cuentan con posición dominante en algunos de los segmentos, lo cual puede derivar en abusos dentro del mercado y en afectaciones a los usuarios.

⁹⁷⁸ La Ley 1753 de 2015, ley del plan de desarrollo, consagró un incremento en las multas previstas en la Ley 1341 de 2009, al aumentar las multas de 2.000 a 15.000 SMMLV para las personas jurídicas que infrinjan la normatividad de las telecomunicaciones.

⁹⁷⁹ Así como el administrado tiene cargas que debe cumplir así mismo es necesario que esté protegido frente a las potestades públicas. En este sentido Fernández Pastrana sobre las exigencias del interés público, cita al Profesor García de Enterría que denomina “verdaderos privilegios odiosos”: “La Administración va a seguir siendo, por tanto, un Poder, y, como tal, en radical desigualdad frente al administrado, dotada no sólo de derechos, sino de potestades públicas, frente a las cuales el equilibrio del Derecho Administrativo consiste en disponer las necesarias garantías a favor de los particulares, y de sus legítimos derechos e intereses. Se trata, sin embargo, de que sea, de verdad, un Poder *Jurídico*, sometido al Derecho (...)”. FERNÁNDEZ PASTRANA, José María. Una Sorprendente Ampliación de los Privilegios de la Administración Invocando el Principio de Igualdad. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 69, Enero - Marzo 1991. Págs. 91- 97.

⁹⁸⁰ *Enforcement*.

2. Carácter público

La potestad del Regulador es de carácter público e irrenunciable, pues está atada a los supuestos que están en la ley y debe estar conforme con los principios de imparcialidad y transparencia. Específicamente, la resolución que dirime una controversia, tendrá la naturaleza de acto administrativo mientras no le sean otorgadas funciones jurisdiccionales al Órgano Regulador, y por tanto, el acto debe estar sometido al control de legalidad⁹⁸¹ ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa⁹⁸².

⁹⁸¹ De Dios Viétez sobre el “control de legalidad”, cita a Enterría, para reflexionar: *Así por tanto, a tenor de lo dispuesto en el artículo transcrito, los vicios de forma de los actos administrativos únicamente podrán acarrear la anulabilidad de los mismos cuando concurra alguna de las circunstancias adicionales señaladas en el precepto. Como escribe GARCIA DE ENTERRÍA, en estos casos el vicio de forma carece de virtualidad en sí mismo y sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ocasiona una disminución efectiva y trascendente de garantías que, incidiendo en la decisión de fondo, alteran su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración (1). (Ver cita (1): Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ: Curso de Derecho administrativo, volumen I, Madrid, 1983, pág. 594). DE DIOS VIÉTEZ, María Victoria. El Dictamen del Consejo de Estado en los Reglamentos Ejecutivos, ¿Control de Legalidad o Coparticipación en la Potestad Reglamentaria? En: Revista Española de Derecho Administrativo No 60, Octubre - Diciembre 1988. Págs. 631-643.*

⁹⁸² En cuanto a estos elementos imparcialidad y transparencia, TERRÓN SANTOS afirma que corresponde a una *neutralización política*. En particular: *Como el propio considerando 11 de la directiva marco señala, las autoridades nacionales de reglamentación deben disponer de todos los recursos necesarios en cuanto a personal, competencia, y medios financieros para llevar a cabo el cumplimiento de sus misiones. Aunque a partir de estas premisas no pueda soslayarse una independencia del poder ejecutivo de las ANR, lo cierto es que el ejercicio de las funciones atribuidas, recogidas a lo largo del texto de las distintas directivas, reclama necesariamente una ausencia de vinculación jerárquica. Si bien es cierto que el texto definitivo del art. 3 de la Directiva marco sólo menciona el hecho de que las ANR deban actuar con imparcialidad y transparencia, ambos términos necesariamente ya implican la “neutralización política” de toda la intervención del Ejecutivo en el sector (art 3.3). Situación ésta de neutralización que se reafirma, máxime cuando todo ejecutivo nacional tiene constreñida su política, en tanto que la armonización en el ámbito comunitario de las políticas sobre comunicaciones electrónicas no permite comportamientos aislados de los estados miembros (...). Se mantiene la obligación para los estados de garantizar la presencia de un mecanismo eficaz para que las decisiones de cualquier ANR se puedan recurrir ante un organismo independiente.* TERRÓN SANTOS, Daniel. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANR’S) en el Nuevo Marco Jurídico Comunitario Regulador de las Comunicaciones Electrónicas. En: Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red - REDETI No 16, Enero - Abril 2003. Págs. 17-18.

En este punto vale la pena mencionar un ente regulador como la Comisión de Mercado de Telecomunicaciones de España, - CMT-⁹⁸³, que tenía la posibilidad para obrar como árbitro en el ámbito del derecho privado, aspecto que contrario al resto de sus funciones, era potestativo de las partes, y a diferencia de las funciones con las que contaba como autoridad administrativa que dirime conflictos,^{984 985} que sí eran de carácter público y de obligatorio desempeño.

⁹⁸³ Hoy Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. (CNMC), que mantiene esta potestad. Otra fuente sobre la CMT y sus competencias, según la Ley 32 de 2003, en cuanto a la resolución de conflictos entre operadores y su actuar como órgano arbitral de sus controversias. SOUVIRÓN MORENILLA, José María. Organización y Papel de la Administración Pública en la Nueva Ley General de Telecomunicaciones. En: Revista de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red - REDETI No 19, Enero – Abril, 2004. Págs. 75- 97.

Por otra parte, Trayter sobre la creación de la AI reguladoras de sectores antes sujetos a monopolio: *Dada la proliferación de órganos colegiados y las distintas funciones que cumplen en nuestro ordenamiento es lógico que también haya aumentado la conflictividad; y la judicialización de la vida de los órganos colegiados es ya una realidad evidente. (...) La doctrina anterior es importante, dada la proliferación de entes y órganos que conforman la galaxia administrativa (...). La finalidad que persigue el art. 20.1 a) LJCA se circunscribe a hacer posible el principio de jerarquía, como principio rector de la organización administrativa y únicamente impide las relaciones conflictivas entre los órganos administrativos dependientes de una misma Administración. Además cuando el estatuto legal del ente atribuye una serie de potestades a sus miembros y estas pueden desarrollarse correctamente, en caso de conflictos, accediendo a la jurisdicción, no es necesario que la ley reguladora del ente lo provea expresamente. En ese ámbito podríamos incluir algunos entes atípicos regulados por sus propias normas que prevén un estatuto específico para los miembros de los órganos de dirección, pero particularmente a algunos supuestos englobados en las denominadas entidades independientes. Estas entidades han sido creadas para regular ámbitos en donde el Estado ha descentralizado su actividad y se han abierto a la competencia sectores antes sujetos a monopolio del sector público económicos y concretos, o para regular actividades especialmente sensibles al ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos. (...) Como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.* TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel. Los Órganos Colegiados en el Momento Presente. Revista Española de Derecho Administrativo No- 150, Abril - Junio 2011. Págs. 299 - 329

⁹⁸⁴ Facultad que no fue funcional. Los operadores no acudían a esta opción. Preferían que el regulador actuara en calidad de ente público que profiere decisión de carácter administrativo. La decisión del regulador como árbitro estaría excluida de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, salvo en lo que concierne al recurso extraordinario de anulación.

⁹⁸⁵ Montero sobre la función arbitral, nos ilustra sobre esta facultad del regulador del sector postal de España, cuya decisión asimila a una sentencia. Para el efecto cita al Profesor Merino Merchán con su obra sobre la función arbitral de la CMT. Montero señala que uno de los mecanismos de intervención de la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP) en el mercado respecto de las controversias entre los operadores es el arbitraje. En detalle: *La intervención arbitral de la CNSP puede encuadrarse en la categoría de lo que la doctrina ha calificado como arbitraje institucional o administrado, que supone el ejercicio de la función arbitral por un órgano administrativo en vez de por un órgano privado, sin que eso suponga una modificación de la naturaleza privada de la función arbitral. Por ese motivo los laudos que evacue la CNSP gozaran de los rasgos atribuidos en la Ley de Arbitraje, y de este modo*

3. Mercado en competencia

La función regulatoria de la Comisión parte de la premisa de la existencia de un mercado competitivo, por ello ha sido de gran importancia la interconexión de redes y la tarea desempeñada por esta entidad, principalmente en cuanto a los derechos y obligaciones de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones. Así, lo anterior sumado a un buen control posterior sobre comportamientos que afecten la competencia, y la prestación del servicio, permitirán sancionar su violación⁹⁸⁶.

Esta labor podría estar en cabeza de la CRC como un único regulador convergente o en otro organismo, como una Superintendencia de Telecomunicaciones, dentro de un marco institucional desagregado⁹⁸⁷.

principal el efecto de equivalencia arbitral, por el que el laudo produce los mismos efectos que una sentencia judicial firme, incluyendo el efecto de cosa juzgada. La naturaleza de acto privado del laudo excluye que sea recurrible en vía contencioso-administrativa. La incoación del procedimiento arbitral requiere que las partes se sometan expresamente al arbitraje de la CNSP, se de modo general, sea de modo particular para la resolución de un conflicto concreto. El procedimiento, que es gratuito para las partes y está sujeto a los principios de audiencia, contradicción e igualdad, se inicia por escrito del actor expresando su nombre y domicilio, así como los de la persona contra la que se reclama, los hechos y fundamentos de Derecho en los que se basa, el contenido de su reclamación y, en su caso, la proposición de las pruebas que se estimen pertinentes. Para mayor información se puede consultar la Ley 23 de 2007 y la obra del profesor Merino y Perez-Ugena. (Cita: Merino Merchan y Perez-Ugena “Función arbitral de la Comisión mercado de las Telecomunicaciones” en régimen de las Telecomunicaciones, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 89-118.). MONTERO PASCUAL, Juan José. “La Comisión Nacional del Sector Postal. Una nueva administración independiente reguladora”. En: Revista de Administración Pública No 176. Mayo-Agosto 2008. Págs. 311-329.

⁹⁸⁶ BOTERO CIFUENTES, Carolina. Las funciones de la CRC en la nueva Ley de TIC: un análisis comparado con funciones de la FCC en Estados Unidos. En Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC (Ley 1341 de 2009). Edgar González López. Director. Universidad Externado de Colombia. 2010. Págs. 608-609. La Profesora Botero afirma que aunque los orígenes de la FCC y la CRC son diferentes, esta reforma de la Ley 1341 de 2009 cierra brechas frente a avances logrados por Estados Unidos en temas de competencia específicamente como la interconexión y las barreras de entrada. Como antecedente, en Estados Unidos se venía de un monopolio privado, y en Colombia de un monopolio público, y en cada país se abrió y se dio la competencia en momentos diferentes. Ambos con Comisión de regulación de telecomunicaciones.

⁹⁸⁷ Respecto al mercado se destacan elementos que deben ser analizados en el esquema actual de organización institucional, o uno posible a corto o mediano plazo, con un nuevo ente de control por ejemplo, en cuanto el ámbito y límite de participación. Para mayor ilustración sobre el marco institucional y regulación de las telecomunicaciones en Estados Unidos: *La conveniencia de distinguir esferas de autoridad en los distintos niveles es necesaria para medir los efectos de su ausencia o*

Un regulador que posea la potestad de resolución de conflictos frente a una actividad sujeta a su intervención, que reconozca y conjugue la existencia de intereses públicos inseparables de los intereses privados⁹⁸⁸.

4. Publicidad

La Comisión debe consultar y concertar su regulación, para lo cual, mediante grupos de trabajo y consultas públicas estimule a los actores del sector a participar, con el fin de brindar publicidad y transparencia en pro del usuario, de los PRST y de la misma entidad.

Esta autoridad especializada será quien de mejor manera tome en cuenta o pondere los aportes y observaciones de las personas, asociaciones y terceros que participen.

Sumado a lo anterior, además de actuar con transparencia y de concertar con las partes antes de emitir la regulación de carácter general, el Ente Regulador debe ofrecer permanentemente información de su quehacer; así como medir la satisfacción de los usuarios, denominación genérica que incluye a los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, los operadores de

existencia, en casos de estudio concretos. (...) Esta tipología institucional de esferas y niveles de autoridad contribuye a explicar el efecto del sistema federal como marco institucional sobre un sector de mercado concreto. Así, en este artículo se muestra como la peculiaridad institucional de un Estado –el juego de sus esferas y niveles de autoridad- es fundamental para entender los límites en el desarrollo de un mercado (...) conforme al trabajo avanza, se estudian cuáles son los límites y oportunidades que ofrecen las esferas y niveles de autoridad como marco institucional para configurar o influir en la regulación de un mercado particular. GIL, Olga. Los Efectos del Federalismo en Estados Unidos: El Caso de la Regulación de las Telecomunicaciones (1875-2000). En: Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red - REDETI No 9, Noviembre 2000. Págs. 111- 140

⁹⁸⁸ MONTERO, Ob. Cit. Regulación Económica.

otros servicios, las demás entidades del sector, los académicos, las asociaciones gremiales, y los usuarios en sentido estricto.

5. Autorregulación

La autorregulación es uno de los elementos que contribuye a la eficacia de la función de solución de controversias, en especial en términos de conocimiento, pues son los actores de un sector quienes más saben sobre su negocio y los aspectos de este que son regulados, teniendo en cuenta además, el déficit de comprensión de las problemáticas del sector por parte del Legislador debido al contenido técnico, así como la velocidad de los cambios tecnológicos frente a los cambios normativos, y una administración, que aunque técnica y especializada, tiene a cargo múltiples materias que le impiden estar en todos los frentes de la actividad regulada, por tanto crece la importancia de que los destinatarios puedan también generar sus propias dinámicas⁹⁸⁹.

La promoción de la autorregulación puede traer como efecto la disminución de los conflictos entre los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST).⁹⁹⁰

La implementación de la “autorregulación regulada”⁹⁹¹ traería como consecuencia que seguramente se le catalogue como una herramienta de

⁹⁸⁹ Sobre este aspecto véase, J. Esteve Pardo, Técnica riesgo y Derecho. El tratamiento tecnológico en el Derecho ambiental, Ariel Derecho, Barcelona, 1999. Quien afirma que el dominio de los temas a regular se puede convertir en una barrera que puede llegar a afectar la consecución de los resultados esperados.

⁹⁹⁰ *Ibidem.*, Sobre el tema Esteve Pardo afirma: *El dominio de los aspectos que deben ser objeto de regulación contrasta claramente con el déficit de conocimiento que, en un entorno caracterizado por la complejidad, poseen el legislador y la administración.*

⁹⁹¹ Darnaculleta i Gardella, M. Merce. “La autorregulación y sus fórmulas como instrumento de regulación de la economía” En Derecho de la Regulación Económica. Tomo I Fundamentos e Instituciones de la Regulación, de Muñoz Machado, Santiago y Esteve Pardo, José (Directores). Madrid: IUSTEL, 2009. Págs. 631 - 667.

intervención eficaz. Darnaculleta concibe a la “autorregulación regulada” como una técnica de gobernanza, como una estrategia de regulación estatal⁹⁹², cuyos fundamentos sociológicos llevan a considerar que la regulación y la autorregulación no son conceptos contrapuestos, en el entendido de que no existe diferenciación entre Estado y sociedad⁹⁹³.

Para el efecto, se traen a colación aportes doctrinarios de esta autora sobre la autorregulación regulada⁹⁹⁴, quien afirma que según Stigler, “*la intervención de los poderes públicos para paliar los fallos de mercado no soluciona los problemas a los que se enfrenta, sino que genera mayores costes al mercado y a la sociedad*”⁹⁹⁵. Frente a ello, Darnaculleta reflexiona sobre los términos utilizados y su vinculación, contrastando “*autorregulación*”, “*mercado*” y “*eficacia*”, con “*regulación*”, “*Estado*” e “*ineficacia*”, los cuales relaciona además con la teoría de los fallos de gobierno y la consideración del carácter perjudicial y negativo de toda intervención pública en la economía⁹⁹⁶.

Ahora bien, vale la pena destacar una crítica doctrinal de la citada profesora a la autorregulación, según la cual, esta tiene como consecuencia un

⁹⁹² Darnaculleta, hace un análisis con base en conceptos de la sociología contemporánea para lo cual cita a N.LUHMANN, Teoría política en el Estado de Bienestar, Alianza, Madrid, 1983. (Traducción a cargo de F.VALLESPIN, de Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, G Olzog, München, 1981).

⁹⁹³ La citada autora afirma sobre autorregulación regulada: *La descripción de las realidades que pueden caracterizarse con esta locución encuentra claros paralelismos, por lo demás, con las aportaciones de la Sociología y la Ciencia Política alemanas –en concreto, con la teoría de sistemas de N. LUHMANN (...) y con las aportaciones de Gunter Teubner acerca de transformación del Derecho en un “Derecho reflexivo”(...)*

⁹⁹⁴ La citada Profesora se refiere a diferentes posturas, por una parte los que apoyan volver a la autorregulación del mercado, en un Estado mínimo, y otros que apoyan la reforma de los instrumentos de intervención del Estado en la sociedad, que corresponde a corrientes sociológicas afirma ella, de órbita germánica.

⁹⁹⁵ Darnaculleta cita: G. STIGLER, The Citizen and The State: Essays on Regulation, University of Chicago Press, Chicago, 1975

⁹⁹⁶ Ob cit. P, 634. De manera adicional: G. STIGLER, *quien considera que la teoría de los fallos de mercado no toma en consideración las relaciones entre los órganos reguladores y las empresas ni, por consiguiente, la captura de los reguladores por los intereses privados.*

“*encapsulamiento de los subsistemas*”⁹⁹⁷, es decir, de los *mercados de la industria*, siendo además una de las principales razones que explican las dificultades de ejecución del Derecho en su caracterización tradicional.

Para contrarrestar el posible efecto negativo de la autorregulación al interior de un sector, el cual desemboca en una especialización tal que puede hacer difícil intervenir en él, Darnaculleta se refiere G.Teubner, quien estudia la importancia de introducir *el derecho reflexivo*, el cual tiene por objeto “*regular el contexto de la autorregulación: posibilitar su existencia; fomentar la autorregulación que satisfaga objetivos públicos; reconocer, en su caso, efectos jurídicos a los instrumentos de autorregulación, y establecer un marco adecuado de garantías y controles de la autorregulación*”⁹⁹⁸. En suma, el derecho reflexivo puede comprender a la sociedad y sus dinámicas, permite aumentar la capacidad ordenadora del Derecho porque las normas y controles están adecuados a las necesidades de cada mercado y son aceptados voluntariamente por sus destinatarios. El esquema mencionado trae como consecuencia, en términos de eficacia, el aumento de la capacidad de respuesta de los poderes públicos^{999 1000}.

⁹⁹⁷ Darnaculleta cita al respecto a P.BOURDIEU y G. TEUBNER, *La fuerza del Derecho*, Siglo del Hombre Editores/Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes/Ediciones Uniandes/Instituto Pensar, Santafé de Bogotá, 2000

⁹⁹⁸ Para el efecto afirma que *el derecho reflexivo tiende a confiar en normas procedimentales que regulen los procesos, la organización y la distribución de derechos y competencias, que el sistema legal sólo determina la organización y las premisas procedimentales de la acción futura*. BOURDIEU y G. TEUBNER, *La fuerza del Derecho*, Op. Cit.

⁹⁹⁹ *Ibíd.* Pág. 638. Afirma la autora que se incrementa esta capacidad de respuesta del Estado, mediante la supervisión pública del control que realizan los propios subsistemas sociales del cumplimiento de la autorregulación. (...) Podría observarse así como, en el ámbito de la autorregulación, emergen poderes privados que ejercen funciones paralelas a las ejercidas a nivel estatal por los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Esta constatación surge cuando se constata la existencia de instrumentos de autorregulación normativa, declarativa y resolutoria. En resumen, Autorregulación Normativa: son normas elaboradas y aprobadas por sus propios destinatarios. Autorregulación Declarativa: tendente a certificar el cumplimiento de las normas en cuestión. Autorregulación Resolutoria: tendente a la resolución de conflictos o a la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimiento de las normas de autorregulación.

¹⁰⁰⁰ Bocanegra, dentro de la distinción entre eficacia interna y externa y el servicio del acto administrativo para ejecutar la ley, en particular afirmó: *La Administración no dispone de autonomía de*

la voluntad sino que su voluntad es una voluntad normativa (...). El acto administrativo es un instrumento al servicio de la seguridad jurídica y de la eficacia de la actuación administrativa y cumple una función clarificadora del Derecho (1). Una institución más próxima al acto administrativo, con la que comparte muchos más elementos comunes que con el negocio jurídico privado es la sentencia judicial, como ya vio tempranamente Otto Mayer (2), y no sólo porque la sentencia representa también un acto jurídico unilateral y vinculante sino además porque el servicio del acto administrativo a la causa del Derecho y a su realización mediante la ejecución de la Ley no se explica únicamente con esa referencia al carácter unilateral y vinculante de su contenido sino tomando en consideración su función clarificadora del Derecho, que se expresa en su firmeza y en las reglas que la disciplinan (3).

Ver cita (1): H. Kelsen, "Über Staatsunfrecht", GrünhZ, 40, 1914, págs. 1)

Ver cita (2): Otto MAYER, op. Cit., págs. 126 y 127. Es muy significativa la posición de H.MAURER (Allgemeines Verwaltungsrecht, cit., pág. 224) en relación con esta clásica comparación y merece ser traída colación: "El acto administrativo, como la sentencia judicial, es un acto de fijación del Derecho en cuanto establece lo que exige el Derecho en un caso en concreto. No obstante, hay importantes diferencias entre el acto administrativo y la sentencia judicial, que se aprecian sobre todo cuando se toma en consideración no solo la decisión en sí, sino el tipo de órgano que la adopta y el procedimiento para adoptarla.

(Nota: La obra de Otto Mayer corresponde al Manual de Derecho Administrativo. Ver cita de Bocanegra p. 771: O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, erster Band, 3. Aufl., Duncker und Humblot, Leipzig-münchen, 1924, págs. 62 y sigs.).

Diferencias entre sentencia judicial y el acto administrativo, según lo dicho por Otto Mayer quien cita a H.MAURER: (cuadro fuera del texto original).

Sentencia Judicial	Acto Administrativo
La sentencia judicial tiene por objeto la resolución vinculante y definitiva de una litis en interés de la paz jurídica	El acto administrativo, por el contrario, es un medio de configuración en manos de la Administración activa que se orienta principalmente al futuro
La sentencia es por tanto, sólo una decisión jurídica	El acto administrativo – en el marco de las potestades discrecionales reconocidas por la Ley- puede estar también determinado por consideraciones de oportunidad.
El Tribunal decide sobre la litis entre las partes como una instancia neutral e imparcial.	El órgano administrativo decide sobre las cuestiones administrativas que se le han encomendado y es, en este sentido, tanto órgano decisor como parte.
El Tribunal sólo puede actuar a instancia de parte	El órgano administrativo puede actuar en multitud de supuestos (también de oficio)
El procedimiento judicial está formalmente configurado y sujeto a numerosas garantías procesales para asegurar una decisión materialmente correcta.	El procedimiento administrativo, en cambio, está configurado generalmente, en interés de una Administración eficaz y orientada a la consecución de sus fines de manera informal, quedando sujeto a escasas garantías procesales"
Notas del autor: Nota 1: tomo, con alguna corrección, la reciente traducción publicada por Marcial Pons en 2011 bajo el título Derecho Administrativo General. Nota 2: Entre nosotros, para un análisis de la repercusión europea del concepto estricto de acto que subyace a estas concepciones, mi obra, La teoría del acto administrativo, Iustel, Madrid, 2005, págs. 22 y 23.	

Ver cita (3): La analogía entre el acto administrativo y la sentencia judicial llega a la necesidad constitucional de considerar que la firmeza del acto cumple un servicio a la seguridad jurídica similar al que cumple la fuerza de cosa juzgada en el caso de las sentencias. El Tribunal Federal Constitucional alemán ha destacado con brillantez esta idea en su Sentencia de 20 de abril de 1982 cuya cita creo que es necesaria: "En el ámbito de la tutela judicial, los plazos procesales sirven, ante todo y junto a la

Como lo afirma Esteve Pardo, citado por Darnaculleta, “el dominio de los aspectos que deben ser objeto de regulación contrasta claramente con el déficit de conocimiento que, en un entorno caracterizado por la complejidad, poseen el legislador y la administración”¹⁰⁰¹

6. Participación ciudadana

Es esencial tener en cuenta las consideraciones políticas en todo proceso regulatorio¹⁰⁰². Por una parte, las directivas de tipo general que pueden influir

cosa juzgada, a la seguridad jurídica. En la firmeza de los actos administrativos se encuentra un interés semejante del Estado de Derecho fundado en la seguridad jurídica. Es cierto que en el orden constitucional de la Ley fundamental, constituye una tarea prioritaria de los jueces asegurar el ordenamiento jurídico a través de la determinación última y vinculante de lo que sea Derecho en el caso concreto, pero esta exigencia de seguridad jurídica no es menor en otros ámbitos de eficacia del Ordenamiento y especialmente en un campo que puede ser objeto de una futura contienda judicial. Tal exigencia supone también que dondequiera que existan actos que tengan la pretensión de ser vinculantes jurídicamente se ofrezca al interesado, a poder ser de forma rápida, seguridad sobre aquello que de forma vinculante la ha tocado en suerte. Esto vale sobre todo para el Derecho Administrativo, que se caracteriza por la posibilidad de una resolución de autoridad y vinculante, constitutiva o declarativa, del Derecho. (...) Si el ordenamiento jurídico ofrece al órgano administrativo, en el marco de su competencia, la posibilidad de declarar, constituir o modificar, de forma vinculante y a través de un acto de autoridad, lo que sea Derecho para el caso concreto, entonces existe también un interés constitucional en que se produzca la firmeza de esa actuación. Esa firmeza del acto administrativo tiene, si bien en otra dimensión, el mismo interés para la seguridad jurídica que la cosa juzgada de las resoluciones judiciales”. (la traducción es mía) (Subrayado fuera del texto original)). BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Distinción entre la Eficacia Interna y la Eficacia Externa de los Actos Administrativos. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 152, Octubre - Diciembre 2011. Págs. 769-786.

¹⁰⁰¹ ESTEVE PARDO, José. Técnica riesgo y Derecho. Ob. Cit.

¹⁰⁰² En este sentido, De Figueiredo hace un aporte sobre la importancia de un procedimiento abierto que involucre a los interesados: *Puesto en otros términos, solo existirán ventajas para la sociedad, si la juridicidad de las normas reglamentarias pase a ser contrastada a partir del observación de un procedimiento abierto, que se realice con una participación dialógica de los interesados en el sector en causa lo que debe cumplirse no solamente con la sumisión a las condicionantes de la ley, como, principalmente, a todas las condicionantes del Derecho. Esta es la razón que presenta el jurista MARCOS JURUENA VILLET A SOUTO, en dictamen en que ha sido llamado a discurrir sobre la superación del principio de legalidad por el principio de juridicidad, en que se incluye, más allá de la estricta legalidad, también la legitimidad y hasta la licitud moral, examinada con referencia a las mutaciones jurídicas que han conducido a la formulación del citado principio: primo, a la crisis de la ley formal y, segundo, a la aplicación directa de la fuerza normativa de la Constitución, invocando nada menos que el magisterio de dos de los más importante publicistas contemporáneos: J.J. CANOTILHO y Juan Carlos CASSAGNE. De J.J GOMES CANOTILHO (...) Finalmente, el principio de la legalidad significa hoy un principio de la legalidad comunitaria con la consecuente observancia de las normas del derecho comunitario, directamente aplicables, y la correlativa desaplicación de normas internas*

en la toma de las decisiones; y por otra, la participación ciudadana en su construcción. Esta última adquiere importancia para que el proceso de creación de la norma regulatoria sea eficiente, por medio del adecuado uso de los recursos, y eficaz, en cuanto al cumplimiento de los objetivos propuestos, pues serán estos los elementos específicos que comprometerán su efectiva aplicación¹⁰⁰³.

La participación ciudadana, en especial de los destinatarios de la norma y en general de los sujetos regulados, se constituye en un elemento que reafirma la acción del Regulador, pues como ya se mencionó, este actúa en gran parte con fundamento en la información que le proporcionan quienes más conocen

contrarias a las mismas (1). (Ver cita (1): CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituicao. 5 edición. Portugal: Almedina, p. 717. (Nuestra traducción)): DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo. Logros Democráticos de la Regulación. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 155, Julio - Septiembre de 2012. Págs. 67-73.

¹⁰⁰³Op., cit. Así lo mencionó Herrera Guerra: “*La Política, el ejercicio de la razón práctica para determinar el contenido del «interés público» a defender, es indispensable de todo proceso de creación normativa; una comprobación que ha sido sacada a luz en numerosas decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU., que a partir de la Administrative Procedure Act, han exigido a la Administración, y sobre todo a los EARI, transparencia y participación ciudadana en la rulemaking o creación regulatoria a su cargo*”.

la actividad de provisión de redes y servicios, los operadores¹⁰⁰⁴¹⁰⁰⁵. Por lo tanto es menester que participen principalmente los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, sean públicos o privados, y también, los usuarios y las entidades estatales involucradas¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁴Belando Garín sobre la relación de los administrados y la administración y una futura decisión administrativa que denomina actividad administrativa informal: *En realidad, pueden establecer dos acepciones al término **actividad administrativa informal**, según se parta de un concepto amplio o estricto del mismo. Desde una concepción amplia de actividad informal, esta es toda actividad no formalizada, carente de regulación legal y fuerza vinculante. Desde esta perspectiva, caen dentro del ámbito de las actividades administrativas informales gran parte de las técnicas convencionales, es decir, los acuerdos, conversaciones o pactos que la Administración realiza con los administrados, ante o durante un procedimiento administrativo, que implican la aceptación del contenido de una futura decisión administrativa, supuestamente unilateral. Un concepto restringido de actividad informal, incluiría además de las notas descritas, el hecho de tener como objetivo la prevención, lo que las distinguiría de las técnicas convencionales cuyos objetivos son principalmente la agilización de los procedimientos y la reducción de la litigiosidad. Esta última concepción permite por tanto, encontrar unas notas diferenciadores entre las actividades informales y las técnicas convencionales. (...) Se trata de orientar, informar, comunicar, advertir, en definitiva, de cumplir con los objetivos públicos desde una perspectiva de prevención, poniendo el énfasis entre otras cosas en la información y en la colaboración de los destinatarios. En cualquier caso, la participación de los administrados no determina la realización de estas actividades, puesto que su incidencia se produce desde otra perspectiva, la eficacia de la medida.*

BELANDO GARÍN, Beatriz. Reflexiones sobre la Actividad Administrativa Informal al hilo de las "nuevas" advertencias al Público de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 125, Enero -Marzo 2005: 101 a 115.

¹⁰⁰⁵Aunque el regulador en gran parte actúa, de acuerdo con la información que recopila de los regulados, no puede dejarse capturar ni perder de vista *la perspectiva de la acción administrativa global* que menciona Moreno Molina. Para mayor ilustración: *Las Agencias independientes están especializadas en, y preocupadas por, su sector específico que pierden la perspectiva de la acción administrativa global, fenómeno que se conoce en los Estados Unidos como "visión de túnel" (tunnel vision). Ello le incapacita para regular realmente "en interés público", pues su perspectiva es demasiado estrecha de miras y especializadas en un solo sector, y su aislamiento en el magma administrativo les priva de los beneficios de la interacción con otras agencias (1)(...). Su propia especialización hace que acabe "conviviendo" vitalmente e identificándose con el sector industrial que es objeto de su intervención administrativa, "simpatizando" cada vez más con él, hasta el punto de ser controlada y finalmente "capturada" por aquel.(...). Como lo ha definido la doctrina administrativista, "una agencia es capturada cuando favorece los intereses del sector económico que regula –que está bien representado por su grupos comerciales y sus abogados- sobre intereses del público en general, que está a menudo subrepresentado (2).*

(Ver Cita (1): BERNSTEIN, M.: *Regulating business by independent commission*, 1955, págs.. 154 a 63). (Ver Cita (2): PIERCE, SHAPIRO, VERKUIL, *Administrative Law and Process*, 1992, pág. 18). MORENO MOLINA, Ángel Manuel. Los Modelos de Administración por Agencias en el Derecho Comparado. Especial referencia a los Estados Unidos. En: Foro de Seguridad Social No 21, Abril 2009. Págs. 174 – 184.

¹⁰⁰⁶ Además de la participación ciudadana en la construcción de la norma, vale la pena que se generen procedimientos que faciliten las relaciones y en particular la solución de conflictos entre los actores públicos y privados. En este sentido Delgado Piqueras en un estudio sobre arbitraje de derecho administrativo relacionado con Estados Unidos destaca los siguiente: *El convencimiento de que la*

7. Procura asistencial

Este es un elemento que se suma a la autorregulación regulada, que según Darnaculleta, con base a la doctrina alemana y por influencia de la sociología, la regulación es considerada generalmente como una forma de control social que incluye un elemento finalista de procura asistencial, con la finalidad de recomponer la garantía de los intereses generales en el ejercicio de la nueva función reguladora del Estado¹⁰⁰⁷, que Esteve Pardo denomina como un Estado prestador de garantías o Estado garante¹⁰⁰⁸.

De manera que la autorregulación regulada se ha convertido en pieza clave, en el marco de un sector liberalizado, en el cual el esquema de gestión cambió de la prestación directa del servicio por parte de los poderes públicos, a un esquema en competencia, haciendo necesaria la búsqueda de un equilibrio en las relaciones económicas que logre el cumplimiento de los objetivos de servicio público, entre ellos disponibilidad, asequibilidad, y universalidad¹⁰⁰⁹.

correcta atención de los problemas a los que se enfrenta la sociedad norteamericana y en los que se ve envuelta la Administración federal, en una realidad cada vez más compleja que reclama su intervención creciente, exigía mecanismos de respuesta y solución de controversias ágiles y flexibles ha llevado a los Estados Unidos a la creación por vía legislativa de procedimientos alternativos a los de la decisión autoritaria y unilateral administrativa. Estos procedimientos descansan en la consensualidad y colaboración entre poder público y ciudadanos y pretenden ser menos costosos, más rápidos y cualitativamente más satisfactorios en sus resultados. DELGADO PIQUERAS, Francisco. La “Administrative Dispute Resolution Act” de los Estados Unidos: Introducción, Traducción y Notas. En: Revista de Administración Pública No 131. Mayo –Agosto de 1993. Págs. 567-568.

¹⁰⁰⁷ Darnaculleta i Gardella, M. Merce. La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana. *En*: Derecho de la Regulación Económica - Tomo I Fundamentos e Instituciones de la Regulación, de Muñoz Machado, Santiago y Esteve Pardo, José (Directores). Madrid: IUSTEL, 2009. Pág. 357.

¹⁰⁰⁸ Para mayor ilustración ver José Esteve Pardo, “La regulación de la economía desde el Estado garante”.

Fuente: [http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulaci%F3n Esteve.pdf](http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulaci%F3n%20Esteve.pdf) (citado en 6 de febrero de 2015)

¹⁰⁰⁹ Sobre el tema Villar Rojas: *Cuando se pasa de una situación de monopolio legal, derechos exclusivos y planificación pública vinculante a un, aun régimen de libre iniciativa empresarial y libre elección del usuario, en donde la intervención pública queda reducida a garantizar el servicio universal*

CAPÍTULO SEGUNDO. ELEMENTOS ORGANIZACIONALES

En la línea de los elementos teleológicos propuestos, se requiere de unas características básicas como presupuesto necesario dentro de la estructura del Regulador, siendo este, aquella autoridad que se encuentra inmersa en un sector influenciado por relaciones internas dentro de la organización del Estado y externas en cuanto a los operadores y usuarios, entre otros. De esta manera, se construyeron siete elementos como presupuesto para un eficaz desarrollo del Regulador, que se consideran afectan positivamente su tarea como ente solucionador de controversias.

De esta manera se presenta el siguiente orden: desde el punto de vista de la relación del Regulador con la entidad que dirige al sector, Neutralidad Política, Autonomía e independencia, Periodo extendido. Desde la óptica del carácter técnico, Tribunal de solución de controversias, Regulador multitareas convergente. Desde la relación con otras autoridades, el Regulador y la Autoridad de Competencia, el Regulador y el Legislativo. Desarrollo:

1. Neutralidad política

La Comisión como un organismo técnico, que para algún doctrinante, es una autoridad especializada de asistencia del Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), debido a que no cuenta con

y a fomentar la libre competencia, la separación de funciones deviene inevitable. Es preciso, en primer término, separar las tareas de regulación y de ordenación, de la prestación y la gestión, para a continuación delimitar los derechos y obligaciones de los operadores, aquellos que aseguren su funcionamiento en igualdad, cualquiera que sea su titular, sin que ninguno de ellos ejerza directa o indirectamente, funciones de regulación de la actividad. VILLAR ROJAS, Francisco José. El Principio de Separación entre el Regulador y Los Gestores como Garantía de la Libre Competencia. En: Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red – REDETI No 9, Noviembre, 2000. Págs. 141-153.

personalidad jurídica propia, está adscrita a esta entidad y tienen su composición a la cabeza mayor del sector del Ministerio¹⁰¹⁰.

La conformación del Ente Regulador recientemente fue modificada, en aras de la neutralidad e imparcialidad¹⁰¹¹, a raíz de la reforma a la Ley del Plan de

¹⁰¹⁰ VIDA FERNÁNDEZ, José. La Comisión de Regulación de Comunicaciones: su naturaleza y significado. En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC (Ley 1341 de 2009). Edgar González López. Director. Universidad Externado de Colombia. 2010. Págs. 569-570.

¹⁰¹¹ Malaret sobre los nuevos modelos de organización de las autoridades administrativas: *La asunción de nuevas tareas por parte de los Poderes públicos ha implicado siempre transformaciones en la organización, así como la adopción de nuevos modelos organizativos acordes con la misión a cumplir y la tutela de los intereses en presencia. Los procedimientos de reforma de la Administración responde a la exigencia de un Estado cada día más multifuncional y multiorganizativo (1); este policentrismo se acentúa con el aumento cometidos (2). (...).*

La creación de organizaciones con similares rasgos pretende garantizar, respecto a todos los intereses sectoriales en presencia, una posición neutral (3) en la realización de la misión confiada un sector social y constitucionalmente importante (4). Razones de eficiencia, pero sobre todo de garantía, presiden la creación de esas instituciones. Se trata de sectores donde la confrontación entre los derechos privados vinculados a la iniciativa económica, las libertades fundamentales y los intereses protegidos por el ordenamiento es particularmente compleja. La “neutralidad” es una exigencia ligada no sólo al carácter técnico de la materia (5), sino también, y sobre todo, una garantía contra la parcialidad de la acción gubernamental –puesto que la Administración se coloca en una posición de árbitro en relación a los distintos intereses privados (6) y las presiones de intereses “fuertes” y organizados (7) (...). Seguramente, su función se explica más que en términos de ejecución como una contribución a la configuración de un orden en los sectores de actividad que le han sido confiados (8). Esta intervención se efectúa de acuerdo con los propios criterios de oportunidad, si bien siempre en el marco de la Ley (9).

Este tipo de Organismos aparece como una interpretación del principio constitucional de objetividad de la Administración (art 103 CE). Se trata de una respuesta de carácter organizativo a las especiales exigencias de imparcialidad y neutralidad que ciertas funciones públicas requieren (10)

A continuación se transcriben las citas de la autora:

(Ver cita (1): En Italia, la difusión de modelos organizativos diferentes de los modelos tradicionales es contemplada por la doctrina desde la perspectiva de la tendencia al pluralismo que caracteriza la Administración pública contemporánea. Vid. GIANNINI, M S.: *Il pubblico potere. Stato e amministrazione pubblica*, Bologna, 1986.)

(Ver cita (2): Vid., por todos, CASSESSE, S.: *Le trasformazioni dell’ organizzazione amministrativa*, “Riv. Trimm. Dir. Pubbl”, 1985, págs.374 y sigs.)

(Ver cita (3): La multiplicación de organismos merecedores del calificativo de independientes por su peculiar posición en el tejido organizativo ha sido objeto de las más variadas y contradictorias explicaciones. Pero la idea de imparcialidad o neutralidad está siempre presente. Vid., por todos, SALA ARQUER, J.M.: *El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes*, “REDA”, 1984, 42, págs. 401 y sigs.)

(Ver cita (4): Vid. capítulo III)

(Ver cita (5): Quizás la creación de estos entes ofrecen una respuesta de tipo organizativo aun problema sustantivo, el de la denominada *discrecionalidad técnica*. Puesto que, a pesar de las reiteradas afirmaciones doctrinales acerca del carácter no discrecional de las potestades configuradas mediante

Desarrollo 2014-2018¹⁰¹². Dicho cambio consistió en eliminar la presencia del Ministro como requisito obligatorio para que la CRC sesionara, aspecto de gran importancia que contribuye a disminuir la tensión por la posible distorsión de la competencia en razón a la presencia de intereses de carácter político y a la existencia de empresas de telecomunicaciones con participación pública, factores los cuales podrían influenciar el adecuado desempeño de la función de resolución de controversias, entre otros aspectos¹⁰¹³.

En ese sentido, Sala Arquer considera a la neutralidad como un supuesto de las administraciones independientes, orientado expresamente a aquellas

conceptos que aluden o provienen de ciencias metajurídicas- ya que se trataría de conceptos jurídicos indeterminados y en consecuencia no existiría libertad de elección-, lo cierto es que, cuando se procede a la exégesis o a la aplicación judicial de una norma que condiciona el ejercicio de las facultades administrativas mediante conceptos que reúnen las mencionadas notas, la doctrina y la jurisprudencia al pronunciarse sobre el caso concreto acostumbra a reconocer “que el margen de valoración de la administración es realmente amplio.”. Este fenómeno explica también la escasez de conflictividad en sede jurisdiccional en determinados ámbitos.)

(Ver cita (6): Sobre la aparición de una actividad “arbitral” de la Administración, vid. PARADA, J.R.: Derecho Administrativo, I, Madrid, 1991, 2. Ed., págs. 500 y sigs.)

(Ver cita (7): A pesar de la ambigüedad del término “independencia” en relación a un ente público su empleo pone de manifiesto la posición respecto a la Administración –territorial- y respecto a los destinatarios de su actividad. En mi opinión este dato constituye un primer elemento diferenciador de los modelos empleados anteriormente. En todo caso no debe olvidarse que parte del debate sobre “desregulación” desarrollado en los años ochenta en los países anglosajones parte del cuestionamiento de la efectividad o realidad de la independencia de las “agencias reguladoras”. Vid., por todos, ROUBAN, L.: *Evaluation des politiques publiques et mouvement de deregulationaux Etats-Unis*, “R.fr. A. P.”, 1984,29, y HOGWOOD, B. W.: Evolución de las agencias reguladoras en Gran Bretaña, “RICA”, 1990, 4 págs. 7 y sigs.)

(Ver cita (8): Por ello, algunos autores analizan este tipo de instituciones desde la perspectiva de la regulación: vid., por todos, AUTIN, J.L.: *Du juge administratif aux autorités administratives independantes: un autre mode de régulation*, “R. Dr. P. et Sc. Pol.”, 1988.)

Ver cita (9): Vid. en relación a la institución, homóloga en Italia, MARZONA, N.: *La Consob: profili giuridici*, “Amministrare”, 1987, págs. 23 y sigs.)

(Ver cita (10): Vid. nota 14, la referencia al problema planteado por la denominada “discrecionalidad técnica”. En relación a esta última cuestión, continúa siendo imprescindible la exposición de las diferentes aproximaciones a la discrecionalidad y la construcción de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados que realizara SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, páginas 191 y sigs.)

MALARET, Elisenda. La Comisión Nacional del Mercado de Valores (Una aproximación a su configuración institucional). En: Revista Española de Derecho Administrativo No 76, Octubre - Diciembre 1992. Págs. 557- 597

¹⁰¹² Ley 1753 de 2015. Plan Nacional de Desarrollo “Todos por un nuevo país”.

¹⁰¹³ La Comisión puede tomar decisiones por mayoría simple de sus miembros.

cuyas funciones tienen la finalidad de establecer *centros de decisión*, en el cual algunas funciones están *materialmente integradas en el ejecutivo*, y sobre las que el Legislador decidió dejar distantes de la influencia de las mayorías políticas. Este autor recalca que la neutralización no significa necesariamente inhibición del Estado, sino que hace referencia tan sólo a la forma en que éste interviene.¹⁰¹⁴

Sala se refiere a dos términos *neutralización* y *neutralidad*, en principio similares, y propone unas diferencias. De modo que neutralización “*alude a la forma en que el poder público interviene, y por lo tanto en sí misma es indiferente en relación con el modelo de relaciones Estado- Sociedad que se adopte*”¹⁰¹⁵. Y la neutralidad, por su parte, se asocia a que los organismos

¹⁰¹⁴ SALA ARQUER, J.M.: El Estado neutral. Op. cit.

¹⁰¹⁵ En este sentido, Sala cita a Fichtmüller, así: *Así pues, neutralización y neutralidad no son sinónimos. En la tipología propuesta por FICHTMÜLLER, se distinguen, atendiendo a las diversas causas de la independencia, los siguientes supuestos, que pueden servirnos como punto de partida: a). Administración propia de los órganos superiores estatales y constitucionales. (administración propia, separada de la administración del Estado); b) Órganos de control interno de la Administración (órganos de inspección); c). Órganos administrativos con funciones judiciales. Se trata de autoridades que ejercen funciones materialmente similares a las judiciales, y deben tener, por tanto, un status independiente. (...) En todos estos casos, y en otros análogos, estamos ante órganos colegiados que deciden sobre casos concretos, según su leal saber y entender; d). Administración de patrimonios separados. Los ejemplos citados bajo este enunciado por FICHTMÜLLER son, en realidad, ciertos organismos autónomos a los que, tradicionalmente, el Derecho alemán ha reconocido un ámbito de autonomía superior al de la restante administración institucional: así, la administración de los ferrocarriles federales, o de los correos federales. No se puede pues, hablar aquí con propiedad de independencia total, sino en todo caso de una **autonomía reforzada en asuntos determinados**. (negrilla fuera del texto original); e). Autoadministración orgánica. (por órganos de la Administración estatal que están siendo ocupados por legos que actúan a título honorífico para posibilitar la representación de intereses determinados y la toma en consideración de saberes y experiencias de los afectados por la actividad administrativa.); f). **Ejecutivo políticamente neutralizado**. (negrilla fuera del texto original) Aquí es donde el concepto de neutralización se encuentra en íntima relación con la idea de independencia. Ciertos organismos deben ser independientes para asegurar su neutralidad; y deben ser neutrales porque de quedar abandonadas a las fuerzas políticas mayoritarias en cada momento, podrían ponerse en peligro algunos valores superiores, esenciales al mismo orden constitucional. (...). Lo que ahora interesa es poner de relieve que solo en la última de las categorías citadas, nos hallamos ante funciones políticamente neutralizadas, en el sentido antes expuesto.*

Por otra parte, Sala cita la clasificación que hace Schmitt (1) *para referirse a significados del concepto de neutralidad: (...)*¹⁰¹⁵. *Este distingue, ante todo, unos significados negativos y otros positivos de la neutralidad. Los primeros son aquellos que la alejan de la decisión política; los segundos, los que conducen a una decisión.* (Resaltado fuera del texto original) *Dentro de la neutralidad negativa, incluye*

deben ser independientes de la Administración del Estado y que esta neutralidad puede ser en mayor o menor grado. En este punto, afirma que es a través de la independencia como se hace efectiva en la práctica la neutralidad, y destaca que las autoridades administrativas independientes no se desligan por completo del Ejecutivo ni del Legislativo. En este sentido, cita a Sabourin¹⁰¹⁶ quien afirma que se trata de una independencia relativa y que más que administraciones independientes, se pueden denominar *contrapoderes*, que de alguna manera están en el Gobierno y que en gran medida *aseguran la reintegración a la unidad estatal*.

Vale la pena resaltar que este autor hace un análisis sobre si existe o no similitud entre la función objeto de análisis y la de los jueces, afirmando que la posición jurídica de las administraciones independientes no es la misma que

SCHMITT: a). Neutralidad en el sentido de no intervención, de falta de interés, laissez passer, tolerancia pasiva (...); b). Neutralidad en el sentido de concepción instrumental del Estado, por la cual el Estado es un medio técnico, que debe funcionar con valorabilidad objetiva y dar a cada uno una igual posibilidad de utilización. (...).

Dentro de la neutralidad positiva, cita: a). Neutralidad como objetividad y concreción sobre la base de una norma reconocida (neutralidad del juez); b). Neutralidad sobre la base de un conocimiento de causa no interesado egoístamente (neutralidad del perito, o del consejero experto); c) Neutralidad como expresión de una unidad y globalidad que abraza los agrupamientos contrapuestos y que por ello relativiza en sí misma todas estas antítesis (neutralidad de la decisión estatal frente a la división partidistas del Estado, cuando tal decisión hace valer el interés de la unidad estatal). (...).

*También la judicial, una neutralidad de rasgos propios e irrepetibles, que en modo alguno puede presentarse como paradigma extensible a otros supuestos distintos de aquellos en los que se da una función materialmente jurisdiccional. Este es un punto que debe subrayarse, ya que, como pronto veremos, la independencia que caracteriza a las administraciones objeto de este estudio, es de naturaleza esencialmente distinta a la independencia judicial. (...). La neutralización no es necesariamente sinónimo de inhibición o retrainimiento del poder público frente a una determinada actividad o materia. La neutralización se refiere a la forma en que el poder público interviene, y por lo tanto en sí misma es indiferente en relación con el modelo de relaciones Estado- Sociedad que se adopte. (...). La creación de organismos neutralizados ha supuesto, en ciertos casos, un mayor intervencionismo del poder público en ámbitos hasta entonces libres de su presencia. En cierto modo, la neutralización puede servir de "coartada" para un mayor intervencionismo estatal, y no es este, sin duda el menor de sus peligros. (...). (Ver cita (1): SCHMITT: *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931, págs. 93, 106 y 151 y sigs.).*

SALA ARQUER, José Manuel. El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 42, Abril - Junio 1984. Págs. 401 - 422

¹⁰¹⁶ Ver cita de Sala Arquer. *Ibidem*. SABOURIN: *Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle* "AJDA", 5 (1983), págs. 275-295. (página 292)

la de estos últimos, que la independencia judicial no permite mecanismos de influencia, como sí ocurre de alguna manera, como ya se mencionó, con las administraciones independientes insertadas en el Ejecutivo.

2. Autonomía e independencia

Es necesario garantizar que la autonomía de la Comisión sea efectiva, de manera que le permita ejercer su función de forma separada y ajena a los factores externos que pueden influenciarla para favorecer intereses del Gobierno, de las empresas del sector o de otros actores¹⁰¹⁷.

Los elementos como la autonomía en la gestión, el perfil de las personas designadas, el modo del nombramiento y el periodo fijo, se constituyen en aspectos importantes para el ejercicio de la función¹⁰¹⁸. Sin embargo, no se puede dejar de lado que, aunque esas características se den, es muy posible

¹⁰¹⁷ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. Los Medios de Comunicación y los Sistemas Democráticos. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid. 1996. Págs. 23-38. La independencia y autonomía, es una característica que no se logra como una consecuencia de una normativa, sino que va de la mano con aspectos, características y hábitos del país de que se trate y de su cultura. El Profesor Santiago Sánchez, a propósito del tema, plantea interrogantes para reflexionar sobre lo cual considera que es un aspecto que no se logra como una consecuencia de una normativa sino que va de la mano con aspectos, características y hábitos del país de que se trate y de su cultura.

¹⁰¹⁸ La Comisión como unidad administrativa adscrita al Ministerio tiene una relación que no puede estar en la línea de la jerarquía y sobre la cual debe reforzarse su independencia. Al respecto se trae a colación, al Profesor Pomed quien considera que: *Al igual que sucede con los órganos independientes se aprecia en las Administraciones Independientes una derogación del principio de jerarquía, que se traduce, en este caso, en la atenuación de la relación de instrumentalización respecto del ente matriz.(...)*.

Por otra parte el citado doctrinante destaca la importancia de las administraciones independientes frente a *ámbito sensibles*, y afirma que: *Como ya hemos tenido ocasión de señalar con anterioridad, la creación de Administraciones Independientes persigue, como objetivo principal, la consecución de un nuevo título de legitimación de la acción de los poderes públicos en ámbitos especialmente sensibles. Se trata, en estos casos, de reforzar la nota de la objetividad en el servicio a los intereses generales, para lo cual se lleva a efecto una modulación del principio de jerarquía, expresamente recogido en el artículo 103. Const. POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto. Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes. En: Revista de Administración Pública No 132. Septiembre – Diciembre de 1993. Pág. 145-155. En el caso colombiano corresponde la independencia, a una característica discutida del regulador del servicio público de telecomunicaciones.*

que las influencias en diferentes niveles, tales como políticos, jerárquicos, empresariales, puedan ejercer gran presión¹⁰¹⁹.

Lo anterior, no se mitiga únicamente a través de la expedición de normas que establezcan parámetros, exigencias técnicas y de preparación, experiencia e inhabilidades, sino que también será necesario trabajar en un cambio cultural a nivel nacional. Y mientras eso ocurre, se debe reconocer la necesidad de dar un tratamiento especial al Ente Regulador, quien tiene dentro de sus funciones resolver controversias entre partes, para que se proteja la independencia funcional de sus miembros, estableciendo un régimen especial para la designación y remoción de sus integrantes¹⁰²⁰.

Sumado a lo anterior, es fundamental tener presente que cuando una autoridad administrativa resuelve controversias, crece el deber de tener una normativa conforme a la Constitución y a la ley, así como reglas claras respecto de los actos que profiere¹⁰²¹.

Adicionalmente, como requisito fundamental, esta autoridad debe ser independiente para ejercer sus funciones, y en particular, para dirimir

¹⁰¹⁹ POMED. *Ibíd.* Este autor cita como ejemplo: “p. ej., el de Gran Bretaña donde, a pesar de la estrecha vinculación con el gobierno, dados los procedimientos de nombramiento del Board of Governors de la BBC y de los miembros de la comisión rectora de la ITC, el funcionamiento del sistema ha revelado en general una imparcialidad en el tratamiento de los problemas políticos. Imparcialidad que ha dejado en evidencia a las televisiones y radios públicas de otras naciones europeas, cuyos órganos directivos, no obstante no haber sido designados en sentido estricto por el gobierno de turno, se han mostrado una y otra vez muy deferentes con el mismo.”

¹⁰²⁰ NALLAR DERA, Daniel Mauro. *Los Entes Reguladores y la Función Jurisdiccional*. *En*: Regulación y Control de los Servicios Públicos. Argentina. Marcial Pons, 2010. Págs. 74-77.

¹⁰²¹ POMED SÁNCHEZ. *Ob.cit.* Pomed resalta la importancia de la independencia funcional, para lo cual cita al profesor Torno Mas, enfatizando en la necesidad de una legitimidad de las decisiones de la administración más allá de la presunción de validez de los actos administrativos, así: “ la voluntad de mantener la aplicación en la esfera a administrativa, pero a través de un órgano dotado de independencia, de manera que la legitimidad de sus resoluciones se encuentre en esta independencia y no en la genérica presunción de validez de los actos administrativos (1) (Ver (1): Vid. J.TORNOS MAS, “Comercio interior y exterior”, en S. MARTIN-RETORTILLO (dir). *Derecho Administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1991, tomo II, pág. 642)”.

controversias. González afirma que cuando la autoridad que va a impartir justicia, debe tener el atributo de imparcialidad e independencia, tal como se le exige a la rama judicial¹⁰²². Esta característica puede materializarse por medio del sometimiento y cumplimiento de funciones previstas únicamente en la ley, del manejo de recursos propios, y llevando a cabo sus funciones sin recibir instrucciones externas que orienten sus decisiones¹⁰²³.

3. Periodo extendido

En cuanto a la permanencia y estabilidad de los Comisionados, se considera que, entre una mayor extensión del periodo para ejercer sus funciones, más estabilidad, independencia real, autonomía y especialidad se generan. Lo anterior, sumado a que este término no coincida en duración con el del Presidente, lo que ofrece mayor certeza del cumplimiento adecuado de sus funciones¹⁰²⁴.

¹⁰²² GONZALEZ LÓPEZ, Edgar. La Función de Solución de Conflictos Atribuida a las Autoridades Administrativas especializadas en el sector de las Telecomunicaciones. En: Los Retos del Estado y La Administración en el Siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. Págs. 1550–1553.

¹⁰²³ GONZALEZ. *Ibidem*. En este punto González, trae a colación un aparte de la Directiva 140 del 2009 de la UE que contempló en su Considerando 13: “Debe reforzarse la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación para garantizar una aplicación más efectiva del marco regulador y para aumentar su autoridad y la previsibilidad de sus decisiones”.

¹⁰²⁴ Sánchez Rodríguez, sobre las Administraciones independientes y arbitrales o entes reguladores independientes, hace referencia a la Comisión Nacional de Energía (CNE) y la CMT, en cuanto a la autonomía y la *independencia real*. Para mayor ilustración: *Una de las consecuencias que el legislador considera que conlleva la liberalización de un mercado dado es la necesidad de poner al frente del mismo, como ente supervisor y regulador, una Administración no vinculada jerárquicamente a la administración General que vele porque la competencia sea efectiva (1) (Ver cita (1): Sobre las Administraciones independientes, por todos, BETANCOR RODRIGUEZ, A. Las Administraciones Independientes, Madrid, tecnos, 1994; y PAREJO ALFONSO, L., “La potestad normativa de las llamadas administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno”, en VV.AA., Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo, Madrid, Civitas, 1994.)*. Esta Administración ha de ser independiente tanto del Ministerio (independencia jurídica) como de los operadores (independencia real). Ha de moverse, por tanto, en un ámbito de actuación en el que no sea fácilmente manipulable tanto por el Ministerio como por los operadores, y ha de legitimarse por sí misma ante el sector (prestige, moral suasion conocidos en el derecho anglosajón)(...) En efecto, sólo podemos decir que la CMT se autónoma funcionalmente (independiente, si se quiere), respecto del Ministerio, no así la CNE.

En un primer momento, el periodo de los Comisionados tenía una duración de dos años conforme al Decreto 2122 de 1992, además de ellos, la Comisión estaba integrada por el Ministro de Comunicaciones, el cual la presidía, o el Viceministro de Comunicaciones como su delegado, dos funcionarios públicos en calidad de representantes del Presidente de la República y tres expertos de dedicación exclusiva, designados por el Presidente de la República.

Posteriormente, la Ley 142 de 1994 estableció que los tres Expertos Comisionados de dedicación exclusiva, tendrían un período de tres años¹⁰²⁵. Luego, la Ley 1341 de 2009 definió que el periodo de los Comisionados se mantendría en tres años. Finalmente, la Ley 1753 de 2015, -Ley del Plan Nacional de Desarrollo-, amplió el periodo de los Comisionados de tres a cuatro años, y eliminó la obligatoriedad de la presencia del Ministro para sesionar¹⁰²⁶.

Esto es así, porque contra las resoluciones adoptadas por la misma en el ejercicio de sus funciones podrá interponerse recurso ordinario ante el Ministerio de Industria y Energía (D A 11.5 de la Ley 34/1998), cosa que no ocurre en el caso de CMT. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio J. Análisis Comparado de la Regulación en los Mercados de la Electricidad y las Telecomunicaciones. En: Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red - REDETI No 5, Junio 1999: 41 a 69.

¹⁰²⁵El Superintendente de Servicios Públicos o su delegado, asistía, únicamente con voz.

¹⁰²⁶ Laguna de Paz se refiere a la captura del regulador por el sector por una parte, y por otra la puerta giratoria: *Por otra parte, es preciso garantizar una efectiva separación funcional entre reguladores y regulados. El regulador-supervisor no puede tener los mismos intereses – inmediatos o en su probable futuro profesional (the revolving door) – que el regulado, ya que –en este caso- no podría ejercer su función específica: sería “capturado” por el sector. Es éste un tema delicado, que conocen bien en el Derecho norteamericano (1) (Ver cita (1): Vid. ARIÑO ORTIZ, G., Economía..., op.cit., pág. 382.). La interpenetración entre los órganos reguladores y las empresas públicas con derechos exclusivos (Telefónica, Retevisión, Hispasat) es muy fuerte en España. Para garantizar la imparcialidad y objetividad de su actuación, hay que evitar que los reguladores formen parte de los consejos de administración de estas empresas (2) (ver cita (2): Vid. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Remedios..., op.cit., págs.. 103-104. Vid. En contra MOPTMA Aspectos..., op. Cit., pág 24. MOPTMA -Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones. (Fuera del texto original), así como que en un futuro próximo vuelvan o se incorporen al sector privado que han estado regulando y controlando (3), (Ver cita (3): Vid. ARIÑO ORTIZ, G., Economía..., op.cit., pág. 387). LAGUNA DE PAZ, José Carlos. Liberalización y Neorregulación de las Telecomunicaciones en el Derecho Comunitario. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 88, Octubre - Diciembre 1995: 491 - 508*

4. Tribunal de solución de controversias

Los operadores de servicios de telecomunicaciones están obligados a interconectarse para que los usuarios se comuniquen entre sí, no obstante, las relaciones que nacen de allí presentan múltiples controversias, frente a las cuales, la CRC debe hacer uso de criterios regulatorios y de mercado para darles solución. También, la misma entidad, debe fijar condiciones provisionales para lograr la efectiva interconexión de manera inmediata o para que la interconexión siga operando.

Sin embargo, por la importancia del carácter técnico, la independencia y la autonomía que debe caracterizar a los funcionarios que intervengan en estas relaciones, la Comisión de Regulación de Comunicaciones debe seguir resolviendo los conflictos que se presenten entre los PRST pero con un ingrediente adicional que zanjaría la problemática del sector, con funciones jurisdiccionales.

De esta manera las decisiones que profiera para dirimir controversias entre proveedores de redes y servicios, serían definitivas y se adoptarían, para este fin. Por lo tanto, se propone que se cree un tribunal dentro de la estructura de la CRC que se encargue de forma oportuna y especializada de atender la resolución de los conflictos que se presentan entre los operadores, con tránsito a cosa juzgada.

Igualmente, respecto de la propuesta de otorgar a la CRC funciones de carácter jurisdiccional para dirimir controversias entre los PRST, los siguientes aspectos deberían ser tenidos en cuenta:

- Aunque la Comisión vaya actuar como un juez, el procedimiento debe tener una variación respecto del que siguen los jueces propiamente dichos¹⁰²⁷. El Legislador, al establecer las normas procesales aplicables, deberá tener en cuenta las particularidades de la función y de las relaciones que entra a regir en un sector marcado por el dinamismo y la especialidad, lo que justifica la intervención expedita y definitiva¹⁰²⁸.
- La Comisión, al ejercer esta función, debe regirse por principios propios que hagan efectiva esta tarea y faciliten cumplir el objetivo de proporcionar un juez al sector de TIC que atienda los conflictos, según las circunstancias específicas y de acuerdo con las relaciones entre los actores de una

¹⁰²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 384 del 5 de abril de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Este fallo declara exequible el inciso 3° del artículo 52 de la Ley 510 de 1999, bajo el entendido de que no impide el ejercicio de la acción de tutela contra las providencias adoptadas por las superintendencias en ejercicio de funciones jurisdiccionales, ni las acciones contencioso administrativas en caso que dichos entes actúen excediendo sus competencias jurisdiccionales.

¹⁰²⁸ Respecto al propósito garantista del procedimiento, Joaquín Tornos hizo una importante referencia a la doble finalidad que va más allá de la posibilidad de contradicción y que se orienta a la construcción de la decisión de la administración. En este sentido: *El procedimiento administrativo adquiere de este modo una doble finalidad desde la perspectiva garantista. Por un lado, ordena la relación entre la Administración y el administrado, garantizando en todo caso el principio de contradictoriedad antes de la imposición de un acto ejecutivo. Por otro lado, el procedimiento predetermina la formación de la voluntad administrativa cuando esta debe concretar el interés general. En este segundo caso el procedimiento adquiere un singular valor como técnica de composición de intereses y mecanismos de resolución de conflictos.* (1) El Profesor Tornos trae a colación: (Ver cita (1): *De acuerdo con NIGRO, "Lineamenti generali", en AMATO-BARBERA, Manuela di Diritto pubblico, Bologna, 1986, pág. 727, nella visiones attuale il procedimento non piu e forma dell'azione, ma sostanza, organizzazione ultima di essa. Como ejemplo puede servir la regulación del procedimiento de la planificación y, en concreto, el plan urbanístico. La composición de los diversos intereses en juego sólo puede conseguirse a través de la ordenación legal de un cauce procedimental. El procedimiento no es el cauce para imponer la decisión administrativa con respecto a los intereses del ciudadano, sino el cauce para conformar el contenido de la decisión administrativa. La finalidad garantista no es directa, sino indirecta. En la medida que se recogen todos los intereses y se motiven la resolución resultante se evitaren ulteriores recursos, y en caso de que estos existan, el juez tendría un parámetro de referencia en el hecho de haberse respetado el cauce procedimental. Un razonamiento similar puede realizarse en relación al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. La flexibilización de la reserva legal por la remisión al reglamento tiene su compensación en la importancia del procedimiento de elaboración de los reglamentos. La renuncia del legislador de definir el interés general sectorial exige que la norma procedimental general disponga un modelo de participación. Exigencia que por cierto, no ha sido satisfecho la Ley 30/1992. TORNOS MAS, Joaquín. Medios Complementarios a la resolución Jurisdiccional de los conflictos Administrativos. En: Revista de Administración Pública No 136. Enero-Abril de 1995. Pág. 154.*

actividad en red¹⁰²⁹. Este aspecto corresponde a una consideración de la Corte Constitucional cuando examinó las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia Financiera, las cuales podrían aplicarse de manera similar para este caso.

- Mantener un procedimiento especial que reconozca las particularidades de este sector, marcadas por aspectos técnicos específicos, y económicos que requieren agilidad y prontitud.¹⁰³⁰
- Como principio, el funcionario que se pronuncie no podrá hacerlo al tiempo como autoridad administrativa y como autoridad jurisdiccional. Es decir, que si el funcionario conoció del caso en ejercicio de labores de inspección, vigilancia y control, no podrá ser el competente para resolver el asunto como juez. Así mismo, quien resuelve no puede tener relación jerárquica, ni funcional con aquel que conoce y decide como actividad administrativa¹⁰³¹¹⁰³². En cuanto al superior jerárquico, la Corte manifestó

¹⁰²⁹ De igual manera la Corte lo asimila a la justicia arbitral, que es de naturaleza jurisdiccional, temporal y que se rige por principios propios, que marcan diferencia frente a la Rama Judicial.

¹⁰³⁰ El Legislador quiso preverlo así con la Ley 1341 de 2009, con las reglas de solución de controversias en materia de interconexión, artículo 41 y ss...

¹⁰³¹ *Ibidem*. Las funciones administrativas y jurisdiccionales deben ser desarrolladas por funcionarios distintos.

¹⁰³² Cassagne afirma que como consecuencia de la liberalización, la privatización de empresas públicas y la desregulación y desmonopolización de actividades en el campo de los servicios públicos aparecen los marcos regulatorios y se crean los entes reguladores y se instituye una jurisdicción administrativa primaria cuya teoría fue desarrollada en el Derecho norteamericano. *El sistema que se desprende de esta teoría se vincula con aquellas situaciones en las cuales los jueces deben remitir determinadas materias a los organismos administrativos competentes para su análisis y resolución preliminar*(39) *y tiende a evitar la intervención judicial cuando los procedimientos administrativos todavía no han comenzado (...). Determinado que un ente administrativo posee jurisdicción primaria, los tribunales se ven impedidos de resolver disputas relacionadas con la materia respectiva hasta tanto este la haya resuelto. Se trata, en definitiva, del ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de un organismo administrativo, posibilidad admitida por la doctrina nacional (...) y también reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a condición que la decisión jurisdiccional administrativa correspondiente sea luego sometida a un control judicial suficiente.* CASSAGNE, Juan Carlos. “El Resurgimiento del Servicio Público y su Adaptación en los Sistemas de Economía de Mercado (Hacia una nueva concepción)”. *En*: Revista de Administración Pública No 140. Mayo-Agosto 1996. Págs. 108-109.

que en el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, en los procesos jurisdiccionales existe el recurso de apelación¹⁰³³, ante el superior jerárquico del juez al que remplace esta entidad^{1034 1035}. En el caso de la Comisión, sin violar el principio de juez natural, de igualdad y de debido proceso, debería establecerse la posibilidad de apelar la decisión acorde con un procedimiento expedito dentro de esta estructura particular¹⁰³⁶. La Corte tiene como regla la incompatibilidad del ejercicio simultáneo de funciones administrativas y judiciales por parte de las Superintendencias,

¹⁰³³ Las Sentencias proferidas por la Corte Constitucional T-660 de 2003 y T-200 de 2004, precisan cuáles decisiones son apelables y ratifican la naturaleza jurisdiccional de la actuación, de esta manera aclarando la Sentencia C-415 de 2002.

¹⁰³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-415 del 28 de mayo de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Para mayor ilustración: *la Sala estima conveniente condicionar el artículo parcialmente acusado bajo el entendido que el recurso de apelación contra la decisión en la cual se declara incompetente, o el fallo definitivo que dicten las superintendencias en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, debe surtirse ante las autoridades judiciales en la forma como ha sido precisado en esta sentencia. Es decir, interponiendo dicho recurso de apelación ante el superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate.*

¹⁰³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-660 del 6 de agosto de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño. La Corte afirma: *Ahora bien respecto al recurso de apelación contra la decisión de una autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, como la Superintendencia de Industria y Comercio, la Corte afirma: e) En la medida en que la disposición no determina claramente cuál es la autoridad judicial que deberá conocer del trámite del recurso de apelación, se consideraba necesario revisar la norma a fin de establecer si vulneraba o no la garantía del juez natural. Del análisis se obtuvo esta conclusión: “Si la Superintendencia suple excepcionalmente la competencia de un juez dentro de la estructura jurisdiccional ordinaria, la autoridad judicial llamada a tramitar la apelación será entonces el superior jerárquico del juez al cual desplazó la Superintendencia. En este sentido, si fuera el caso que una de esas entidades administrativas tiene competencias a prevención con un juez civil del circuito por ejemplo, quien deberá tramitar el recurso de apelación interpuesto contra una de sus decisiones en los términos señalados por la ley, será el superior jerárquico del juez con el que comparte la competencia.*

Para mayor ilustración: El Código General del Proceso, consagró en el párrafo 3 del artículo 24 (Ley 1564 de 2012): *Las autoridades administrativas tramitarán los procesos a través de las mismas vías procesales previstas en la ley para los jueces. Las providencias que profieran las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales no son impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa. Las apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable. Cuando la competencia la hubiese podido ejercer el juez en única instancia, los asuntos atribuidos a las autoridades administrativas se tramitarán en única instancia.*

¹⁰³⁶ Se considera necesario brindar la posibilidad de interponer el recurso de apelación. Sin embargo, la hipótesis de hacerlo ante el superior jerárquico que correspondería en la rama judicial, desnaturaliza la particularidad de estas facultades que entregadas a una autoridad administrativa se establecen de manera excepcional.

aspecto que se traería para el caso de la Comisión de Regulación, así que debe estructurarse de tal manera al interior, que quien administre justicia no lesione los derechos de los sujetos procesales ni comprometa su imparcialidad.

- En cuanto al Recurso de Apelación, este correspondería ante el superior jerárquico dentro de la Rama Judicial. Sin embargo, podría desnaturalizar la particularidad de entregar la función jurisdiccional a una autoridad administrativa que se le entregó de manera excepcional una facultad para impartir justicia en un sector especializado^{1037 1038}.
- La norma que otorgue funciones jurisdiccionales a una autoridad administrativa, como la Comisión de Regulación de Comunicaciones, debe respetar criterios mínimos para el ejercicio de la actividad judicial, como lo afirmaba la Corte. La autoridad administrativa deberá poder

¹⁰³⁷ La Corte afirma que: *En los casos en los cuales una superintendencia ejerce funciones jurisdiccionales, esa autoridad administrativa se convierte en un juez que debe interpretar la ley, darle aplicación, dirimir conflictos y aplicar el derecho en casos específicos(...)* En virtud del principio de unidad jurisdiccional, dichas entidades comienzan a compartir la estructura jurisdiccional de quien tenía la competencia originalmente. La Corte Constitucional cita la Sentencia C-558 de 1994.

¹⁰³⁸ Apartes de consideraciones que hace la Corte a propósito de las consideraciones sobre las funciones jurisdiccionales otorgadas a autoridades administrativas: *La función jurisdiccional no es exclusiva de los jueces y, excepcionalmente, puede ser ejercida por autoridades administrativas. En efecto: “La Constitución prevé que el cumplimiento de las funciones constitucional, legislativa, administrativa y judicial pueda estar a cargo de diferentes órganos del Estado. Así, el poder constituyente de reforma puede ejercerse por el Congreso de la República, una asamblea constituyente o el pueblo (art. 374); la función legislativa admite además la participación del pueblo a través de referendo (art. 170) y del Gobierno Nacional a través de la delegación que otorgue el Congreso de la República (art. 150-10); la función administrativa se atiende no sólo en la Rama Ejecutiva del Poder Público, sino también en las demás Ramas y órganos del Estado (arts. 113 y 209), y la función judicial, si bien está por principio asignada a los funcionarios y corporaciones de la Rama Judicial, también puede ser ejercida por el Congreso, por determinadas autoridades administrativas y por particulares, dentro del marco que fije la Constitución y la ley (art. 116)[13].” “En cuanto al cumplimiento de atribuciones de carácter jurisdiccional por autoridades administrativas, el artículo 116 de la Carta establece lo siguiente: “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”. Para mayor ilustración ver Corte Constitucional. Sentencia T - 660 del 6 de agosto de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.*

garantizar los principios que orientan la administración de justicia, a saber: independencia, imparcialidad, libertad institucional, autonomía legalidad y juez natural, con el fin de que se pueda mantener que quien ejerce como juez esté previamente determinado en la ley, que sea ajeno a las partes en la controversia, que el proceso esté sujeto únicamente al derecho y no a las instrucciones de sus superiores, y finalmente, que quien obre como juez goce de una estabilidad suficiente para ejercer su independencia y autonomía¹⁰³⁹¹⁰⁴⁰.

5. Regulador multitareas convergente

La Comisión, entre sus múltiples tareas, está encargada de promover la libre y leal competencia, y la inversión en el sector de las TIC; de trabajar en pro de un marco regulatorio convergente, encauzado a maximizar el bienestar social y la protección de los derechos los usuarios; así mismo, es el regulador del

¹⁰³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-200 del 4 marzo de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Principio de juez natural, imparcialidad, independencia e inamovilidad.

¹⁰⁴⁰ Morell sobre la independencia e imparcialidad: *Las organizaciones administrativas no son independientes, y desde luego, no se las puede comparar con la judicatura, y dicha comparación puede carecer de sentido. No obstante, el Derecho positivo coloca a determinadas instituciones administrativas al margen de la dependencia del Gobierno, bien reforzando las exigencias de imparcialidad exigible a los elementos personales de la Administración Pública; bien adoptando garantías para que se desenvuelva en condiciones de neutralidad o independencia políticas. (...). La cuestión es, en esencia, construir las premisas desde las que se puede apreciar y valorar la conducta de la Administración; para emitir un juicio sobre la existencia o no de la objetividad que la Constitución la exige. En principio, es apreciación se ha de argumentar desde la perspectiva de una regla de Derecho. La Objetividad es, en suma, una aplicación del Derecho, al menos en nuestro caso; desde la perspectiva en la que, quien actúa, lo hace con sumisión plena al Derecho. La objetividad es, pues, también criterio de medida de la actuación, en si misma considerada. Más aun, se dan situaciones en que aquel reproche no puede llegar a formularse – por falta de un punto de apoyo, a efectos de demostración – pero el principio de objetividad permite un juicio de valor sobre la solución adoptada. Y, al revés, podrán encontrarse casos en que, estimándose justo el fondo de la resolución administrativa, el reproche de falta de objetividad puede llevarse a cabo. Pero, entonces, el reproche será a la persona – su falta de imparcialidad- no a la Administración a la que sirve.* MORELL OCAÑA, Luis. La Objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la Ética de la Institución. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 111, Julio - Septiembre 2001. Págs. 347 – 372.

sector postal¹⁰⁴¹, y también en gran parte, del sector audiovisual, a raíz del reparto de funciones que hizo la Ley 1507 de 2012, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo tercero del Acto Legislativo 02 de 2011.

La Comisión tiene que abordar la expedición de toda la regulación de carácter general y particular, en las materias relacionadas con el régimen de competencia, los aspectos técnicos y económicos de la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, la promoción del uso y despliegue de infraestructura, el fomento de la calidad en la prestación de los servicios TIC, la innovación en la oferta de servicios, contenidos y aplicaciones TIC en un entorno seguro, la divulgación de la regulación y el suministro de información oportuna y sencilla.

Lo anterior, sin contar con la tarea de control y vigilancia a cargo de la entidad, relacionada con el deber de información que tienen los regulados, y respecto de la cual la CRC tiene la potestad para sancionar, así como de resolver recursos de apelación contra actos de cualquier autoridad que se refieran a la construcción, instalación u operación de redes de telecomunicaciones¹⁰⁴².

¹⁰⁴¹ Uno de los Comisionados además tiene la labor de ejercer como Director Ejecutivo de la entidad de acuerdo con un reglamento interno que le multiplica las tareas.

¹⁰⁴² En este sentido se trae a colación sobre la CMT a José Vida y los requerimientos de información como instrumento dentro del Derecho Público económico: *Los requerimientos de información de la CMT a los operadores de telecomunicaciones son cada vez más numerosos y complejos conforme el sector deriva hacia una regulación horizontal basada cada vez más en la defensa de la competencia. (...) En definitiva, queda todavía mucho camino por recorrer hasta alcanzar una definición completa y precisa de este instrumento estratégico que es la potestad de requerir información a los operadores en los sectores regulados en un contexto en el que la tendencia hacia una intervención ex post implica una progresiva intensificación de su uso para la adecuada regulación del sector, a lo que no contribuye que dicha labor de definición se haya dejado en manos de la jurisprudencia en un sistema jurídico como el nuestro que poco tiene que ver con el common law aunque comparta con éste cada vez más instituciones en el ámbito del Derecho público económico.* VIDA FERNANDEZ, José. El acceso a la información de los operadores en los sectores regulados: el caso de los requerimientos de información de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 132, Octubre-Diciembre de 2006. Págs. 662-693

Ahora bien, la resolución de controversias podría ser abordada por un tribunal conformado de expertos profesionales, que profieran decisiones de naturaleza jurisdiccional. Este sería un cambio de carácter orgánico y funcional, que permitiría a la Comisión seguir trabajando dentro de su política de calidad para mejorar los procesos y servicios, actuando con eficiencia, eficacia y efectividad, en particular en cuanto a la solución de controversias¹⁰⁴³.

En suma, dentro de la estructura de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, podría incorporarse un tribunal para dirimir las controversias surgidas entre operadores de telecomunicaciones, cuya tarea correspondería

¹⁰⁴³ Carlón Ruiz destaca las potestades de las CMT para resolver conflictos y las caracteriza como *parajudiciales*. En este sentido: *Cuando las funciones preventivas de la Comisión hayan fallado, corresponde ésta intervenir para resolver los conflictos que surjan entre los operadores a través del ejercicio de potestades parajudiciales.* La Ley 12/ 1997 ha previsto dos vías –una privada y otra pública- a través de las que la Comisión puede resolver estos conflictos de forma ágil para responder a la verdadera naturaleza de un sector en el cual la solución de las controversias no puede ser pospuesta indefinidamente a la espera de una resolución judicial. En uno y otro caso, la Comisión ve facilitada cualitativamente su labor al disponer de la posibilidad de adoptar las medidas cautelares a las que ya hemos hecho referencia. (Negrilla fuera del texto original) (....). No deja de resultar problemático en la medida en que la composición de la Comisión se aleja de los parámetros recogidos en esta Ley respecto de la constitución de los órganos arbitrales (Citas: MERINO MERCHANT, J. F., y PEREZ-UGENA COROMINA, M.: *Función arbitral de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones*, en MERINO MERCHANT, J.F., y PEREZ-UGENA COROMINA, M (Coords.): “Régimen de las Telecomunicaciones”, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 89-118, por su parte, destacan las dificultades de dotar de esta facultad de resolución arbitral a un órgano que, por su composición, se aleja de los parámetros impuestos al respecto por la Ley 38/1988 de 5 de diciembre, de Arbitraje.) (...). Sea como fuere, se ha visto en la gratuidad de este procedimiento un elemento determinante de la efectividad del mismo (Cita: Esta gratuidad del procedimiento ha sido vista por algunos autores como un riesgo para favorecer el acceso al mismo de manera abusiva –vid., refiriéndose a otros, TORRE CAVIA, M.: *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, ob.cit., pág 1125-, mientras que otros la consideran una garantía de su eficacia-vid.

En este sentido LAVILLA RUBIRA, J.J.: *Primer paso hacia la liberalización de las telecomunicaciones...*, ob.cit., pág. 136, y SORIANO GARCIA, J.E.: *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, ob.cit., págs. 1143-1150.); *en nuestra opinión, sin embargo, ésta dependerá más – al menos en un primera momento- de que el operador dominante se someta a esta vía de resolución de conflictos y, en último término, de la confianza que genere la Comisión en el ejercicio de sus competencias en general, y de ésta en particular, que de su carácter gratuito o no.*

CARLÓN RUIZ, Matilde. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. En: *Revista Española de Derecho Administrativo* No 102, Abril - Junio 1999: 229 - 255

a conocer en primera instancia los conflictos que surjan entre las empresas operadoras de telecomunicaciones¹⁰⁴⁴.

La Comisión designaría al grupo de expertos técnicos para el caso en concreto, y sus funciones cesarían una vez resuelta la controversia, y aquellos podrían ser funcionarios del Ente Regulador o profesionales externos llamados para el caso en particular, de una lista aprobada por la entidad¹⁰⁴⁵.

El recurso de apelación sobre las decisiones que emita este organismo podría ser de conocimiento de un tribunal superior de Distrito dentro de la jurisdicción ordinaria, o de un organismo experto en la materia, como lo es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con el riesgo de que se extienda la resolución del proceso en el tiempo¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁴ El tribunal podría estar conformado por un número impar por ejemplo 3 profesionales expertos que se dedicarían a resolver una controversia específica que le fuera asignada.

¹⁰⁴⁵ Santamaría Pastor recalca sobre un doble aspecto, que debe tenerse en cuenta al crear un organismo, estructural y funcional: *El análisis del régimen jurídico de los órganos administrativos, una vez sentadas las bases conceptuales, debe comprender un doble aspecto: el aspecto estructural o estático, al que se refiere este epígrafe, y cuyo contenido radica en el examen de los elementos subjetivo y objetivo que lo integran: esto es, las personas o titulares del órgano y sus funciones. En el siguiente se analizará el aspecto funcional o dinámico, en sus facetas de la constitución del órgano (potestad organizatoria) y del régimen de imputación de sus actividades a la persona jurídica en que se integra. (...). El elemento personal del órgano es, sin embargo, de una mayor complejidad. De un lado, por lo que se refiere a la titularidad del órgano, ésta puede corresponder a una persona física singular o aun colegio o pluralidad de personas ordenadas horizontalmente, todas las cuales concurren de modo colectivo a formar la voluntad u opinión del órgano (de donde emana la distinción de los órganos en unipersonales y colegiados, a la que más adelante se aludirá).* SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. La teoría del órgano en el Derecho Administrativo. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 40 - 41, Enero – Marzo, 1994. Págs. 43- 85.

¹⁰⁴⁶ El TJCA se compone de cuatro magistrados y en la actualidad son consultados constantemente por diferentes sectores por medio de la solicitud de interpretación prejudicial, lo cual les genera una alta carga de trabajo.

6. El Regulador y la Autoridad de Competencia

La regulación y el derecho de la competencia se constituyen en elementos necesarios en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, estando estos en cabeza de la Comisión y de la Superintendencia de Industria y Comercio, respectivamente. Los anteriores aspectos se dan, bien bajo la luz de la prestación de un servicio público, como frente a las relaciones dadas entre los diferentes actores, siendo estos, el Estado, los Proveedores de Redes y de Servicios de Telecomunicaciones, el Estado usuario, el operador como usuario, e igualmente respecto de las interacciones que surgen entre los prestadores y sus diferentes relaciones, como por ejemplo, la interconexión.

Tal como lo afirma Cubero Marcos, la regulación tiene varias caras, entre ellas, la regulación como potestad arbitral de la Administración, la regulación cuando la Administración compite con los privados, las ayudas públicas, y los servicios de interés general. El ejercicio de las potestades administrativas debe restringir la libre competencia en lo estrictamente necesario para lograr una armonía entre ésta y los intereses generales¹⁰⁴⁷.

Es necesario tener presente que en la labor de regulación y del derecho de la competencia, surgirán dudas interpretativas sobre su aplicación, por ejemplo, a las entidades públicas, ya sea que éstas lleven a cabo una actividad económica, como un operador de telecomunicaciones en pie de igualdad con el resto de operadores, o bien porque aplican mecanismos de regulación en su función arbitral. Lo anterior, para fundamentar la afirmación de Cubero, según la cual, la administración en la prestación del servicio público, debe cumplir las normas en materia de defensa de la competencia. De lo contrario,

¹⁰⁴⁷ Cubero Marcos, José Ignacio. “Regulación, Iniciativa Pública Económica Libre Competencia: Hacia Un Modelo Sin Inmunidades”. En: Revista de la Administración Pública, 2011, No 184. Págs. 122- 123

estaríamos frente a un escenario de captura del Regulador, en el cual existen otros intereses que priman sobre el ideal de una “*regulación democrática y equitativa del mercado*”¹⁰⁴⁸.

Los elementos ‘regulación’ y ‘derecho de la competencia’ son complemento necesario y tendrán roles importantes en el mercado al tratar de impedir privilegios para algunos operadores de telecomunicaciones e imposibilitar tratamientos diferentes a los poderes públicos. Por ello es necesario una regulación congruente con el derecho de la competencia, de manera que las dos entidades anteriormente señaladas, se comuniquen, se complementen y actúen coordinadamente, sin desregular necesariamente, y sin trasladar el poder público al mercado¹⁰⁴⁹.

En este punto, Montero recalca que la regulación es más concreta que las normas de competencia, aspecto que trae como consecuencia que no se prevean todas las situaciones posibles, lo que viene a ser solventado con las normas de defensa de la competencia que establecen prohibiciones genéricas que aplican para todos los sectores y que “pueden colmar las inevitables lagunas de la regulación”¹⁰⁵⁰.

La función de la Autoridad de Regulación, como potestad administrativa, corresponde a buscar una distribución equitativa de recursos. En especial, la regulación económica debe tener como objetivo tratar de prever y evitar mecanismos que ocasionen comportamientos contrarios a la libre competencia

¹⁰⁴⁸ CUBEROS. Ob. Cit. P. 123

¹⁰⁴⁹ En este punto es importante resaltar como mecanismo de cooperación interinstitucional entre la CRC y la SIC la figura de la Abogacía de la Competencia, como mecanismo de promoción de la competencia, que entre otras funciones tiene la de “Verificar los proyectos de regulación para efectos de promover y mantener la libre competencia en los mercados”. Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009.

¹⁰⁵⁰ MONTERO PASCUAL.2013. Ob. Cit. Pág. 104.

desde una perspectiva *ex ante*. La regulación debe hacer siempre su aparición ante los fallos del mercado, o la inexistencia de este.

7. El Regulador y el Legislativo

Sobre la relación entre ambos, cabe señalar que el Poder Legislativo designó al Regulador como “autoridad independiente”¹⁰⁵¹ de un sector, otorgándole facultades para desarrollar su labor de intervención en la economía, en un contexto de mercado y frente a los usuarios. Siendo así, el Legislador requiere mantener una relación con esta autoridad de manera activa, de forma que pueda cuestionar el cumplimiento de los fines de un organismo como la CRC y supervisar el resultado de su gestión, pues como es sabido, se corre el riesgo de que el Regulador sea capturado por los destinatarios de la regulación, quienes por lo general tienen voz política propia, existiendo el riesgo de que

¹⁰⁵¹ La CRC es una unidad administrativa especial, que aunque consagrada legalmente como independiente no lo es. El caso de la Comisión Nacional de Televisión CNTV, es diferente, pues fue un organismo de creación constitucional, no atado a una rama del poder público, y que finalmente fue desconstitucionalizado por el Acto Legislativo No 2 de 2011. La autoridad que nació con posterioridad al Acto legislativo citado por medio de la Ley 1507 de 2012 fue la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) con personería jurídica, que no está adscrita a ningún órgano de la administración central, y que pertenece al sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

influyan en la labor de esa Unidad Administrativa Especial, bajo la figura de control político^{1052 1053}.

¹⁰⁵² Sobre este tema Soriano García afirma: *La importancia de disponer de una Administración basada en las "Agencias Independientes" que atiendan exclusivamente al interés público resulta esencial. En cambio en los Organismos Autónomos, mera descentralización funcional, carecen de toda virtud independiente y solamente actúan como lo que son, "la voz de su amo", aparentemente el Ministerio de turno, en realidad los intereses de quienes están detrás. Ciertamente, existe, inclusive, en el caso de las Agencias Independientes el riesgo de que produzca lo que en Norteamérica se denomina "captura del regulador" y que prefiero traducir al español por "secuestro del legislador". Pero lo que no tiene vacilación es que resulta mucho más independiente un sistema de regulación a través de órganos estables y, por tanto, independientes que cuando están directamente sometidos a una organización jerárquica. En este último caso no cabe duda alguna de que trata de "órganos directamente dependientes" que carecen al final de capacidad de resistencia frente al peso de los políticos.* SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Patentes y Jurisdicción: Atribuciones Judiciales Exclusivas frente a Pretensiones de Invasión Administrativa. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 145, Enero - Marzo 2010. Págs. 57- 85.

¹⁰⁵³ La sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, ya citada, hace referencia al derecho comparado, en particular a Estados Unidos, sobre la importancia de la independencia de las agencias y el control por parte del Congreso quien puede revocar el poder por ineficacia. Al respecto, la Corte hace la siguiente consideración:

Estas agencias independientes tienen un poder amplio de producción de normas regulatorias y están encargadas de su aplicación y de la imposición de sanciones administrativas. Sus decisiones están sujetas a un procedimiento administrativo abierto a la participación ciudadana, el cual es menos formal si se va a expedir una "regla general" y es más riguroso si se va a decidir sobre un caso particular (1). En cuanto a la independencia de dichas agencias, se observa que éstas usualmente no hacen parte de ningún ministerio, pero están sometidas a controles tales como el jurisdiccional, el de las comisiones especializadas del Congreso, o el de la "oficina de administración y presupuesto" de la Presidencia de los Estados Unidos (2). Igualmente, los directores de dichas agencias son nombrados por el Presidente de los Estados Unidos con el consentimiento previo del Senado. Sin embargo, el presidente sólo puede revocar al director, en caso evidente de "ineficacia o negligencia en el ejercicio de sus funciones, o por actuar en contra de la ley" (3).

(Ver cita (1): Este procedimiento participativo fue establecido por una ley especial (Administrative Procedure Act) adoptada en 1946, la cual ha sido reformada varias veces y es la base del derecho administrativo de las regulaciones. Ver Stephen Breyer y Richard Stewart. Administrative Law and Regulatory Policy. Little, Brown and Company, Boston, 1985, 2nd Ed.)

(Ver cita (2): Office of Management and Budget (OMB).)

(Ver cita (3): Esto, a partir de una sentencia de 1935, en la cual la Corte Suprema de Justicia decidió que no era legal que el presidente Roosevelt despidiera antes de la terminación de su periodo, y sin motivo suficiente, al director de la Federal Trade Commission. Para la Corte Suprema, el Congreso tuvo la intención, acorde con la Constitución, de "crear un cuerpo independiente de toda autoridad ejecutiva, con excepción de la selección de su director, y libre de ejercer sus competencias sin la autorización de representantes de la administración". Sentencia Humphrey's Executor v. United States, 295 US 602. (1935).)

CAPÍTULO TERCERO. ELEMENTOS FUNCIONALES

Ya propuestos elementos de gran importancia vinculados a los fines del regulador y a las características que deben rodear su parte orgánica, este aparte se concentrará en proponer aspectos relacionados con la función que debe desempeñar el Regulador, en especial como juez al resolver conflictos entre partes.

Los aspectos a tratar se presentan en ocho elementos entendidos como presupuesto para un eficaz desarrollo de la función de solución de controversias.

De esta manera se presenta el siguiente orden: desde su naturaleza, función jurisdiccional, facultad dirimente, intereses privados e interés general, la naturaleza del conflicto, intervención precisa y ajustada; desde su obligatoriedad, intervención vinculante; desde la seguridad jurídica, cambio normativo; desde la transparencia y participación en el mercado, procedimiento de solución de controversias y la oferta. Desarrollo:

1. Función jurisdiccional

La expedición de la Ley 1341 de 2009 fue de gran avance para la regulación de las telecomunicaciones y en general de las TIC, sin embargo, la función de solución de controversias entre operadores otorgada a la CRC, se quedó corta al no establecer un juez que con carácter definitivo resolviera estos conflictos¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵⁴Ibídem. Aporte del Profesor Nallar que cita al profesor Cassagne. Para mayor ilustración: *Advierte el profesor CASSAGNE que "...como consecuencia de haber adoptado el principio judicialista puro del constitucionalismo español e iberoamericano, la interdicción constitucional que impide que el poder ejecutivo ejerza funciones judiciales ha exigido, como contrapartida que, cuando un órgano o tribunal*

En este punto Gil Botero afirmó que las comisiones de regulación de los servicios públicos, dada su idoneidad técnica y económica, deben solucionar controversias y pueden llegar a cumplir funciones judiciales, si la ley se las asigna. En vigencia de la Ley 142 de 1994, este autor las calificaba como “funciones administrativas cuasijudiciales”¹⁰⁵⁵ y afirmó que “puede comprender por ellas, unas funciones administrativas de carácter muy moderno que significan la adopción de decisiones, en relación de controversias entre sujetos de derecho (de distinta naturaleza) que presten servicios públicos”.

Al respecto, hay tesis en contra de otorgar a las autoridades administrativas funciones jurisdiccionales, puesto que algunos consideran que no deben crearse jueces para cada sector, ya que la tarea de administrar justicia le corresponde a la Rama Judicial¹⁰⁵⁶. Otros afirman que debe dejarse la tarea

administrativo tenga atribuidas, por un título legal, funciones materialmente jurisdiccionales, el control judicial ha de ser pleno y suficiente, con amplitud de debate y prueba” Para mayor información: J. C. CASSAGNE, “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores”, Revista Jurídica La Ley, 2005-C, 736, especialmente p. 756.

¹⁰⁵⁵ GIL BOTERO, Enrique. La valoración Jurídica de las manifestaciones normativas de las Comisiones de Regulación: Los sutiles límites entre la función administrativa que le es propia y las funciones legislativa y judicial. En: Revista Digital de Derecho Administrativo, No 3 segundo semestre, 2009. Pags. 24 - 27.

¹⁰⁵⁶ A propósito de entrevistas realizadas a consultores expertos en materia de telecomunicaciones. Para mayor ilustración ver Segunda Parte de esta investigación.

Por otra parte, sobre este tema se trae una reflexión de Sendin García sobre la evolución de la regulación en los Estados Unidos, en la cual hizo referencia a las diversas etapas, entre ellas la del modelo de regulación que llamó de *carácter judicial*, sobre la cual hace una crítica, que la podemos tomar para efecto del análisis de la posibilidad de eliminar la facultad de solución de controversias a la CRC y dejarla en manos de los jueces. En este sentido: *Así, en un primer momento se intentó poner en marcha un modelo de regulación de carácter judicial, que resultó, sin embargo, inadecuado por diversos motivos: a) los costes y el retraso del proceso judicial impedían en numerosas ocasiones una autentica tutela de los derechos e intereses en juego; b) falta de formación técnica de los tribunales sobre los problemas que se plantean en la regulación de las utilities; c) los tribunales no podían proporcionar una regulación continuada, permitiese además la adopción de medidas de carácter preventivo d) no pueden fijar la tarifa adecuada, pues, aunque pueden determinar si una determinada tarifa es inadecuada, no pueden, sin embargo, precisar dicha tarifa para el futuro, porque esto supone adoptar una medida legislativa, no judicial (1).* Ver cita (1): Garfield; y LOVEJOY: Public utility... Pág. 27.) SENDIN GARCÍA, Miguel Ángel. En Regulación y Servicios Públicos. Barcelona. Editorial COMARES, 2003. Págs. 19-24

de resolver controversias en manos de la justicia arbitral¹⁰⁵⁷. Finalmente, los restantes manifestaban que debía modificarse la norma andina que restringe el ejercicio de dicha facultad a la autoridad de telecomunicaciones¹⁰⁵⁸¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁷ En relación con las competencias de la justicia arbitral y los límites que en el caso específico de la ejecución de la interconexión de los PRST y las controversias está dada por norma comunitaria a la CRC, se consideró oportuno traer reflexiones de Ortiz, sobre la acción de los jueces y las autoridades administrativas: *En desarrollo de sus competencias, la acción de los jueces y/o de los árbitros puede tener carácter exclusivo, o puede coincidir con la acción a cargo de las autoridades de competencia a las que corresponde la salvaguarda del interés público (Comisión y ANC). Ante la posibilidad de que sobre unos mismos hechos concurren las acciones de diversas autoridades, el Reg 1/2003 y la Comunicación de COJ han dispuesto una serie de mecanismos que permiten coordinar la gestión de las autoridades administrativas con las que desempeñan los jueces. Igualmente han dispuesto a cargo de cada una de las autoridades el cumplimiento de unos deberes recíprocos de cooperación (1).. (...). Así pues, en la actualidad, los tribunales arbitrales constituyen un canal –alternativo al judicial- a través del cual se pueden proteger y hacer efectivos los derechos que confieren las normas comunitarias de libre competencia a favor de los particulares. Como regla general, los árbitros deben atender las pautas que siguen los jueces en la aplicación privada de las normas de competencia, así como los límites generales que se han trazado al desarrollo de sus funciones. Así, en efecto, deberán atender las orientaciones de la Comisión y lo establecido por la jurisprudencia comunitaria y no podrán invadir el ámbito de las competencias administrativas, de manera que no podrán imponer multas y tendrán vetado revocar la protección que conceden los Reglamentos de Exención por Categoría. Ver cita (1): Vid sobre los mecanismos de coordinación y cooperación los arts. 15 y 16 del reg. 1/2003 y la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004, “relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE”. Comunicación C 101/4 publicada en el DOUE de 27.04.2004). ORTIZ BAQUERO, Ingrid. El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo. En: Revista La Propiedad Inmaterial No 14, 2010. Págs. 3-48*

¹⁰⁵⁸ Cassagne sobre las competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales y el equilibrio de los poderes: *En efecto, los límites surgen de la interpretación constitucional y de los principios generales del derecho público muestran la configuración de un núcleo de competencias administrativas y legislativas que el juez no puede traspasar (aunque si controlar su constitucionalidad y/o legalidad) sin afectar el equilibrio relativo y flexible entre órganos, poderes y funciones, como se ha intentado explicar en los puntos anteriores. Ahora bien, la ampliación del ámbito judicial se advierte tanto en el plano orgánico como objetivo. En lo que concierne al primero de estos aspectos se judicializa parcialmente la actividad de la Administración admitiéndose desde una jurisdicción administrativa primaria más generalizada, como acontece en Estados Unidos, hasta la limitada función jurisdiccional que se reconoce a entes o agencias que gozan de independencia funcional (aunque no orgánica), dejando a salvo la potestad de los jueces para llevar a cabo la revisión final de dicha actividad jurisdiccional, con amplitud de debate y prueba (es lo que sucede con el caso argentino). CASSAGNE, Juan Carlos. El Sistema Judicialista y la Llamada Judicialización de la Actividad de la Administración Pública. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 133, Enero – Marzo, 2007. Págs. 5- 28.*

¹⁰⁵⁹ Aspecto que recientemente se trató en CAATEL, y que trajo como resultado la modificación de la Resolución 432 de la CAN, en particular el artículo 32, y que traerá cuestionamientos alrededor de este cambio normativo comunitario, que en principio viene a revivir la posibilidad como mecanismo de solución de controversias entre los PRST de la Justicia Arbitral, y que será tratado en el acápite de conclusiones de la Tesis. Resolución CAN 1922 del 17 de abril de 2017.

Sin embargo, frente a la autoridad administrativa que dirime controversias y la naturaleza administrativa de sus decisiones, la doctrina hace énfasis en la necesidad de ejercer un control judicial pleno y con suficiente debate y prueba¹⁰⁶⁰. Al respecto, Cassagne¹⁰⁶¹ considera que “control judicial suficiente” es el adecuado frente a toda decisión administrativa proferida por el Poder Ejecutivo, cuando un órgano o tribunal administrativo tiene funciones materialmente jurisdiccionales, como podría serlo en este caso, la Comisión de Regulación de Comunicaciones¹⁰⁶².

Por lo tanto, se considera que esta tarea se enmarca en un derecho muy particular, puesto que la autoridad que resuelve controversias también debe tener facultades exclusivas para solucionar conflictos propios de un sector con gran contenido técnico y especializado.

En particular, en una Interpretación Prejudicial del año 2014, se destacaron varios aspectos que se consideraron relevantes sobre las facultades del Regulador, reiterando por la prevalencia del Derecho Comunitario Andino sobre las normas nacionales, su aplicación directa e inmediata y su autonomía. Esta IP destacó que el límite de las actuaciones de las entidades públicas está dado por el principio de legalidad y por el ordenamiento andino, y en este sentido el TJCA afirmó:

“De esta manera, si las entidades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales cuentan con una interpretación prejudicial del Tribunal

¹⁰⁶⁰ Profesor Nallar. Ob. cit.

¹⁰⁶¹ Cassagne, Carlos. En torno a la evolución de las instituciones del derecho administrativo argentino y sus principales tendencias. En: Revista Jurídica: El Derecho Administrativo, mayo de 2005, p.8. Citado por el Profesor Nallar en obra ya citada.

¹⁰⁶² Ver 121-IP-2014. Ob.cit. En este sentido el TJCA manifestó: “De esta manera, si no se habilita el mecanismo de la interpretación prejudicial a las autoridades o entidades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales, existe el riesgo de que se emitan interpretaciones divergentes e, inclusive, contrarias al ordenamiento jurídico comunitario andino y a la jurisprudencia del Tribunal. Esta situación podría generar el indeseado incumplimiento por parte del País Miembro, ya que los Estados son los principales sujetos del derecho comunitario y son quienes responden por los actos de sus instituciones.

antes de la emisión de los actos administrativos que correspondan; en la práctica se asegura la aplicación uniforme de la norma comunitaria desde el primer momento en que es invocada, además de que se limita la discrecionalidad de la administración; otorgando mayor seguridad jurídica y predictibilidad a estos procedimientos, aspecto que redundará en una mayor protección de los derechos de los administrados.”¹⁰⁶³

Otro aspecto que justifica dar esta posibilidad a las autoridades administrativas está dado por la eventualidad de que sus actos administrativos no sean impugnados ante el Contencioso Administrativo. Sobre este aspecto, el TJCA manifestó que de no darse esta habilitación para las autoridades administrativas, podría llegarse a un incumplimiento del País Miembro.

2. Facultad dirimente. Intereses privados e interés general

Al momento de solucionar controversias que se presenten en las relaciones entre operadores de telecomunicaciones, y de resolver las pretensiones de las partes, el Ente Regulador facultado emite una resolución dentro de la categoría básica de la actividad administrativa, bajo el imperativo constitucional del interés general.

Sin embargo, no se puede dejar de lado el problema planteado por algunos doctrinantes, como es el caso de Chillón, quien cuestiona la finalidad de la actuación administrativa frente a esta facultad del Ente Regulador, ya que este está constituido para el cumplimiento de intereses generales, y no para resolver conflictos entre particulares en sentido jurisdiccional¹⁰⁶⁴. Igualmente se señala que el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio general de sumisión de la administración a la legalidad vigente, se constituirían en

¹⁰⁶³ Proceso 121- IP- 2014.

¹⁰⁶⁴ José María. Chillón, Ob. Cit. De la Unidad Didáctica 10. Págs. 278 a 281

obstáculos para la clasificación de la función como arbitral, como en general suelen llamarla¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁵ El Profesor Gomez-Reino y Carnota considera la resolución de conflictos como una nueva actividad de la administración y que en términos generales la denomina como actividad arbitral que hoy está en diferentes materias. En este sentido afirma lo siguiente: *Dentro de las distintas formas de actividad administrativa, PARADA VASQUEZ ha añadido a la clasificación tradicional formulada por JORDANA DE POZAS - policía, fomento y servicio público (1) - la actividad arbitral, que es aquella que realiza la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos. Se trata, pues, de todos aquellos casos en que con carácter obligatorio o por sumisión voluntaria de las partes, como ahora suele establecer el legislador, los órganos de la Administración, calificados o no de arbitrales, resuelven controversias entre los administrados (2). La Administración, pues, ejerce funciones equivalentes a las jurisdiccionales a través de esta vía (3). Esta nueva forma de actividad administrativa se puede detectar ya en los periodos históricos del franquismo y de la transición (prensa, publicidad, seguros, colegios, profesionales, cámaras, cooperativas, etc.) aunque adquiere su mayor expansión con la liberalización de los grandes sectores de la economía y su sometimiento, consecuente, a las reglas de la libre competencia. En este sentido, la institución arbitral la podemos localizar hoy en materias muy diversas como las de consumo, seguros, propiedad intelectual, transporte terrestre y electricidad. Esa actividad arbitral como lo señalado E.ARGULLOL I MURGADAS, “pretende facilitar y garantizar la efectiva aplicación de un sinnúmero de disposiciones orientadas a proteger derechos e intereses que han alcanzado un desarrollo significativo y requieren para su protección, instrumentos jurídicos más adecuados, dado que en múltiples aspectos presentan una configuración que se aleja de los derechos subjetivos e intereses legítimos de corte clásico o tradicional”¹⁰⁶⁵. En este nuevo marco de referencia la actividad administrativa se pone al servicio de la resolución de conflictos entre diversos operadores del mercado, o entre estos y los usuarios de los diferentes sectores. Recientemente han aparecido múltiples ejemplos de esta nueva actividad administrativa tanto en el ámbito del Derecho estatal como el autonómico o en otras instancias territoriales. En el primero de estos, un caso paradigmático lo encontramos en el sector de las telecomunicaciones. La ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las Telecomunicaciones, creadora de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 1.2), encomienda a ésta, entre otras funciones, una amplia actividad arbitral referida a: a) Los conflictos que puedan surgir entre operadores de redes y servicios del sector de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, así como aquellos otros casos que pueden establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden (art.1.2.a). b). La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de interconexión de redes si los obligados a permitirla no lo hiciesen voluntariamente, o si no llegasen los interesados a un acuerdo satisfactorio sobre la forma y condiciones en que aquella deba llevarse a efecto (art. 1.2.e), párrafo primero. c). La resolución vinculante de los conflictos que se susciten por el acceso y uso del espectro radioeléctrico y en los demás casos que se establezcan por una norma de rango legal o reglamentario (art. 1.2.e), párrafo segundo). En el ámbito autonómico, por ejemplo, la Ley gallega 6/1999, de 1 de septiembre, del Audiovisual, faculta al Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y del Audiovisual para ejercer funciones de arbitraje a fin de garantizar a los usuarios una oferta de servicios competitivos, en los supuestos de situaciones de dominio del mercado que afectan a la relaciones entre los diferentes agentes vinculados a la prestación del servicio de una determinada demarcación en la red de cable, siempre que la cuestión fuese sometida por los interesados (art. 14). (Ver (1): El problema de los fines de la actividad administrativa, núm. 4 de esta REVISTA, págs. 11 y ss); (Ver (2): J.R Prada Vásquez: Derecho Administrativo, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 580); (Ver (3): Monserrat MATEO TEJEDOR: La actividad arbitral de la Administración en el transporte terrestre, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 19). GOMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique. El Arbitraje Administrativo en el derecho de la Competencia. En: Revista de Administración Pública No162. Septiembre-diciembre de 2003. Págs. 7-17*

3. La naturaleza del conflicto

Bajo la tesis de otorgar competencia jurisdiccional al regulador, bien vale la pena hacer referencia a los conflictos de naturaleza regulatoria y de naturaleza contractual entre los PRST.

Dentro de la premisa del regulador juez, será necesario tomar en cuenta la distinción al interior del regulador por considerar que no todos los asuntos requieren una decisión con los efectos pretendidos de una sentencia.

De esta manera, y teniendo como presupuesto la necesidad de que aquel que juzga debe tener independencia, en la práctica no todos los conflictos serían resueltos por el tribunal especializado que se cree al interior de la Comisión.

La distinción entre una materia y otra no ha sido, ni será de fácil diferenciación teniendo en cuenta que en general los conflictos de naturaleza regulatoria llevan casi siempre implícito el componente económico. Por lo tanto, el efecto económico casi siempre está presente, como afirma Gonzalez López, quien considera que hay conflictos de deben ser de conocimiento de la autoridad regulatoria y otros de juez, por lo tanto sugiere unos criterios indicativos para resolver esta problemática¹⁰⁶⁶. Para el efecto y tomando en consideración su tesis en este sentido, a continuación se plasma un cuadro resumen de su postura al respecto:

ÁMBITO DE LA COMPETENCIA		
Autoridad	Naturaleza Administrativa	Jurisdiccional
Naturaleza del conflicto	Conflictos de naturaleza regulatoria	Conflictos de naturaleza económica contractual

¹⁰⁶⁶ GONZALEZ LÓPEZ, Edgar. La Función de Solución de Conflictos Atribuida a las Autoridades Administrativas especializadas en el sector de las Telecomunicaciones. En: Los Retos del Estado y La Administración en el Siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. Págs. 1550 – 1553.

Competencia	Autoridad reguladora. Competencia exclusiva y excluyente para conflictos relativos a la interconexión entre operadores Competencia primaria. Competencia prevalente ante duda sobre naturaleza. Ejemplo: cargos de acceso.	Juez o Tribunal Arbitral. Competentes para liquidar los efectos económicos de la decisión de la autoridad regulatoria. Competentes para ejecutar la decisión regulatoria.
Criterio	Protección del interés general. Intervención regulatoria del Estado. Aplicación de normas superiores. Aplicación de un marco regulatorio, en cuanto al alcance material, y temporal. Así mismo un aspecto regulatorio o legal conexo con funciones de la autoridad. Conflicto relacionado con un asunto de conocimiento técnico y especializado del Regulador. Buscan preservar principios de especialidad, precedente y uniformidad de las decisiones.	En general pretensión declarativa contractual Salvedad: que la pretensión dependa de una decisión sobre la cual o cuyo contenido deba ser aplicado una norma regulatoria o la ley, y que esté relacionada con competencias asignadas al regulador.
Materia	Cargos de acceso, instalaciones esenciales, desborde, sobredimensionamiento, costo de interconexión, no otorgamiento del acceso, obstáculos para una interconexión oportuna y eficiente. Cualquier conducta que afecte la interconexión, las garantías de la competencia o los derechos de los usuarios.	Intereses económicos perseguidos por las empresas. Declaratoria del incumplimiento de una obligación contractual. Pago de perjuicios. Conflictos contractuales derivados de la teoría de imprevisión, y del desequilibrio económico del contrato.

4. Intervención precisa y ajustada

Aunque la intervención regulatoria debe estar guiada por el interés general, también debe estar orientada a respetar el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los operadores, quienes siempre que logren acuerdos válidos y que no vayan en contra de la libre competencia, están en pleno derecho de ejercer su actividad económica.

En efecto, en el caso de la interconexión, el actuar del Regulador deberá limitarse a aspectos que no han sido objeto de pacto entre las partes y que

afecten el cumplimiento de esta obligación, o a aquellos que si bien fueron objeto de negociación y acuerdo entre las partes, alteran o afectan la prestación del servicio, al usuario, o al mercado en competencia¹⁰⁶⁷.

Es necesario tener en cuenta que en la intervención de la administración, en este caso del Regulador, la discrecionalidad como adjetivo está presente, sin llegar a ser absoluta ni libre, pues siempre está ligada a los límites de la Constitución, la ley y el interés público. En este sentido, Sáinz Moreno sostiene que a la administración se le otorga un margen de confianza en la apreciación de lo que conviene al interés público, indicando que no puede llegarse a proceder ilógicos, abusivos o arbitrarios. Así, afirma el autor que *“el margen de confianza conferido a la Administración se justifica por su capacidad para obtener y aportar conocimientos y experiencias a la resolución de cada caso”*, y recalca que *el Derecho administrativo como ordenador de la actuación de la Administración “es expresión de una idea de la justicia no mero instrumento”*¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁷GONZALEZ LÓPEZ. *Ibidem*.

¹⁰⁶⁸ Con mayor detalle este autor: *La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha alcanzado, pues, cuotas muy altas al plantear el control de la discrecionalidad administrativa como un problema de razón y de justicia. Aquí también la función de los Tribunales no es la de sustituir a la Administración, sino la de hacer justicia. En este sentido, una Sentencia de 18 de febrero de 1974 (1) decía: “...el Ministerio tiene que actuar con un cierto margen de discrecionalidad, con una discrecionalidad que en parte es técnica, en parte un prudente manejo de datos estadísticos, de antecedentes y de previsiones de futuro, en los que los Tribunales no pueden sustituir a la Administración, a no ser que manifiestamente aparezca un proceder ilógico, abusivo o arbitrario.” (Ver cita (1): Sentencia del tribunal Supremo de 18 de febrero de 1974 (Ponente D. Ángel Martín del Burgo, Referencia Arazandi, 813).*

En síntesis, la doctrina jurisprudencial española podría exponerse en los enunciados que siguen, redactados con expresiones tomadas de esa misma jurisprudencia: 1. La discrecionalidad absoluta entendida como la facultad de tomar una decisión libre, indiferente desde el punto de vista jurídico, sólo existe en el ámbito de los actos políticos de gobierno; 2. En el derecho administrativo toda discrecionalidad está sometida a límites jurídicos. De un lado, a los llamados elementos reglados de la discrecionalidad (existencia de la potestad discrecional, extensión, competencia y fin) y, de otro, más profundamente, a la noción jurídica de interés público; 3. El ejercicio de una potestad discrecional exige realizar una “ponderada estimación de la noción de interés público como concepto jurídico indeterminado”; 4. Por ello, por ser un concepto jurídico, la noción de interés público debe ser interpretada y aplicada previo un examen “según las reglas de la sana crítica”, de los datos, informes y demás elementos que preceden a la decisión; 5. Tal decisión, en consecuencia, no es producto de la intuición personal de quien decide, sino resultado de “un juicio lógico de estimación”; 6. De ahí que,

5. Intervención vinculante

Permanece en primera medida la solución de conflictos de manera directa entre las partes. Solo en caso de que esta no se logre en el marco de la libre negociación o de que habiéndose llegado a un acuerdo, alguna de las partes o las dos, consideren que se está desconociendo el orden jurídico o que se atenta contra la libre competencia, debe el Regulador intervenir subsidiariamente. Así mismo, se prevé su intervención sustitutiva en caso de silencio de las partes¹⁰⁶⁹.

en tanto que “juicio” la decisión discrecional pueda ser enjuiciada judicialmente; 7. El control judicial, pues, se realiza sobre la razonabilidad de la decisión, esto es, sobre su coherencia con los antecedentes de hecho y de derecho en que se funda; 8. La dificultad práctica de realizar este juicio, derivada, entre otras causas, de los límites materiales y temporales de toda decisión jurídica, obliga a reconocer a la Administración un cierto margen de confianza en la apreciación de lo que conviene al interés público; 9. El margen de confianza conferido a la Administración se justifica por su capacidad para obtener y aportar conocimientos y experiencias a la resolución de cada caso; y tiene como consecuencia el reconocimiento de la validez jurídica de aquellas decisiones que, razonablemente, puedan fundarse en los motivos expuestos por la Administración; 10. Por el control judicial de las decisiones discrecionales el juez administrativo no sustituye a la Administración en su facultad de decidir, sino que corrige los “procederes ilógicos, abusivos o arbitrarios”; 11. En este sentido, los antecedentes que preceden a la decisión no son técnicamente vinculantes, pero vinculan a quien decide en cuanto que le obligan a actuar coherentemente con ellos, esto es, dentro de los márgenes razonables que ellos trazan; 12. La vinculación de la Administración al resultado de la prueba sobre lo que conviene o perjudica al interés público tiene como consecuencia la desaparición de la discrecionalidad administrativa en aquellos casos en que es posible demostrar que sólo una es la solución correcta. En tales supuestos, tomar una decisión distinta sería realizar un acto ilógico, arbitrario o abusivo; 13. La concepción del interés público como concepto jurídico indeterminado significa, pues, reducir la discrecionalidad administrativa a aquellos supuestos en los que no sea posible demostrar cuál es la única solución correcta. En tales supuestos, el reconocimiento de la discrecionalidad implica dar validez jurídica a la decisión que la Administración tome dentro de las posibles soluciones del problema planteado. SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 8, Enero - Marzo 1976. Págs. 63-93.

¹⁰⁶⁹ La oferta básica de interconexión es un instrumento obligatorio para los PRST aprobado por el regulador, y que tiene gran utilidad ante la falta de acuerdo o el silencio de las parte, por ejemplo en la fijación de condiciones de acceso, uso e interconexión.

6. Cambio normativo

Respecto del cambio normativo por normas regulatorias, la administración tiene facultad para cambiar las reglas en aras del interés general, sin embargo, tiene como límite el respeto a la confianza legítima y debe guiarse en primera medida, por el mecanismo de publicidad y de consulta previa antes de la expedición de una norma regulatoria que afecte la relación entre las partes¹⁰⁷⁰.

Lo anterior, con el fin de proporcionar mayor certeza¹⁰⁷¹ y seguridad jurídica, así como para prevenir el nacimiento de conflictos y su prolongación en el tiempo, como es el caso de la regulación sobre los cargos de acceso por tiempo y capacidad, que aún es discutido y no cuenta con solución definitiva a la fecha, dudándose también de los aspectos relacionados con la competencia para su resolución¹⁰⁷².

¹⁰⁷⁰ GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. Afectación del contrato por cambios regulatorios en el sector de las telecomunicaciones. En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC (Ley 1341 de 2009). Edgar González López. Director. Universidad Externado de Colombia. 2010. Págs. 644-645.

¹⁰⁷¹ Reflexiones de Martín –Retortillo sobre la claridad de la norma y la certeza de las soluciones: *Acotaciones escépticas; es como he calificado estas páginas. Escépticas y también, inoperantes. Se refieren a situaciones que ya han sido sancionadas y que hay que aceptar. Reflexiones que, principalmente contemplan lo que pudo haber sido y no fue. Es poco lo que el jurista pueda deducir de consideraciones así planteadas. Día a día, tiene que enfrentarse con la realidad efectiva que le ofrece el ordenamiento jurídico en cada momento. Eso sí, parece que en cualquier caso puede reclamar claridad en la norma y certeza de las soluciones que ofrece. Y las que recoge la ley no son de claridad ni de resplandor, como se ha pretendido, sino de oscuridad e inconcreción. De todos modos no es mala la memoria de lo que fue; tampoco, el recuerdo de lo que pudo ser: ayuda a valorar lo que realmente es. Y muy señaladamente a que entresijo que deja siempre esa tensión permanente entre normas y realidad, la aplicación de aquella acaso pueda encontrar indicación y criterio en la resolución de los conflictos que, a la postre, es para lo que precisamente la norma se establece.* MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Reflexiones sobre las Relaciones entre distintos niveles de gobierno: divergencias y convergencias en los sistemas europeos. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 73, Enero - Marzo 1992. Págs. 5-15.

¹⁰⁷² Más allá de los efectos del cambio normativo, es necesario tener presente que el Regulador como ente técnico se desempeña en alguna medida como un ente consultivo de otros organismos, y como creador de disposiciones. En relación al tema, García Álvarez respecto del antiguo regulador de comunicaciones electrónicas de España la CMT, destacó sus características de órgano consultivo y de creación normativa. En particular: *La Comisión mercado de las Telecomunicaciones, que no tiene ningún componente representativo de intereses sectoriales en su organización interna, a asesora al gobierno o al Ministro competente, actualmente el de Industria, Comercio y turismo, en las materias de*

7. Procedimiento de solución de controversias

El procedimiento como el modo o la manera de acudir al Ente Regulador para que dirima el conflicto entre los operadores de telecomunicaciones, está previsto en la Ley 1341 de 2009, y cuenta con unos cortos pasos que se expondrán a continuación, siendo el cual al que se debe atener la Comisión para proferir sus decisiones resolutorias.

El recorrido y los plazos actuales son acordes a la normativa andina que expresamente consagra la Resolución 432 CAN sobre Normas Comunes sobre Interconexión, proferida por la Secretaria General de la Comunidad Andina¹⁰⁷³.

En síntesis, los pasos corresponden a: solicitud de parte; periodo de negociación directa; inicio del trámite administrativo por medio de una solicitud

su competencia, es decir, el mercado y la regulación de las telecomunicaciones, y lo hará “a solicitud de estos o por propia iniciativa”, lo que supone en la práctica reconocerle facultades de propuesta en relación con estos órganos, aunque de manera más informal que la Comisión Nacional de Energía (también puede emitir informes a solicitud, pero únicamente cuando exista tal solicitud, de una Comunidad Autónoma o de una Corporación Local). Entre estas funciones consultivas, la Ley menciona específicamente el informe preceptivo (es decir, de solicitud obligatoria) en los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado para la elaboración de disposiciones normativas en las siguientes materias: comunicaciones electrónicas, especificaciones técnicas de equipos, aparatos, dispositivos y sistemas de telecomunicación-LGT, art. 48.3.f)-. Un grado de detalle que no deja de resultar sorprendente. Sin embargo, el tribunal Supremo no parece atribuir virtualidad invalidante a la omisión del informe. (...) Las Administraciones independientes no se limitan a colaborar en la aprobación de normas nacionales. Por el contrario, tiene un protagonismo creciente en la elaboración del derecho comunitario europeo, algo especialmente evidente en materias como las de banca, bolsa, y seguros. GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. Los poderes normativos de las administraciones independientes en el ámbito económico. En: Revista de Administración Pública No171. Septiembre-Diciembre de 2006. Págs. 168-169.

¹⁰⁷³ CHILLÓN MEDINA, José María. Unidad Didáctica 10. Los Organismos Reguladores de las Telecomunicaciones. En: Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información, de José María Chillón Medina. República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, 2004. Págs. 278 a 281. Al respecto el Profesor Chillón hace la diferenciación de esta función del regulador con la arbitral en cuanto que esta última requiere acuerdo de las partes, y solo puede darse respecto de materias que puedan ser objeto de transacción, y la primera no.

escrita señalando los puntos de acuerdo, puntos divergentes y la oferta final; citaciones a las partes; audiencia de mediación como oportunidad para que las partes solucionen sus diferencias directamente; práctica de pruebas que se decretan de oficio o a petición de parte; y la decisión.

Hay varios aspectos que vale la pena destacar en cuanto al procedimiento:

- Se protege el derecho de contradicción, las partes deben conocer las peticiones de la contraparte, tienen derecho a hacer observaciones, presentar pruebas, a entregar una oferta final y a interponer recurso de reposición contra la decisión que se adopte.
- En cuanto al dictamen pericial, se considera necesario una reforma a la Ley 1341 de 2009, teniendo en cuenta que se consagró que los costos de esta prueba se asumen por partes iguales, cuando realmente los debería asumir la parte que solicitó este medio probatorio.
- Con el fin de garantizar el resultado del procedimiento, sería importante que se le otorgara la facultad al Regulador para decretar medidas cautelares, sean de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del proceso.
- En cuanto a los recursos contra las decisiones que profiere el Regulador, si son de naturaleza administrativa, procede únicamente el recurso de reposición.
- En caso dado de que la decisión del Regulador tuviera naturaleza jurisdiccional, podría tener efectos similares a los fallos que dictan las Superintendencias en uso de estas facultades jurisdiccionales, que no

tienen recurso alguno ante las autoridades judiciales, siendo la reposición el único medio procesal para impugnar^{1074 1075}.

- Por otra parte, tendrá gran importancia la oferta que una de las partes presente en la solicitud de solución de la controversia, así como la Oferta Básica de Interconexión en el caso de fijación de condiciones de acceso uso, e interconexión, pues la norma tiene previsto que la CRC decidirá la controversia teniendo en cuenta esta información de la parte que cumplió, y lo previsto en la regulación.
- Por último, en este procedimiento, la desatención a citaciones o a dictámenes, son consideradas como infracciones al régimen legal que traen sanciones que pueden ir desde la amonestación hasta la caducidad del contrato o la cancelación de la licencia, autorización o permiso. Lo

¹⁰⁷⁴ Ver Artículo 148 de la Ley 446 de 1998.

¹⁰⁷⁵ Sobre la aplicación de normas de libre competencia y la coordinación de las entidades jurisdiccionales y administrativas, Ortiz afirma: *Además de los inconvenientes hay que considerar que la introducción de un sistema judicial o privado de aplicación de las normas de libre competencia puede suscitar diversos problemas prácticos, derivados fundamentalmente de la carencia de mecanismos de coordinación entre las funciones a cargo de las entidades administrativas y las funciones de los jueces y, la falta de precisión sobre los efectos que tienen las decisiones de unas autoridades sobre las facultades y potestades de las otras*¹⁰⁷⁵. (...). (La citada autora trae a colación el siguiente ejemplo: *no se ha establecido si un juez puede decidir en forma contraria a la SIC o si esta puede sancionar una conducta que ha sido considerada válida y lícita dentro de un proceso judicial.*)

Sería necesario establecer un conjunto reglas para coordinar las acciones entre los jueces y las autoridades administrativas así como para definir los efectos de las decisiones de unas y otras. En este orden, por ejemplo, se podrían crear mecanismo de comunicación sobre las investigaciones a cargo de cada una de las autoridades, la colaboración permanente en el desarrollo de los procesos bajo su competencia y en relación con los efectos de las decisiones se podría establecer que la decisión de la autoridad administrativa (SIC) sobre le existencia de una infracción sea vinculante para el juez y, que por tanto éste no puede separarse de aquella, lo cual sería además coherente con la presunción de legalidad de los actos administrativos o, que en todo caso dicha decisión tuviese efectos probatorios dentro del proceso civil. (...) Como consecuencia de lo anteriormente señalado, sería conveniente mantener como hasta ahora lo ha hecho la Unión Europea y como es previsible que lo haga España, un sistema de aplicación de las normas de libre competencia de naturaleza mixta, en el cual tanto las funciones desempeñadas por las autoridades administrativas como aquellas desarrolladas por los jueces en razón de las demandas presentadas por los particulares, son igualmente importantes, no excluyentes, y sobre todo, complementarias. ORTIZ BAQUERO, Ingrid. La Aplicación Privada del Derecho Antitrust y la Indemnización de los Daños Derivados de Ilícitos Contra La Libre Competencia. En: REVIST@ e – Mercatoria, Volumen 7, No 1. 2008.

anterior, es un aspecto de gran relevancia para lograr el cumplimiento de las disposiciones legales y regulatorias en materia de telecomunicaciones, más aún con la modificación que trae la Ley 1753 de 2015¹⁰⁷⁶, en el sentido de fijar en 15.000 SMMLV, la multa máxima que se puede imponer a los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, cuando se trate de personas jurídicas.

- El Ente Regulador, responda o no la contraparte, convoca a las partes a una audiencia de mediación en la cual pueden aportar los documentos y consideraciones, y en la que se da la oportunidad para finalizar el conflicto, antes de que el Regulador adopte una decisión final.
- El Regulador debe tener un gran poder de instrucción que le permita ampliar aspectos de la controversia, así como recaudar pruebas oportunas y pertinentes.
- La actuación finalizará con la decisión del Regulador, resolviendo un conflicto, fijando condiciones o estableciendo una servidumbre de interconexión definitiva. Sin embargo, también podría terminar con un compromiso de las partes resolviendo sus diferencias por mutuo acuerdo.
- La terminación del procedimiento puede también ser producto del desistimiento de la parte interesada, siempre y cuando el Ente Regulador esté de acuerdo, pues como ya se había mencionado, este organismo será el garante de la libre competencia y de la protección del usuario¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁶ Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “por un nuevo país”.

¹⁰⁷⁷ El regulador está facultado para hacer observaciones sobre los acuerdos que hagan los operadores. La Comisión lo puede hacer por solicitud de terceros y de oficio, si lo considera. Puede darse el caso que se haya alterado el orden público, o que se haya infringido la norma.

- Sobre las controversias en las cuales haya un posible incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Comisión debe solicitar concepto a la Superintendencia de Industria y Comercio¹⁰⁷⁸, como máximo órgano de protección de la competencia^{1079 1080}.
- Por otra parte, para brindar mayor seguridad jurídica, las decisiones del Regulador que diriman controversias, así como, la interpretación de la regulación de carácter general, deberían constituirse en precedentes vinculantes, que permitan a los actores del sector predecir y conocer las posibles consecuencias que se generarían de un caso en particular¹⁰⁸¹¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁸ La consulta entre los dos organismos, por medio de la abogacía de la competencia, ya establecida en la Ley 1340 de 2009. Para mayor ilustración: *Artículo 7°. Abogacía de la Competencia. Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta.*

¹⁰⁷⁹ Es el caso en el Perú entre el regulador, Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Fuente: <https://www.osiptel.gob.pe/categoria/solucion-de-controversias-agencia>. (Citado en 31 de agosto de 2015)

¹⁰⁸⁰ El caso del metro de Madrid, es un buen ejemplo en el cual concurren las dos entidades de regulación y competencia y se complementan. Se trata de un supuesto interesante en el que la CMT trata como un operador dominante a quien en principio no lo es regulatoriamente, y ello en razón a la aplicación del derecho de la competencia como consecuencia de que ese operador pretende imponer condiciones abusivas como consecuencia de su control respecto de una instalación esencial. Fuente: Resolución CMT del 20 de septiembre de 2001. Conflicto Telefónica Móviles - Metrocall).

¹⁰⁸¹ Las decisiones en firme deberán ser dadas a conocer en la página de la entidad, para proteger principios de publicidad, transparencia. La administración deberá hacer seguimiento de su aplicación y efectos para medir su verdadera eficacia.

¹⁰⁸² Martín Mateo sobre la administración pública eficaz y su deber de decidir que denomina “posiciones arbitrales” afirma: *La debilitación real de sus poderes y el esfuerzo de los grupos sociales con intereses específicos, lleva con insistencia a colocar a la Administración y sus agentes en posiciones arbitrales desde las que se sopesan los intereses en juego y se escogen las soluciones no ya óptimas quizás para la comunidad, si no las más viables entre las posibles. El consenso, el pacto y la negociación preceden frecuentemente a la adopción de normas y reglamentos, lo que es habitual en el campo de la Administración económica, pero también en otros sectores con intereses contrapuestos. (...). Pero de alguna manera e invirtiendo los viejos tópicos del liberalismo, la Administración habrá de equiparse con nuevos instrumentos para proteger los intereses generales frente a los grupos de presión. Posiblemente la convergencia ya apuntada en otros terrenos como en el de las idolologías,*

- Por último, el Regulador en ejercicio de la función normativa y teniendo como base la Ley 1341 de 2009, debería elaborar un reglamento que desarrolle las medidas y pautas a las que están sujetos los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones en los procesos de solución de controversias¹⁰⁸³.

dará paso a la climatización de técnicas procedentes del mundo empresarial que sin menoscabo de la primacía del Derecho hagan a la Administración más eficaz y en cuanto tal más respetada socialmente. (fuera del texto original). MARTÍN MATEO, Ramón. Futurología y Administración Pública. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 23, Octubre - Diciembre 1979: 517 a 522

¹⁰⁸³ Brokelmann sobre la facultad del regulador de resolver conflictos que denomina cuasijurisdiccional trae a colación la obra del Profesor Fernandez Farreres, (Ver FERNANDEZ FARRERES, Germán José., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, en Aspectos jurídicos de las Telecomunicaciones, CGPJ, Madrid, 2003, p. 72.) así mismo destaca la discrecionalidad de este organismo, y su margen de decisión, por otra parte, pone de presente la posibilidad de existencia de otros conflictos que no fueron previstos en la directivas europeas, y que sin dude en futuro cercano y de mediano plazo crecerá en variedad por las múltiples relaciones que se irán generando a raíz de los contenidos y aplicaciones en la nueva era de Economía digital. En particular el Profesor Brokelmann afirmó: *La potestad cuasi-jurisdiccional (...) de resolución de conflictos de la CNMC, viene dada por el artículo 12 de la LCNMC, que le otorga competencias para la resolución de una lista de determinados conflictos. Una porción importante de estas competencias deriva directamente de las exigencias de la Unión Europea (UE) impuestas en las distintas directivas sectoriales. Este es el caso de la mayoría de los conflictos relativos al acceso a infraestructuras en el sector de telecomunicaciones. Más allá de imponer la intervención cuasi-jurisdiccional de los reguladores, la normativa de la UE define los criterios básicos de resolución de conflictos (obligaciones de acceso, criterios de fijación de precios, etc.) sin perjuicio del amplio margen de discrecionalidad existente en la resolución de los mismos. Asimismo, las normas de la UE imponen requisitos procedimentales y limitan la intervención a conflictos entre operadores, nunca en caso de usuarios. El legislador español ha ido, sin embargo, un paso más lejos al incluir numerosos conflictos que no se prevén en las Directivas y que exceden el ámbito tradicional de esta potestad, tales como la gestión del canal múltiple digital, la cesión de canales de radio y televisión entre operadores o incluso el precio de acceso a recintos deportivos por radios y televisiones (donde al menos el titular de la instalación no es un operador activo en los sectores objeto de regulación de la CNMC.)*

A tenor de lo dispuesto en los artículos 14 y 20 de la LCNMC, el órgano competente para la resolución de conflictos es el Consejo de la CNMC. Desafortunadamente, la LCNMC contiene escasísimas referencias al procedimiento de resolución de conflictos, limitándose únicamente a hacer alusión a la duración máxima del procedimiento, que es de tres meses.

Como han argumentado otros autores (...), la excepcionalidad de este tipo de intervención administrativa y la relevancia que estos conflictos tienen para el desarrollo de la actividad de los operadores justificaría un régimen procedimental más detallado y garantista que el procedimiento general de la Ley 30/1992.

Respecto a la necesidad de rodear la resolución de controversias de mayores garantías, Brokelmann trae a colación la postura del Profesor Montero Pascual en el mismo sentido (Ver MONTERO PASCUAL, Juan José. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013). No hay duda que esta actividad debe rodearse de un procedimiento minucioso que genere mayor seguridad y confianza por tratarse de una actividad administrativa con gran similitud a la judicial.

8. Oferta Básica de Interconexión

Por otra parte, tendrá gran importancia la oferta que una de las partes presente en la solicitud de solución de la controversia, así como la Oferta Básica de Interconexión en el caso de fijación de condiciones de acceso uso, e interconexión, pues la norma tiene previsto que la CRC decidirá la controversia teniendo en cuenta esta información de la parte que cumplió, y lo previsto en la regulación.

La Oferta Básica de Interconexión¹⁰⁸⁴ será de gran utilidad para el Regulador, quien podrá tomar las condiciones mínimas ofrecidas por los PRST para proceder a resolver las solicitudes, entre otras, aquellas de carácter provisional, sea de fijación de condiciones de acceso, uso e interconexión o de servidumbre, cuando el Regulador deba dar la orden de interconexión inmediata¹⁰⁸⁵.

Esta herramienta regulatoria facilita la relación de los operadores entre sí con la administración, y será de gran utilidad cuando estén en cabeza del Regulador las facultades jurisdiccionales para apoyar su labor, por su componente económico, y alto contenido técnico y de desagregación de elementos.

BROKELMANN, Helmut. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación. En Derecho de las Telecomunicaciones. Editorial Civitas. Madrid. 2015. Págs. 163-164.

¹⁰⁸⁴ Oferta Básica de interconexión (OBI) corresponde a una obligación de los PRST para poner a disposición del público elementos necesarios para que se genere un acuerdo de acceso, uso e interconexión. La CRC la aprueba.

¹⁰⁸⁵ Por ejemplo para atender a un grupo de usuarios.

CONSIDERACION FINAL DE LA CUARTA PARTE

En esta última parte de la investigación se propusieron y recapitularon elementos a tener en cuenta para la eficacia de la función de resolución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones entre los operadores de telecomunicaciones, la cual se considera una facultad trascendental del Regulador, y que finalmente tiene por objeto brindar mayor seguridad jurídica y certeza en las relaciones entre los PRST, así como ofrecer un mayor beneficio a los usuarios como destinatarios del servicio público de telecomunicaciones, y en general, de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En síntesis, en esta sección se consideraron los elementos que, contribuyen a la eficacia de la función de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones dentro de un escenario de transparencia en un mercado en competencia¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸⁶ BOCANEGRA. Ob. cit. Sobre la eficacia como exigencia institucional de los actos administrativos Bocanegra cita a Otto Mayer, y hace la siguiente reflexión: *Hace más de un siglo que Otto Mayer escribió que la declaración de autoridad dictada por la Administración en que el acto administrativo consiste, constituye ius in concreto, es decir, determina para un caso lo que se espera que alguien haga o deje de hacer para cumplir el Ordenamiento jurídico, aquello que para él es el Derecho en concreto. La esencia misma del acto administrativo, del instrumento de poder que constituye propiamente esta figura (y que debe situarse, por tanto, en el marco de las exigencias del principio del Estado de Derecho), es, pues, su carácter unilateral y vinculante tanto para la Administración como para los ciudadanos, su obligatoriedad, su eficacia, en definitiva. (...)*
El problema principal del acto administrativo es la legalidad de su contenido. (...)
En este sentido amplio un acto administrativo es eficaz cuando su contenido resulta jurídicamente vinculante y no cuando se materializa, de hecho, en la realidad. (...)
Se habla de eficacia interna para referirse a la vigencia de la regulación que el acto incorpora (...) a la obligatoriedad jurídica. (...) del contenido del acto –de la regulación en que consiste-, a la producción de los efectos sustantivos que justifican el dictado del acto administrativo. En el ejemplo que antes se ha puesto, la resolución sancionadora sería eficaz internamente cuando nace la obligación jurídica de pagar la sanción de multa.
La eficacia externa (...) viene constituida, en cambio, por un conjunto de consecuencias jurídicas adjetivas o formales producidas a partir del momento en que se dicta un acto administrativo, pero cuyas consecuencias resultan ajenas por completo a la validez de la regulación sustantiva que constituye el contenido del acto mismo.

No obstante, es menester poner de presente que es posible que no todos los aspectos planteados se lleguen a dar o se logren simultáneamente, pues en el devenir del ejercicio del Regulador seguramente se presentarán ámbitos libres, entendiendo por estos, aquellos guiados por la autorregulación o por acuerdos entre las partes, mientras no vayan en contravía del orden público y del interés general, eventos en los cuales se requeriría intervención estatal.

Este autor se refiere al negocio jurídico y lo compara con el acto administrativo a propósito del análisis que hace sobre si hay una declaración de voluntad. Ante de avanzar se trae a colación la definición del Profesor de Negocio Jurídico, Dr. Fernando Hinestrosa en su obra sobre Obligaciones: “Pocas figuras han merecido tanta atención y estudio como al del negocio jurídico, vocablo de origen Germánico que fue mencionado en su sentido actual, definido por Savigny, como declaración de voluntad. Es el instrumento que la sociedad otorga con el reconocimiento legal, a los particulares para que ellos dispongan, de sus propios intereses en la satisfacción (de sus afanes en el intercambio de servicios y productos). La autonomía privada supone un régimen social y jurídico, que no ordene la totalidad de las actividades y reparta impositivamente los bienes de consumo, y por el contrario reconozca a cada sujeto el poder de disponer de sus energías y de sus bienes, así sea en escasa medida y orbita.” “El negocio existe y posee eficacia negocial: vincula a sus autores. El negocio es válido y cuenta con eficacia final: obtención de sus consecuencias propias para entre las partes y respecto a terceros.” HINESTROSA, Fernando. Derecho Civil. Obligaciones. Universidad Externado de Colombia, 1969. Págs. 157 – 368.

Bocanegra compara el acto administrativo y el negocio jurídico, para el efecto se propone esta cuadro:

Detalle	Acto administrativo	Negocio Jurídico
Problemática	<i>Legalidad de su contenido</i>	<i>Acto de autodeterminación</i>
Se dirige a	<i>Actividad pública discrecional, presidida por la idea del deber ser.</i>	<i>Actuación autárquica</i>
Valor de la eficacia	<i>El acto administrativo que es ilegal es en principio anulable y eficaz. (Siempre que no sea nulo de pleno derecho, y esto sólo sucede en supuestos excepcionales legalmente tasados y que se caracterizan institucionalmente por la evidencia y gravedad de la infracción.)</i>	<i>Cualquier violación del ordenamiento jurídico sería nulo e ineficaz</i>
Interés	<i>El acto administrativo es un instrumento al servicio de la seguridad jurídica y de la eficacia de la actuación administrativa. Satisfacción del interés público presente.</i>	<i>Interés de las partes en el negocio privado</i>

La facultad de intervención del Regulador en los derechos y relaciones jurídicas del sector está dada y es independiente de las mejores prácticas que acojan o no los actores del mismo.

Las decisiones del Ente Regulador, por ejemplo, las relacionadas con la infraestructura, la fijación de tarifas, la obligación de interconexión y la compartición de redes, limitan en alguna medida derechos individuales de los operadores, como el derecho de propiedad.

En concreto, la función de dirimir conflictos necesariamente toca las libertades y derechos individuales de los operadores, quienes si bien gozan de libertad comercial y autonomía en sus pactos, están supeditados a unos límites inherentes a la función social de los servicios que prestan y que además está relacionada con los fines del Estado, dentro del marco constitucional, comunitario y legal.

Por lo anterior, la filosofía de la Comisión de Regulación de Comunicaciones debería ser similar a la de la Comisión de Mercado de Telecomunicaciones de España, en cuanto a la función de resolución de los conflictos: *“fiel al principio de mínima intervención de esta comisión en la negociación de los AGIs, es aconsejable respetar en la medida de lo posible las condiciones alcanzadas por las partes en los restantes puntos del acuerdo, y proceder (...) a fijar las condiciones de interconexión únicamente en los citados aspectos de discrepancia entre las partes”*¹⁰⁸⁷.

Los límites que la Comisión de Regulación como administración que resuelve conflictos debe tener en su radar, están dados respecto de la materia sobre la

¹⁰⁸⁷ Citada por el Profesor Juan José Montero en su obra Derecho de las Telecomunicaciones. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007. Páginas 212 a 217. Para aclarar, AGIs: corresponde a la sigla de Acuerdos Generales de Interconexión.

cual se pronuncia, su independencia y la necesidad de inhibirse para preservar la neutralidad, el procedimiento particular para garantizar la defensa, y en general, el debido proceso, el soporte y los argumentos de su decisión, y finalmente, también se constituye como un límite, la conciencia del posterior control judicial de su decisión en la generalidad de los casos, salvo que se considere que dicha decisión es de naturaleza jurisdiccional, y que por tanto, lo procedente sea el recurso de apelación.

En este sentido y para finalizar, Montero en el 2014 resaltó que hay elementos que aunque privados, como el precio del contrato, son fundamentales en la relación entre los operadores, en particular, en lo relativo a la interconexión, que es del ámbito del Regulador¹⁰⁸⁸ y con más veras de un regulador- juez. De esta manera, identificó limitaciones de la Administración en la resolución de conflictos, que se exponen a continuación y que brindan mayores argumentos para otorgar la función jurisdiccional:

- Los aspectos contractuales estrictamente privados de las relaciones entre particulares. (Excluyó a la CMT de resolver conflictos sobre interés de “demora”).
- La neutralidad, ya que esta se constituye como un elemento de garantía de independencia frente a los operadores activos. Sobre el tema, para Colombia, es relevante la Ley 30 de 1992 de España, sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, en particular, por las normas sobre abstención y recusación (interés personal, consanguinidad, amistad y relación de servicio).
- Los procedimientos para garantizar la igualdad de oportunidades y medios de defensa. El autor considera que la oportunidad de desarrollar

¹⁰⁸⁸ “elementos privados pero esenciales, como es el precio del acceso a la red”

estos procedimientos se perdió en la reciente ley de creación de la CNMC, Ley 3 de 2013.

- La necesidad de motivación de las resoluciones, lo que permite control jurisdiccional posterior¹⁰⁸⁹.
- La ejecutoriedad de los actos administrativos que resuelven conflictos entre privados. Resalta que esta parece odiosa, sin embargo obedece al régimen general, no existiendo normas que excepcionen.
- La tutela judicial efectiva, la cual exige la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para la resolución en vía judicial de los recursos contra las resoluciones.

De acuerdo con Montero, el regulador se orienta al “control continuo y concentrado de la actividad económica de los operadores activos en un mercado”, y su quehacer va más allá de la actividad de policía y fomento. En Colombia, aunque la CRC se desempeña por mandato legal nacional y comunitario como regulador que dirime conflictos, más allá de los intereses particulares, buscando garantizar la satisfacción del interés general, la Comisión debe contar con facultades suficientes, una mayor autoridad y con función jurisdiccional para resolver de manera firme y definitiva las disputas del sector.

¹⁰⁸⁹ Montero afirma: *Que el Tribunal Supremo ha afirmado que la Resoluciones podrían objetarse por arbitrariedad o por falta de motivación (STS de 31 de mayo de 2005). No obstante, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo de forma constante reconocen la labor de la CMT en la motivación de sus resoluciones, motivación que excluye arbitrariedad en la toma decisiones (SAN de 23 de septiembre de 2004) así como acusaciones de desviación de poder (SAN de 14 de marzo de 2006). Recordemos que, aunque nada diga al respecto la normativa nacional, el artículo 20.4 de la Directiva Marco exige la exposición detallada de los motivos en los que se basa la resolución de los conflictos. (La Directiva Marco: 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.)*

CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACION

1. Conclusión Principal

Es necesario otorgar a la Comisión de Regulación de Comunicaciones como órgano de regulación convergente de carácter técnico y especializado del sector de TIC, función de naturaleza jurisdiccional, además de mantener sus funciones que la caracterizan como autoridad administrativa con potestad normativa y de solución de conflictos entre los Proveedores de Redes y Servicios de telecomunicaciones.

2. Conclusiones

- 1) A la Comisión de Regulación de Comunicaciones desde su creación le fue atribuida la facultad de resolver controversias, considerada como parte de su función reguladora de naturaleza administrativa.
- 2) Particularmente en Colombia, esta función de solucionar conflictos aunque atribuida por ley al Ente Regulador, cuya naturaleza jurídica es administrativa, y se ha manifestado por la Corte Constitucional como de naturaleza administrativa¹⁰⁹⁰ y hay tesis que la consideran como una

¹⁰⁹⁰ Ley 1437 de 2011 artículo 3. En detalle: *Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.* En particular: *1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción. En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem. 2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de*

función jurisdiccional, y también la han caracterizado como cuasijurisdiccional.

- 3) Aunque la norma contemple que la Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones de Colombia puede actuar y ejercer sus actividades, en virtud de que es una entidad con independencia administrativa, independencia técnica e independencia patrimonial, y cuyas actuaciones están guiadas bajo los principios de la función pública, siendo estos, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y

*trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. 3. En virtud del **principio de imparcialidad**, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. 4. En virtud del **principio de buena fe**, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes. 5. En virtud del **principio de moralidad**, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas. 6. En virtud del **principio de participación**, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. 7. En virtud del **principio de responsabilidad**, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos. 8. En virtud del **principio de transparencia**, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal. 9. En virtud del **principio de publicidad**, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma. 10. En virtud del **principio de coordinación**, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares. 11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa. 12. En virtud del **principio de economía**, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas. 13. En virtud del **principio de celeridad**, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.*

publicidad, debido proceso, buena fe, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, y coordinación, se puede afirmar que no es una autoridad autónoma e independiente, rasgos que no la descalifican, pues como entidad especializada goza de buena imagen, pero que se constituyen en aspectos que deben ser objeto de reforma.

- 4) Las tareas principales de la Comisión están dadas por la expedición de las normas regulatorias y su respectiva aplicación a los actores del sector, sin embargo, esta no cuenta con poder para ejecutarlas efectivamente¹⁰⁹¹. De otro lado, las decisiones de la Comisión están sujetas al control de legalidad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos fallos pueden estar permeados por la deferencia judicial.
- 5) La función dirimente de la Comisión respecto de las relaciones entre los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones tiene gran cercanía a la justicia arbitral y a la competencia del juez, que según las circunstancias particulares y las materias de que se traten toman curso en una u otra dirección.
- 6) En particular, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina reconoció la posibilidad que tienen las partes de acordar mecanismos de solución de conflictos, y además estimó que por la importancia de la interconexión, los asuntos que se presentaran durante su ejecución debían ser de competencia única y exclusiva de la Comisión, aspecto que recientemente la norma andina modificó, y sobre el cual es indispensable estar atento para conocer y analizar su materialización.

¹⁰⁹¹ *Enforcement.*

- 7) Sobre este tema puntual existen diferentes tesis. Un sector de la doctrina opina que se debe otorgar la facultad jurisdiccional a la Comisión expresamente; otros consideran que la CRC ya cuenta con la facultad para dirimir todo tipo de conflictos, interpretando en conjunto las normas andinas y la ley nacional; están también quienes afirman que esta facultad debe estar en manos de la justicia ordinaria y arbitral, de forma que se debe relevar a la Comisión de esta tarea; y por último, existen partidarios de que concurren la facultad del Regulador y la del juez ordinario¹⁰⁹².
- 8) En Colombia, bajo la normatividad andina, los pronunciamientos del Consejo de Estado y la norma nacional, podríamos estar ante la competencia de dos autoridades. Siendo así, aunque se le otorguen expresamente funciones jurisdiccionales a la CRC, las partes podrían decidir llevar sus causas a la justicia ordinaria. En este caso, el juez podría dar traslado a la Comisión para que dirima sobre los aspectos técnicos y especializados.
- 9) Una vez le fuesen otorgadas funciones jurisdiccionales al Órgano Regulador, no tendría mayor importancia si los conflictos son de carácter regulatorio o contractual, pues finalmente de manera pronta y con carácter especializado, el Regulador resolvería los conflictos entre las partes, siempre bajo la luz del interés general. Lo anterior, teniendo en cuenta que la mayoría de los casos llevan implícito el contenido económico aunque se trate de conflictos regulatorios, y de alguna manera, generalmente estará presente la duda de si solo es una controversia contractual o si esta deriva de la aplicación o interpretación de una norma regulatoria.

¹⁰⁹² En los Estados Unidos, aunque el juez remita a la autoridad administrativa, el juez puede mantener la competencia.

- 10) Sumado a lo anterior, la CRC como organismo en el cual dentro de su estructura tenga un Tribunal que dirima controversias, deberá velar por el uso de las tecnologías de la información y comunicaciones para facilitar a los actores del sector la rápida y oportuna, decisión de sus litigios, guiados por los principios que rigen las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en especial el principio de publicidad y celeridad.
- 11) A la Comisión de Regulación de Comunicaciones según la normatividad andina, las Interpretaciones Prejudiciales del Tribunal Andino de Justicia y la ley nacional, le corresponde el cumplimiento de la función de resolver controversias, entre los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones¹⁰⁹³.
- 12) Esta potestad¹⁰⁹⁴, como poder, derecho y deber, es reglamentaria, cuenta con un carácter especial, es de naturaleza administrativa, forma parte de la regulación según la Corte Constitucional, y su tarea principal corresponde a la aplicación o ejecución de la ley cuyo alcance es particular, es de carácter provisional, en el sentido de que no es una decisión definitiva y está sujeta al control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo

¹⁰⁹³ Sobre las competencias de la CRC y la justicia ordinaria y arbitral, para resolver conflictos entre operadores de telecomunicaciones, según los laudos del 2014 y 2015 algunos tribunales arbitrales habrían usurpados funciones del regulador, según las atribuciones de la norma andina a la autoridad de telecomunicaciones competente. Se menciona como analogía aspectos de la doctrina italiana según Pietro Virga, citado por Bermejo Vera, que se refieren a conflictos entre poderes del Estado, en cuanto a competencias que se atribuyen a unos órganos constitucionales, así: *“tras reconocer que el conflicto de atribuciones surge “cuando un órgano usurpa o pretende usurpar las funciones que corresponde a otro”, exige que, de una parte, el conflicto interese la competencia de al menos un órgano constitucional y, de otra parte, que surja en torno a la aplicación o interpretación de normas constitucionales”*. BERMEJO VERA, José. La función resolutoria de los conflictos constitucionales negativos por parte del Tribunal Constitucional. Revista Española de Derecho Administrativo No 26, Julio - Septiembre 1980. Págs. 349-366.

¹⁰⁹⁴ Potestad: (Del lat. potestas, -ātis). 1. f. Dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo. Fuente: <http://lema.rae.es/drae/?val=potestad> (citado en 2 de febrero de 2015)

contencioso administrativo¹⁰⁹⁵. Por último, debe agregarse que la decisión proferida por la Comisión en el marco de esta función pone fin a la actuación administrativa¹⁰⁹⁶.

- 13) En el mismo sentido, la Ley 1341 de 2009 le atribuyó facultad a la Comisión, en el marco de sus competencias, para resolver controversias entre los operadores de telecomunicaciones, que están vinculados a la regulación que la Comisión expide¹⁰⁹⁷. La expresión “en el marco de sus competencias” corresponde a la razón de ser de esta entidad según lo contemplado por la ley, es decir, promover la competencia, impedir el abuso de la posición dominante, y regular los mercados de redes y servicios de comunicaciones, guiada siempre por el propósito de que se logre la prestación eficiente del servicio en altos niveles de calidad.

¹⁰⁹⁵ Del Guayo Castiella sobre la noción de regulación y el papel de las instituciones procedimentales: *El concepto de regulación es de naturaleza política, económica, sociológica y jurídica, de donde deriva su carácter eminentemente interdisciplinario (1) (Ver cita (1): BLACK, J., Critical Reflections on Regulation, en "Australian Journal of Philosophy", núm. 27 (2002), pgs. 1-37. La cita está en pg 1) , su condición dinámica y evolutiva, dada la apertura e interacción de los diferentes sistemas- incluido el jurídico- a los que pertenecen las actividades reguladas, su complejidad, que ha llevado últimamente, para superar la forma tradicional de regulación en su versión command – and- Control, a la discusión sobre la posibilidad y la naturaleza de las influencias entre sistemas, la existencia de un derecho reflejo permeable a esas influencias, el papel de las instituciones procedimentales como garantes de la continuidad del Estado democrático constitucional, la necesidad de una actitud responsiva del regulador, la autorregulación y la llamada regulación privada.* DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo. La Regulación Económica como Alternativa. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 130, Abril - Junio 2006. Págs. 227 – 254.

¹⁰⁹⁶ Canals destaca sobre la garantía jurisdiccional de la apertura de la jurisdicción contencioso-administrativa a la resolución de litigios entre particulares: *La garantía jurisdiccional ante los tribunales de lo orden contencioso-administrativo ha de ser también considerada para resolver, en sede jurisdiccional, los conflictos y controversias existentes en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones de universalidad y en los términos antes descritos. Y ello porque la resolución del procedimiento administrativo de resolución de controversias antes mencionado será directamente impugnabile como decisión administrativa, ante la jurisdicción contencioso-administrativa (...). En otras palabras, la posibilidad de reclamar ante la administración pública abre la puerta a la jurisdicción contencioso-administrativa y a los posibles –e incluso necesarios- pronunciamientos de esta jurisdicción sobre la prestación de servicios de interés general por operadores privados y las relaciones asimétricas que mantiene con los ciudadanos usuarios.* CANALS I AMETLLER, Dolors. Principios, Reglas y Garantías Propias del Derecho Público en la Prestación Privada de Servicios Económicos de Interés General. En: Revista Española de Derecho Administrativo No158, Abril - Junio 2013. Págs. 129 -157.

¹⁰⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-186 de 2011.

- 14) Actualmente, la naturaleza de las decisiones proferidas por la Comisión no tiene naturaleza jurisdiccional, pues la decisión que dirime la controversia por parte de esta entidad es un acto singular, que no tiene fuerza de cosa juzgada, y por tanto, es revocable y modificable por parte de la Administración, y revisable por las autoridades judiciales.
- 15) El acto administrativo que expide la Comisión para resolver la controversia no es definitivo; si bien la jurisprudencia¹⁰⁹⁸ y la doctrina¹⁰⁹⁹ consideran que se parece a una decisión jurisdiccional, hay elementos formales que los diferencian.
- 16) Respecto a los efectos, el acto jurisdiccional se enviste de la entidad de cosa juzgada, es definitivo y después de resueltos los recursos, es irrevocable. El acto administrativo no goza de cosa juzgada, es revocable por las causales señaladas en la ley, aun cuando esté ejecutoriado, salvo que exista una situación jurídica consolidada.
- 17) Respecto de la Comisión de Regulación de Comunicaciones se predica autonomía administrativa, técnica y patrimonial, sus funcionarios cuentan con una preparación técnica y experiencia mínima para asumir la labor durante un período fijo. No obstante lo anterior, la autonomía de la entidad se ve cuestionada por las influencias que ejerce principalmente el

¹⁰⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1120 de 2005. Ya citada

¹⁰⁹⁹ Cita de la Sentencia C-1120 de 2005: Sobre este punto, en la doctrina internacional, ver Hans Kelsen. Teoría General del derecho y del Estado. México: Utaria, 1950. Pág. 288 y ss. Quien hace referencia al acto jurídico, en cuanto a que está determinado por una norma del derecho. Ver igualmente, en la doctrina nacional, a Leopoldo Uprimny. “La ambigüedad e inconveniencia de los términos ‘jurisdicción’, ‘función jurisdiccional’ y ‘rama jurisdiccional del poder público’”. En: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá: enero, junio de 1997, No 215-216-217, Págs. 376 y ss, y 409 y ss.

Gobierno, muestra de ello es la prohibición que subsistió hasta el año 2015 de sesionar sin la presencia del Ministro TIC.

18) A su turno, el acto jurisdiccional lo emite un funcionario con características de independencia, autonomía, predeterminación, e inamovilidad, que es ajeno a las partes, imparcial, e independiente, que recibe instrucciones de funcionarios de superior rango o de otros organismos o entidades.

19) Por otra parte, y habida cuenta de las recomendaciones de la OCDE respecto del ente regulador, queda sobre la mesa el tema de un solo regulador y además la posibilidad de unificar funciones regulatorias y de competencia. En un estudio reciente que realizó este organismo para Colombia en el año 2014, consideró de gran importancia que el Órgano Regulador goce de plena independencia del Gobierno y que sea dotada de poder para la aplicación de la regulación y para imponer sanciones por el incumplimiento de dichas normas. La OCDE recomendó fusionar la CRC y la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) para facilitar la transición a una situación de mayor convergencia¹¹⁰⁰.

¹¹⁰⁰ La doctrina hace énfasis en la importancia de la independencia del regulador, en este sentido Hernández distingue entre la independencia formal y práctica y hace un análisis sobre el regulador mexicano. En particular: *La Independencia formal puede variar significativamente con la independencia en la práctica. El diseño institucional formal no condiciona el ejercicio real de las facultades por parte de la Cofetel y la CRE, y el uso de los controles por parte del presidente de la república. (...) Existen diferencias significativas entre la Cofetel y la CRE. Esta variación puede explicarse desde que el presidente creó la Cofetel con el propósito de aprovechar su pericia técnica, y la CRE para garantizar compromisos creíbles del Congreso y del presidente. (...)*

Este autor propone *dimensiones a evaluar* y cuestionamientos sobre la independencia de las agencias: Periodo en el cargo; Quien nombra al jefe de la agencia; Despido; Puede el jefe de la agencia ocupar otros cargos del gobierno; Es renovable el nombramiento; Es la independencia un requisito formal del nombramiento; Quien nombra a la junta; Se estipula formalmente la independencia de la agencia?; Cuáles son las obligaciones formales de la agencia ante el gobierno?; Cuáles son las obligaciones formales de la agencia ante el parlamento?; Quien, además del tribunal, puede revocar una decisión de la agencia sobre la que tiene competencia exclusiva?; Cuál es el origen del presupuesto de la agencia?; Quien controla el presupuesto?; Quien decide la organización interna de la agencia?; Quien se encarga de la política personal de la agencia?; Quien es el competente para regular en este sector?. Gilardi citado por Hernández, afirma: *La independencia formal representa la variable clave para explicar el proceso de delegación de autoridad reguladora de gobiernos a reguladores independientes. (...) En particular,*

20) Luego de esta afirmación, a continuación se proponen unas conclusiones en varios apartes: bajo el criterio de la normatividad general aplicable, sobre las funciones de la Comisión en particular, en cuanto a los criterios que debe tener en cuenta el Regulador para dirimir los conflictos, sobre las temáticas más comunes de los conflictos, respecto de los interrogantes que se mantienen frente a la posición del Tribunal Andino de Justicia, sobre las nuevas funciones de la Comisión, y en cuanto a la relación del Regulador y el Órgano de Competencia.

Conclusiones en cuanto a las Normas Constitucionales y Legales

La estructura y organización del Estado colombiano está organizada en ramas del poder público: legislativa, ejecutiva, y judicial, en desarrollo en el principio de separación de poderes, el cual se constituye como fundamento para el reconocimiento de la necesaria independencia o autonomía de los diferentes órganos del Estado, a fin de que puedan cumplir cabalmente sus funciones, en el marco del modelo trazado en el artículo 113 de la Constitución Política. Según dicho artículo, cada uno de los órganos del poder público debe colaborar armónicamente para la consecución de los fines estatales, lo cual no implica que determinada rama u órgano llegue a asumir la función de otro órgano, pues cada uno de ellos ejerce funciones separadas y se articulan para colaborar armónicamente en la consecución de los fines del Estado¹¹⁰¹.

las perspicacias principales son así. En una mano, la independencia formal de reguladores tiende a ser mayor en la regulación económica que en la regulación social, en países donde hay incertidumbre más alta política debido a la alternación frecuente entre gobiernos con diferentes preferencias, y pocos jugadores de veto, sugiriendo que un contexto institucional que protege el status quo sea un equivalente funcional de delegación. (Ver cita: Fabrizio Gilardi (2002) credibilidad de la política y la delegación de agencias reguladoras independientes: un análisis empírico comparativo, Diario de Política Europea Pública, 9: 6, 873-893.).

HERNÁNDEZ ARROYO, Federico La independencia de las agencias reguladoras en México. Gestión y Política Pública, 2007, vol. 16, No 1.

¹¹⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-246 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas.

La prestación del servicio de las telecomunicaciones y la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones son servicios públicos, que se prestan bajo la titularidad del Estado, conforme a la habilitación de manera general que contempló la Ley 1341 de 2009.

Las funciones de la CRT, según la Ley 142 de 1994, correspondían al Presidente de la República, quien tenía la facultad de ejercerlas y de delegarlas en el Ente Regulador¹¹⁰². Específicamente, su facultad para resolver los conflictos entre operadores de telecomunicaciones, relacionados con las diferencias que surgen entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres entre ellas, se otorgó como una función especial dentro de las funciones y facultades generales de la Comisión de promover la competencia entre quienes prestan servicios públicos y la ligó a la petición de cualquiera de las partes.

Sumado a lo anterior, esta norma consagró como función especial y específica de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, resolver los conflictos entre operadores para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio. En detalle, esta facultad garantiza un mayor espectro para la intervención de la Comisión en el sector, ante

¹¹⁰² Según el artículo 68 de la Ley 142 de 1994. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, según Sentencia C-272 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. inciso segundo. *Artículo 68. Delegación de funciones presidenciales a las Comisiones. El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta Ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta Ley. Las normas de esta Ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones. “Las normas de esta ley que se refieren a las Comisiones de Regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que allí se atribuye” a las comisiones” Declarada exequible.*

controversias que atadas o no a contratos, afectan la eficiencia en la prestación de servicio y la libre competencia¹¹⁰³.

Actualmente, la Ley 1341 de 2009 corresponde a la norma que consagró a aquel organismo, que venía de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, que creció en competencias y facultades, y que cabe también indicar, hoy como regulador del sector de TIC, hace también parte del sector postal y del sector audiovisual¹¹⁰⁴.

Conclusiones en cuanto a las Funciones de la Comisión

Son variados los aportes doctrinarios sobre la función de dirimir controversias por parte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, autoridad que actualmente se ubica en el Poder Ejecutivo.

¹¹⁰³ González Cossio sobre los contratos incompletos y las disputas: (...) entre más “incompleto” sea el contrato, más margen de maniobra para la conducta estratégica; y más importante será, pues de ella dependerá quien gane el juego. (...). Las virtudes del arbitraje lo han hecho exitoso en áreas diversas¹¹⁰³, incluyendo controversias contractuales. Y Han sido las mismas las que lo convierten en un instrumento frecuentemente socorrido para contratos incompletos. Resaltan la especialidad y eficiencia. Los contratos incompletos donde más utilidad ofrece el arbitraje son aquellos complejos y cuantiosos. En estas áreas el valor agregado que ofrece el arbitraje es que permite que un experto neutral le dedique el tiempo necesario a resolver en forma adecuada¹¹⁰³ una disputa.

Sobre el tiempo el autor destaca lo limitado y el poco que destinara el juzgador para resolver el caso. Y sobre la forma adecuada de resolver afirma que el arbitraje se adecua a las necesidades, según sea el caso, con gran rapidez y en otras, sin importar el tiempo, lo clave será el contenido.

El citado autor considera: *Después de todo, la experiencia enseña que ligarse contractualmente con una parte jurídicamente estrangulada tarde o temprano impacta a ambos. Sea mora, incumplimiento, rescisión, litigio, etcétera, la relación no se sigue tranquilamente. Ello genera costos transaccionales que nunca son totalmente sufragados por sólo una de las partes. (...). Existe coincidencia de objetivos entre nuestra disciplina y la ciencia económica. Uno de ellos es la consecución de justicia: dar a cada quien lo que le corresponde. Hay muchas maneras de aplicar el postulado anterior. Uno que brinda lecciones normativas es la eficiencia¹¹⁰³. Y dentro de dicha generalización, el problema de los contratos incompletos juega un papel importante – además de interesante.* GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. Contratos Incompletos y Solución de Controversias. En: Revista del Club Español del Arbitraje, No. 7, 2010. Págs. 59-66.

¹¹⁰⁴ Ley 1507 de 2012 sobre distribución de competencias en materia de televisión. Ley 1753 de 2015 del Plan Nacional de desarrollo que le otorgó nuevas competencias a la CRC. Ley 1369 de 2009 del sector postal.

Entre otras, la CRC cuenta con múltiples las funciones, como son, la expedición de regulación de carácter general y particular, la definición de reglas de comportamiento diferencial según la posición de los PRST, la regulación de los aspectos técnicos y económicos de la obligación de interconexión, la solución de controversias, actuar como instancia de apelación contra actos de cualquier autoridad relacionados con construcción, instalación u operación de redes de telecomunicaciones, la imposición de servidumbres, la fijación de condiciones de acceso, uso e interconexión, la regulación de precios de los servicios de telecomunicaciones y la administración de recursos de identificación como la numeración.

En resumen, estamos frente a una autoridad en crecimiento, con funciones nuevas, cuyo origen tiene como antecedente el derecho anglosajón, de naturaleza administrativa, cuya función de dirimir controversias y normativa, tienen gran semejanza a la función jurisdiccional y a la legislativa, al servicio de nuevas relaciones y nuevos actores, en un escenario de libre competencia y mercado, especializada por su componente técnico, con contenido discrecional, orientada y limitada por el cumplimiento de intereses superiores.

Por la especialidad del tema es muy posible que el Regulador se encuentre ante un vacío normativo, que deba suplir creando una regla o expidiendo una medida, después de aplicar la normatividad de carácter general¹¹⁰⁵.

¹¹⁰⁵ En cuanto aspectos que la norma no prevé y que el regulador como un cuasi legislador asume, se trae a colación a Jiménez-Blanco quien cita a K. Larenz sobre el “el desarrollo judicial del derecho”, y los vacíos legales. Al respecto manifiesta K. Larenz: *“Si bien la interpretación de la ley constituye la tarea inmediata de una jurisprudencia encaminada a la praxis jurídica, sin embargo la Jurisprudencia nunca se ha agotado ahí. Siempre ha reconocido que, incluso una ley muy cuidadosamente pensada, no puede contener una solución para cada caso necesitado de regulación, que sea atribuible al ámbito de regulación de la ley; con otras palabras, que toda ley inevitablemente, tiene “lagunas”. Así mismo se ha reconocido desde hace tiempo la competencia de los tribunales para colmar las lagunas legales”.* (Cita: *Metodología de la ciencia del derecho, traducción española de la a edición alemana, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 359*). JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio. Servicio Público, Interés General, Monopolio: Recientes Aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad

La función de solución de controversias es una función principal del Ente Regulador en cuanto a los conflictos de la interconexión como presupuesto para la competencia. No obstante, puede considerarse subsidiaria también, en la medida en que las normas nacionales y las normas andinas prevén la prevalencia del acuerdo de las partes y la posibilidad de solucionar sus conflictos directamente, sin perjuicio de la posibilidad permanente del Ente Regulador de actuar de oficio y de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, de activar su competencia a petición de parte.

Dada la especialidad del sector y de los conflictos que se presentan en razón de las diferentes relaciones existentes entre los PRST, el Ente Regulador tiene la capacidad, aunque no sea reconocida por algunos ni aun por la misma entidad, de resolver los conflictos contractuales o no contractuales que dentro de la actividad del servicio público tengan inmerso el interés general y estén guiados por normas de orden público.

Algunos denominan la competencia del regulador como una función primaria en particular para aquellos conflictos relacionados con asuntos de contenido técnico y especializado, y como competencia prevalente o preferente en caso que haya duda sobre la naturaleza del conflicto.

Esa relación triangular donde confluyen diferentes intereses y se presentan múltiples diferencias, trae consigo la necesidad de armonizar los intereses privados con los fines superiores dados por la categoría del servicio público.

Europea (1993-1994). En: Revista Española de Derecho Administrativo No 84, Octubre - Diciembre 1994. Págs. 589- 602.

En este evento, corresponde a solucionar un conflicto haciendo énfasis en la promoción y en la garantía de libre y leal competencia, pero especialmente en la protección de los derechos de los usuarios.

En cuanto a la decisión proferida por el Regulador, esta es de naturaleza administrativa y bien podría seguir siéndolo sin limitar su competencia solo a los aspectos regulatorios de la interconexión, pues finalmente, los diferentes tópicos relacionados con esta materia tienen componentes regulatorios y económicos, sean de naturaleza contractual o no¹¹⁰⁶. Ahora bien, esta decisión podría ser de carácter jurisdiccional, para así brindar mayor garantía como la seguridad que brinda el carácter de cosa juzgada y ofrecer certeza a las partes, y en general al sector en cuanto al conocimiento de este organismo técnico, autónomo¹¹⁰⁷ e independiente preparado para regular el mercado de redes y servicios, cuyo principal objetivo es proteger el interés general y velar por el

¹¹⁰⁶ González-Varas sobre la función de regular y el régimen de mercado: *La regulación es otro concepto, también coherentes con este nuevo sistema de mercado que, en vez de una función de gestionar, pretende para la Administración, una función de regular. Es inevitable la regulación en el nuevo escenario de mercado público. Esta es coherente con la liberalización de mercados. La otra cara de esta moneda de la liberalización es, del lado público, la regulación. Si se da entrada a nuevos operadores en un determinado sector es a costa de regular, autorizar, inspeccionar, sancionar, etcétera. (...) En conclusión existen dos modelos. Primero es de servicio público, pero en el sentido expuesto. Y el de mercado, basado en los conceptos expuestos (liberalización...) y en las técnicas que lo componen (destacamos “servicio universal”, “interconexión”). Ahora bien, este sistema referido en último lugar no es un simple régimen de mercado. Es un mercado sí. Pero de interés general. El término mercado parece conveniente porque, en efecto, estamos ante mercados, siguiendo el propio tenor literal de las leyes reguladoras de los mismos. Pero sin olvidar los condicionantes públicos, que son infinitos en estos sectores que acaben aglutinando a veces formas y caracteres de ambos modelos ideales que conviene claro conceptualmente.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Claves del Nuevo Derecho Administrativo Económico. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 135, Julio - Septiembre 2007. Págs. 421 – 434.

¹¹⁰⁷ Díaz Capmany se refiere a unas características de las administraciones Locales, que son semejantes a las de la Comisión en cuanto a la capacidad jurídica. Para mayor ilustración: *Qué es, en definitiva, el organismo autónomo local. El organismo autónomo local, a nuestro parecer, aproximadamente y hoy por hoy, es un órgano local sujeto al Derecho administrativo y abierto a la participación ciudadana, sin capacidad jurídica pero con variable capacidad de obrar, constitutivo de un ente separado e independiente en grado diverso de la entidad matriz, con voluntad propia que se forma, manifiesta y actúa a través de sus órganos peculiares.* DÍAZ CAPMANY, Felipe. Los Organismos Autónomos de la Administración Local. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 88, Octubre – Diciembre, 1995. Págs. 509 – 535.

cumplimiento de los fines constitucionales del servicio público, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución¹¹⁰⁸.

Conclusiones en cuanto a los Criterios que debe tener en cuenta el Regulador para dirimir los conflictos

En general, el Regulador deberá velar por la necesidad de mantener la integridad de la red pública de telecomunicaciones, su interfuncionamiento y la interoperabilidad de los servicios, teniendo presente las posiciones de las partes en el mercado¹¹⁰⁹. Así mismo, deberá vigilar que sean trasladados a los

¹¹⁰⁸ El regulador como agente que soluciona controversias entre PRST sería un juez, que administra justicia, como una función específica dentro de su función pública. Las decisiones son independientes, sometidas al imperio de la ley y la regulación y harían tránsito a cosa juzgada. (artículos 228 y 230 de la C.P). Hasta la fecha la Comisión siempre ha manifestado que como autoridad administrativa no tiene competencia para resolver conflictos económicos entre los proveedores de redes y servicios, al considerar que esta tarea corresponde a otras autoridades con funciones de carácter judicial.

¹¹⁰⁹ Sobre la comunicación de las redes entre sí, Cubero Marcos la considera de gran importancia por estar relacionada con elementos que tienen relación directa con la prestación de este servicio público, como la extensión, continuidad, asequibilidad, todos de la esencia de la universalidad del servicio. En detalle afirma: *En un entorno de múltiples redes no puede olvidarse que la interconectividad entre ellas condiciona la extensión del servicio, su calidad y las condiciones económicas de su prestación*¹¹⁰⁹. Por ello, no se entiende la razón por la que se disocian los regímenes jurídicos de una y otra categoría, ya que todos los operadores deben estar preparados para asumir la continuidad y asequibilidad del servicio. Los servicios públicos no deben ceñirse a los servicios, sino que han de abordar todos los problemas que se suscitan en las infraestructuras e interconexiones promovidas por todos los operadores. No advertir que las comunicaciones en libre competencia dependen de muchos agentes supone negar el derecho de los usuarios a elegir libremente al operador con el que se contrata¹¹⁰⁹, sin que por ello vean reducidas las garantías de ejercicio de sus derechos de comunicación y al cumplimiento de las obligaciones de SU (1). (Ver cita (1): G.ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho público. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, 2 edición, Comares, Granada, 2001, pág. 741. Destaca especialmente el *ius communicationis*.)

(...) b) *Controversias planteadas con motivo del ámbito objetivo del Servicio Universal: La primera se desprende de la facultad otorgada a los Estados de garantizar el enfoque más eficaz y adecuado para garantizar la efectividad de los servicios aludidos, tratando de reducir al mínimo las distorsiones del mercado, sobre todo cuando los precios sean divergentes de las prácticas comerciales normales (art. 3.1 Dir. 2002/22) (...). Esta falta de concreción de los límites puede generar desequilibrios en el mercado, al financiarse en exceso por usuarios prestaciones que no emplean y a los competidores sufragar demasiados gastos al fondo (2). (Ver cita (2): A. ARPÓN DE MENDIVIL, "Las obligaciones de servicio...", ob. cit., pág. 437. Puede obligar a usuarios que no emplean la nueva tecnología a financiarla, del mismo modo que puede desanimar a nuevos operadores a entrar en el mercado, dados*

usuarios, las eficiencias y beneficios que se le otorguen al operador¹¹¹⁰. A su turno, el Ministerio de las TIC tiene dentro de sus funciones la tarea de ejercer el control y vigilancia en este caso, y la CRC debe reportar a esta entidad cuando identifique que los proveedores de redes y servicios no cumplen con estas obligaciones de transferencia de beneficios a los usuarios¹¹¹¹.

También su labor debe estar orientada a estudiar la conveniencia de garantizar la igualdad en las condiciones de acceso para todos los operadores, sin llegar a desincentivar a los PRST en su despliegue e inversión, ni afectar los recursos disponibles para satisfacer las peticiones de acceso, uso e interconexión.

Según la temática que se trate el regulador deberá orientar sus decisiones para proteger al usuario, en armonía con las obligaciones o restricciones reglamentarias impuestas a los operadores, por ejemplo, en el caso de un operador con posición significativa en el mercado (PSM), al cual se le impuso una medida asimétrica¹¹¹².

los costes elevados de las nuevas tecnologías. En la misma línea, M. CLARICH, “Dal servizio pubblico al servizio universale”, en AAVV, Telecomunicazioni e servizio universale, S FROVA (acura di), Giuffrè Editore, Milán, 1999, pág. 27.) CUBERO MARCOS, José Ignacio. La Obligación de Interconexión en Relación con el Servicio Universal de Telecomunicaciones. En: Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red - REDETI No 17, Mayo – Agosto, 2003. Págs. 153-183.

¹¹¹⁰Por ejemplo en el caso de la disminución de los cargos de acceso, para la voz saliente móvil. Esta medida regulatoria está orientada a la reducción de los cargos de acceso, entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, quienes deben con criterio de costos eficientes, trasladar a los usuarios en menores precios, o verse reflejado este ahorro en el despliegue de nueva infraestructura que los beneficie. Para este efecto, los operadores tiene la obligación de hacer reportes contables de apropiación.

En el caso que la CRC identifique que algún o algunos de los proveedores no ha dado cumplimiento a las referidas obligaciones de transferencia de beneficios a los usuarios, la CRC informará oportunamente al Ministerio de TIC, para que en su facultad de vigilancia y control, implemente los correctivos que sean del caso.

Sumado a lo anterior, sobre la reducción de tarifas sería positivo para los usuarios conocer los efectos que esta medida tendría en un porcentaje aproximado en la disminución de sus pagos por el uso de este servicio público sea prepago o postpago, y fecha real y periodicidad probable a partir de la cual se haga efectivo este menor valor.

¹¹¹¹ Es tarea de la CRC informar oportunamente al Ministerio de TIC, para que implemente los correctivos en caso de que se incumpla esta norma regulatoria.

¹¹¹² Ob. Cit. Para mayor ilustración, ver Bermúdez Odriozola.

Por otra parte, en cuanto a los servicios, aplicaciones y contenidos, el Regulador deberá analizar la conveniencia de fomentar ofertas innovadoras en el mercado y de entregar a los usuarios una amplia gama de servicios de TIC.

El Regulador deberá trabajar con los PRST en la disponibilidad de alternativas técnica y comercialmente viables para las interconexiones pedidas o que llegasen a solicitarse.

El Regulador deberá hacer énfasis en garantizar la promoción y cumplimiento de la libre y leal competencia, y la protección de los derechos de los usuarios, sin dejar de lado la importancia de mantener el servicio universal como medida de intervención para lograr el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, entre ellos, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida.

Por otra parte, respecto de las controversias en las cuales haya un posible incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, es trascendental que el Ente Regulador solicite a la Autoridad de Competencia su opinión sobre el asunto a tratar, de forma que le permita al Regulador conocer el lineamiento que viene aplicando en materia de libre y leal competencia, para avanzar con criterios acordes, evitar contradicciones y que bien sea ex ante o ex post, se intervenga para proteger al usuario y al mercado.

Conclusiones en cuanto a las temáticas de los conflictos más comunes desde el inicio de la actividad de Comisión

En general, los temas que son objeto de controversias entre los PRST están relacionados con la simetría en la aplicación de los precios de interconexión,

la reutilización de infraestructuras de interconexión, la imposición de condiciones económicas de manera arbitraria, los retrasos en la ampliación de la capacidad de interconexión, los conflictos sobre precios de terminación entre operadores móviles, los conflictos sobre cargos de acceso, y las modalidades de remuneración y escogencia, entre otros.

A continuación se resumen algunos de los descriptores más comunes en cuanto a la solución de controversias entre los operadores: competencia del Regulador para conocer de los conflictos; contrato de acceso, uso e interconexión; servidumbre; modificación del contrato de interconexión; obligación de interconexión; facturación; recaudo; intervención en la fijación de cargos de acceso; cargo de acceso por capacidad, por tiempo, modalidades; derecho de escogencia; dimensionamiento; calidad del servicio; red de telecomunicaciones; interconexión provisional; oposición; solicitud de interconexión; requisitos; Oferta Básica de Interconexión (OBI), modificaciones y efectos; instalaciones esenciales y su remuneración; ubicación; Comité Mixto de Interconexión; garantías; entre otros.

Conclusiones en cuanto a los interrogantes que se mantienen frente a la posición del Tribunal Andino de Justicia

A continuación, se plasman inquietudes que permanecen frente a la posición del TJCA sobre la competencia para resolver conflictos entre los proveedores de redes y servicios, relacionados específicamente con los cargos de acceso.

La competencia de la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones, está dada a resolver las solicitudes de un operador de telecomunicaciones que necesita la interconexión, existiendo violación de las normas de competencia o la trasgresión de los principios de interconexión.

Se mantiene la duda de si para el TJCA, la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones ejerce función jurisdiccional cuando resuelve una controversia sobre la interconexión. Así mismo, se reflexiona acerca de si su pronunciamiento tiene las características de una sentencia similar a la de un juez, aunque en sus pronunciamientos se refiera a su naturaleza de carácter administrativo.

Se pregunta también acerca de si la tarea de delimitar la naturaleza jurídica de la función de la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones para conocer de los conflictos que se presentan entre los proveedores de redes y servicios, es propia de cada país, o si por el contrario, pertenece al resorte competencial del TJCA por medio de la Interpretación Prejudicial.

La facultad de solución de controversias está otorgada a una autoridad reguladora como la Comisión de Regulación de Comunicaciones en Colombia como organismo estatal de naturaleza administrativa. Sin embargo, está latente la posibilidad de tomar postura frente a ella y pensar que podría ser suprimida del inventario de competencias del Regulador, dejando tajantemente al principio de división de poderes hacer lo suyo. El Legislativo, al derogar la función, liberaría al Regulador de esta carga, dejando en manos de la Rama Judicial, como juez natural la administración de justicia dentro de un procedimiento ágil y expedito, que dirima el conflicto, resolviendo de fondo y de manera definitiva, con jueces capacitados, que se sirvan de medios probatorios que le permitan fallar en derecho, sin dejar de lado el interés general y dando la oportunidad a otros actores para hacerse parte en el proceso.

En cuanto a las normas andinas que regulan la materia, valdría la pena que fuesen revisadas por los Países Miembros, la Decisión 462 sobre *Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios*

de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina, y la Resolución 432 sobre Normas Comunes sobre Interconexión, y de ser el caso, que sean modificadas, pues nacieron hace más de 15 años para regular un sector cambiante como lo es el sector de las TIC¹¹¹³.

Específicamente, sobre la facultad exclusiva y excluyente de solución de controversias del Regulador, para efectos de los conflictos que se presenten entre los PRST durante la ejecución de la interconexión, vale la pena preguntarse si se justifica sobrecargarlo con una potestad que, en principio, lo obligaría a resolver sobre cualquier asunto durante la interconexión, independientemente de si tiene o no **trascendencia pública**¹¹¹⁴, teniendo en

¹¹¹³ Aspecto que recientemente fue modificado por la norma andina y sobre el cual se debe estar atento al desarrollo práctico de esta medida.

¹¹¹⁴ Los doctrinantes Escuin y Belando hacen un análisis interesante sobre la función en España a cargo de la CMT, a quien la ley le otorgó expresamente esta potestad que incluye como ya se ha mencionado la posibilidad de dirimir en calidad de administración pública y la función arbitral como un privado, sin que modifique la naturaleza privada de esta función. En este examen quisieron ahondar en los supuestos en los cuales interviene la Comisión diferenciando las dos posibilidades mencionadas, como autoridad y como árbitro. Al actuar como autoridad administrativa se reflexionó si en el caso particular de los conflictos de interconexión, correspondía a un recurso administrativo tradicional o un recurso especial, que denominaron **recurso de interconexión**, y que lo consideran como una nueva categoría de recurso administrativo. En este sentido, los autores denominan al fundamento de esta función de la administración entre privados como **incidencia en el interés público, la relevancia pública, recursos en garantía de interés público o de supervisión**. En particular afirman: *En los recursos administrativos se impugnan actos administrativos frente a al recurso de interconexión cuyo objeto son contratos privados pero con relevancia pública, en la medida en que son el instrumento para garantizar la libre competencia en este mercado. Por tanto contratos privados, sí, pero con trascendencia pública.*

A continuación se propone un cuadro para mayor ilustración en el cual se incluyen las consideraciones de estos doctrinantes sobre las diferencias entre el recurso tradicional y el recurso de interconexión:

Recursos tradicionales	El recurso ante la CMT en materia de interconexión
<i>1. Su establecimiento no necesita regulación legal expresa, bastando la regulación general contenida en la Ley 30 de 1992</i>	<i>1. Atribución expresa en la LGTel</i>
<i>2. Se resuelven por la Administración autora del acto o titular de la competencia ejercida.</i>	<i>2. Se resuelven por la Administración reguladora del mercado o por la encargada de su aplicación (CMT):</i>
<i>3. Su presupuesto lo constituye la existencia de un acto administrativo previo contra el que se interpone (lo que se distingue de otra figuras)</i>	<i>3. El objeto no es un acto administrativo previo, sino un conflicto entre particulares sobre cuestiones de interés público.</i>

cuenta además de que este órgano cuenta cada día con más funciones y responsabilidades¹¹¹⁵, en un sector TIC que es transversal a la actividad

4. Pretende la anulación o reforma del acto administrativo.	4. Finalidad: velar por el interés público (libre competencia).
5. En la actualidad, ha perdido, en gran medida, su anterior carácter de constituir un requisito previo al acceso a la vía jurisdiccional, ya que sólo se mantiene como necesaria la interposición del recurso de alzada.	5. Carácter previo a la jurisdicción contenciosa.
6. Se inicia a instancia de parte.	6. Se inicia a instancia de parte.
7. Se sustenta a través de un procedimiento sujeto al Derecho Administrativo.	7. Se sustenta a través de un procedimiento sujeto al Derecho Administrativo.
8. Se resuelve a través de un acto administrativo.	8. Se resuelve a través de un acto Administrativo
9. En todo caso, la resolución de un recurso administrativo es impugnabile ante la Jurisdicción Contencioso administrativa	9. De sus resoluciones conoce ,la Jurisdicción contencioso administrativa

Partiendo de las indudables semejanzas de ambas figuras y de la finalidad pública que persigue el recurso de interconexión, podría afirmarse que estamos ante una nueva categoría de recursos administrativos, que cabría calificar de recursos en garantía de interés público o de supervisión. En ellos pretende salvaguardar el interés público a través de la intervención del órgano supervisor del mercado. No creemos que se trate, como ha argumentado algún autor, de un arbitraje especial, o de una “actividad administrativa arbitral” (1). La admisión de esta hipótesis determinaría la inexistencia de diferencia alguna entre las dos vías impugnatorias que establece la LGTel, lo que contradice las normas más elementales de la lógica. Carecería de sentido la dualidad de potestades, y por supuesto el establecimiento de procedimientos distintos sujetos a ramas del Derecho diversas y a jurisdicciones distintas. Por el contrario, dicha dualidad de mecanismos legales de resolución de recursos se basa en que la cuestión a resolver tenga o no una trascendencia pública.(...). El recurso de interconexión tiene por objeto una controversia entre particulares, su “administrativización” tiene como único fundamento su incidencia en el interés público. Es por ello que el recurso de interconexión, como por otra parte el resto de los previstos en los mercados liberalizados, se encuentra a medio camino entre un arbitraje privado y un recurso administrativo aunque dada la similitud en su régimen jurídico y especialmente en la finalidad pública que protegen podemos considerarlos como una nueva categoría de recursos administrativos (2). (Ver cita (1): HUERGO LORA, A. *La resolución extrajudicial...*, op. Cit., pg. 266; MENDOZA LOSANA, A.I., “Competencias civiles y administrativas...” op. Cit., pg. 124). (Ver cita (2): A favor de su consideración como una nueva categoría de recursos administrativos podemos recordar que aunque los recursos administrativos son expresión de autotutela administrativa, su admisión constitucional se funda entre otros principios en el principio de eficacia conectado con la defensa del interés público. Curiosamente es este mismo principio el que ampara esta potestad administrativa.)

ESCUIN PALOP, Vicente y BELANDO GARÍN, Beatriz. La Resolución de Conflictos de Interconexión de Redes por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ¿un nuevo recurso administrativo? En: Revista Española de Derecho Administrativo - 141, Enero – Marzo, 2009. Págs. 63-87.

¹¹¹⁵ La Comisión tiene deberes como regulador de un mercado cuyas obligaciones podrían ir más allá de las obligaciones de medio. En este sentido, Pérez sobre la creación de una nueva modalidad de organismos públicos como las Agencias Estatales afirma que *se intenta reforzar los mecanismos de control de eficacia y promover una cultura de responsabilización por resultados*. PÉREZ GÁLVEZ,

económica y social¹¹¹⁶, que está sujeto a los constantes cambios tecnológicos, en un mercado de libre competencia¹¹¹⁷.

Para terminar, se suman las decisiones del Consejo de Estado acogiendo y reafirmando la posición del TJCA, sobre los recursos de anulación contra dos laudos recientes, en la cuales remite a la Comisión de Regulación de Comunicaciones el expediente para que **dentro del ámbito de sus competencias** decida el conflicto suscitado entre los PRST¹¹¹⁸.

En esta línea se podría afirmar que el concepto de juez se extiende a la Comisión, y que en este sentido, deberá ser un agente consultante de la norma andina por medio de la Interpretación Prejudicial por varios motivos¹¹¹⁹. Por una parte: por consultar la norma andina al decidir conflictos entre los

Juan Francisco. Análisis de la Ley de Agencias Estatales: Aspectos Doctrinales Básicos. Foro de Seguridad Social No 21, Abril 2009. Págs.16 – 37.

Por otra parte, sobre las agencias estatales otro autor, Navarro destaca: Las distancias marcadas o pretendidas entre las agencias estatales y los organismos públicos existentes al tiempo de su creación son relativas. (...). La simplificación del sistema organizativo español al intentar convertir las agencias estatales en el ente instrumental del Derecho público del futuro (1) , pero quedando a la postre reducidas a una tercera categoría de organismo público que convive en la galaxia de organismos públicos con aquel al que debía sustituir(...). Principio instrumentalidad respecto de los fines y objetivos que tengan asignados, según se desprende de los artículos 43 y 44 de la LOFAGE. (Nota: LOFAGE, corresponde a la Ley 6 de 1997, del 14 de abril, sobre la Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de España. El artículo 44 sobre la Aplicación de las disposiciones generales de esta Ley a los Organismos públicos). (Ver cita (1): En palabras de Boto Álvarez, A., “Las agencias estatales como nuevo modelo organizativo general”, en Actualidad Jurídica, núm. 726, 2007, p.8). NAVARRO CABALLERO, Teresa María. Las Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos. Un Nuevo Modelo en la Organización Administrativa Española. En: Foro de Seguridad Social No 21, Abril de 2009. Págs. 38 – 45.

¹¹¹⁶ CEPAL. La Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe. El Desarrollo de las Tecnologías y Las Tecnologías para el Desarrollo. 2009. Disponible en: <http://www.cepal.org/es/temas/tecnologias-de-la-informacion-y-las-comunicaciones-tic>

¹¹¹⁷ La Comisión actúa dentro unos ejes estratégicos relacionados con el bienestar de los usuarios, la calidad de los servicios, la competitividad y desarrollo y la innovación.

¹¹¹⁸ Sentencias ya citadas: Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A del 23 de septiembre de 2015. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación: 11001032600020150001800. Impugnante: COMCEL, y Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A del 2 de diciembre de 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón. Radicación: 110010326000201500030-00(53.182). Impugnante: ETB.

¹¹¹⁹ 121-IP-2014. Ya citada.

PRST, por aplicarla de manera uniforme, para evitar pronunciamientos divergentes aun con el TJCA, con el fin de permitir su aplicación adecuada en caso de que el acto no sea impugnado, y finalmente, para que se emitan decisiones firmes.

El TJCA consideró en esta IP varios aspectos que se consideran relevantes y se traen a colación en esta investigación. En particular, consideró que la naturaleza del acto está dado más por la esencia del mismo que por el emisor, y esta debe tener en cuenta más que el “*criterio orgánico, formal o subjetivo*”, el criterio “*funcional, material u objetivo*”. La aplicación uniforme de la norma andina debe regir no solo para la decisiones de los jueces sino de “actos de otras autoridades que la aplican en los hechos.” Al aplicar criterios más objetivos afirma el Tribunal Andino que se amplía la noción de juez nacional¹¹²⁰.

El Tribunal Andino anticipándose a las solicitudes de IP, que puedan llegar de parte de autoridades administrativas, elaboró una lista de aspectos a tener en cuenta antes de proceder a atender las respectivas consultas, relacionadas con la creación legal del órgano, su permanencia, la obligatoriedad de sus competencias, la obligación de aplicar normas andinas, la obligación de atender los principios de debido proceso, contradicción, e imparcialidad¹¹²¹.

¹¹²⁰ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. Ob. Cit. Pág. 37. La función de dirimir controversias por parte de una autoridad administrativa, suma quehaceres que en un nivel macro estarían en cabeza de autoridades que se ubican en las diferentes ramas del poder público.

¹¹²¹ Proceso 121-IP-2014. Interpretación prejudicial ya citada. Para mayor ilustración: *En ese orden de ideas, en la primera oportunidad en la que un órgano o entidad administrativa una consulta con el propósito de obtener la interpretación prejudicial, ésta deberá acreditar que: 1). Se ha constituido por mandato legal: En el caso de solicitudes provenientes de autoridades o entidades administrativas, éstas deberán acreditar, particularmente, que han sido creadas por una norma con fuerza de Ley; además de que sus funciones, así como sus respectivas competencias se encuentren debidamente reconocidas en un instrumento legal; 2). Se trata de un órgano permanente: Las autoridades o entidades administrativas deberán acreditar que tienen naturaleza permanente; 3). El carácter obligatorio de sus competencias: Las autoridades o entidades administrativas deberán acreditar el carácter obligatorio de sus competencias. Es decir, que se trate de órganos a los cuales los destinatarios de las normas andinas deben acudir con la finalidad de que se reconozcan y garanticen los derechos subjetivos*

Por último, desde un comienzo existía la tesis de modificar el mandato de la Resolución 432 de la CAN, y que requería una revisión y modificación en el sentido de reconocer la autoridad prevalente del Regulador, pero también concurrente del juez ordinario, según sea el caso¹¹²². Aspecto que se dio en la etapa de finalización de esta investigación, y que por considerarse de gran importancia en el tema central de la Tesis se transcribe a continuación y que desde ya deja puerta abiertas para continuar indagando, e investigando sobre el panorama actual y los efectos hacia el futuro. Solo por mencionar el caso de los múltiples expedientes que fueron remitidos a la Comisión de Regulación de Comunicaciones por el Consejo de Estado para resolver controversias que bajo la normativa anterior y según lineamientos de las Interpretaciones Prejudiciales no podían ser de conocimiento sino exclusivamente de la CRC, quien se resistía a decidir.

Por este motivo, es necesario resaltar que en el cierre de esta investigación, se profirió un cambio normativo de una de las principales normas andinas analizada en este documento, cuyo principal aspecto sobre la competencia para dirimir controversia durante la ejecución de la interconexión contemplaba un límite en cuanto a quien debía resolver estas diferencias, otorgándole la competencia a la autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión.

previstos en la normativa andina; 4). El deber de aplicar normas comunitarias andinas en el ejercicio de sus competencias; 5). El carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo y el respeto al debido proceso: A los fines de la interpretación prejudicial, se considerará legitimada a la autoridad o entidad administrativa con competencia para sustanciar un procedimiento en el que se asegure el contradictorio y se garantice el debido proceso, y en el que se emitan actos motivados con exposición de los fundamentos de hecho y de derecho que justifican su decisión; 6). La imparcialidad de sus actos: Por último, el Tribunal debe verificar que la normativa interna garantice la imparcialidad de la actuación de las autoridades o entidades administrativas al momento de aplicar la normativa comunitaria andina.

¹¹²² Por ejemplo cuando se trata de un pretensión de incumplimiento de una cláusula contractual y el reconocimiento y pago de perjuicios únicamente.

Este aspecto en particular dentro del panorama general de la función del regulador colombiano, ha venido generando gran incertidumbre e incremento la inseguridad de una respuesta de la Administración, puntualmente de la CRC, por ser un organismo que ha sido y sigue siendo una autoridad de naturaleza administrativa, que resuelve controversias pero que su naturaleza no le da una facultad amplia que le permita conocer y definir todos los aspectos, pretensiones y en general incumplimientos que se lleguen a dar entre las partes.

La tesis de modificar la norma andina fue planteada por uno de los sujetos entrevistados, quien manifestaba que debería suprimirse ese aparte en el cual se delimitó la competencia para resolver la controversia solo a la autoridad de Telecomunicaciones.

Esta postura de alguna manera se concreta hoy cuando nos encontramos con una resolución de la Secretaría General de la Comunidad Andina, que luego de una etapa de discusiones a raíz de la problemática planteada y la dificultad que traía esta disposición, deciden más que eliminarla modificarla, en aras de abrir la posibilidad para que las partes implicadas puedan acudir a la autoridad facultada según cada país miembro para que les diriman sus controversias.

Este cambio normativo fue producto de la reunión que se llevó a cabo entre las autoridades de los países miembros, en el Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones denominado CAATEL, que sometió a consideración de la Secretaría General la solicitud de actualización normativa, petición que tuvo opinión favorable de los reguladores de telecomunicaciones de los países miembros.

Este cambio normativo andino, sustituyó los artículos 18, 20, 25, y 32 de la Resolución 432 de la CAN, por medio de la Resolución 1922 de la CAN, que se transcriben en paralelo para mayor ilustración:

RESOLUCIÓN 432 DE 2000 - CAN ¹¹²³	RESOLUCIÓN 1922 DE 2017- CAN (MODIFICATORIA DE LA RESOLUCIÓN 432)
<p>Artículo 18: <u>Los cargos de interconexión deberán estar orientados a costos, complementados con un margen razonable de utilidad más una cuota de costos comunes o compartidos inherente a la interconexión</u> y suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio.</p> <p><u>Se entenderá por costos comunes o compartidos aquellos que corresponden a instalaciones y equipos o prestaciones compartidos por varios servicios.</u></p>	<p>Artículo 18: Los cargos de interconexión deberán estar suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componente o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio.</p>
<p>Artículo 20: La interconexión deberá ser <u>económicamente eficiente y sostenible, atendiendo a cargos de interconexión orientados a costos que preserven la calidad a costos eficientes.</u></p>	<p>Artículo 20: Los cargos de interconexión deberán estar orientados a costos.</p>
<p>Artículo 25: En una comunicación que involucra redes interconectadas de dos operadores de redes públicas de telecomunicaciones, el operador que factura la comunicación, bien sea que se cargue en origen o destino, descontará en la liquidación de cuentas lo correspondiente a sus cargos de interconexión por el establecimiento y desarrollo de la comunicación.</p>	<p>Artículo 25: En una comunicación que involucra redes interconectadas de dos operadores de redes públicas de telecomunicaciones, el operador que factura la comunicación, bien sea que se cargue en origen o destino, descontará en la liquidación de cuentas lo correspondiente a los cargos de interconexión por el establecimiento y desarrollo de la comunicación, cuando ello sea procedente de acuerdo a la legislación interna del País Miembro.</p>
<p>Artículo 32: Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes. En el caso que éstas no logren un entendimiento que ponga fin a la controversia, la misma deberá ser sometida a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, por cualquiera de las partes. La Autoridad de Telecomunicaciones</p>	<p>Artículo 32: Conforme a lo previsto en el literal f) del artículo 17 y sin perjuicio de lo previsto en el ordenamiento jurídico comunitario andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes. Si dichas partes no logran un entendimiento que ponga fin a la controversia, cualquiera de ellas podrá solicitar a la autoridad del País Miembro en donde se realiza la interconexión que se</p>

¹¹²³ Se subrayan los apartes eliminados de la Resolución 432. Se resalta con negrilla el aparte nuevo.

competente deberá decidir dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la recepción de la consulta.	encuentre facultada al efecto por su legislación interna, que la resuelva conforme a los plazos y procedimientos dispuestos en dicha legislación. En cualquier caso, la decisión que adopte la señalada autoridad deberá ser conforme con el ordenamiento jurídico comunitario andino.
--	---

Cuadro de elaboración propia.

El cambio de la norma plasmado en cuatro artículos puede estar dado por una parte, por el querer ser coherentes en cuanto a la postura del TJCA sobre el costo de los cargos de interconexión cuya tendencia es cero, y sobre los cuales esta autoridad ha manifestado que llevan implícito una función social ajeno a un fin lucrativo dentro del concepto de la interconexión. En cuanto a los costos comunes de elementos compartidos, es un aspecto que lo elimina posiblemente al estar dentro de las facultades generales de un regulador para definirlo, también al estar previsto como parte de una oferta básica de interconexión, y por otra parte, de no tratarse de una instalación esencial, el conflicto que llegase a presentarse, pueda ser resuelto por un tribunal arbitral o un juez ordinario dentro del curso normal de las relaciones entre las partes. Por último sobre la posibilidad de que los operadores cursen tráfico y crucen cuentas, esta norma andina, deja espacio para que según cada País, si lo tiene previsto en su regulación se permita que las partes puedan pagar sus cargos de interconexión, evitando posiblemente desgaste administrativo.

En general, se puede afirmar que en principio este cambio normativo, traerá efectos alrededor de la competencia para conocer de las controversias entre los operadores de telecomunicaciones, que a priori no necesariamente será la solución a la problemática planteada, pues al respecto será necesario que bajo esta nueva premisa, se determinen los posible efectos y escenarios en los cuales los actores del sector se puedan ver envueltos.

A continuación se dejan plasmados aspectos a tener en cuenta, unos reiterados en otros apartes y otros relacionados con los posibles cambios que se puedan generar, y temas a considerar:

- 1) El mandato andino como estaba inicialmente trajo como consecuencia dejar sin competencia a la Justicia Arbitral.
- 2) Las interpretaciones del TJCA acarrearón que múltiples conflictos llegaran a manos del regulador para su definición.
- 3) Esta postura del TJCA generó inseguridad para el regulador, para los operadores, para los Árbitros y en general para el sector.
- 4) Al regulador se le entregó una misión que no podía asumir teniendo en cuenta sus facultades legales limitadas a un organismo de naturaleza administrativa.
- 5) Un interrogante a partir de la nueva norma puede darse, frente a la temática que llegue posiblemente a un tribunal arbitral y sobre la cual no pueda resolver por no poder pronunciarse sobre actos administrativos.
- 6) Cuáles serán los parámetros para que además del interés privado entre partes, se proteja intereses de contenido superior de carácter general.
- 7) Como están planteadas las cosas estaríamos frente a una competencia concurrente entre árbitros, jueces, y el regulador. Como se armonizarían estas facultades, en pro de un mercado competitivo y de la protección de los usuarios. Será importante la relación que se puede dar entre jueces y autoridad reguladora en caso de llegar a conocer de conflictos que no pueda resolver por su especialidad, o por un gran interés general de por medio, o por ausencia de norma.
- 8) Frente a un Regulador que continua con facultades de naturaleza administrativa y que sea quien resuelva un conflicto entre partes, cuál sería el criterio para no prolongar en el tiempo, la resolución de una diferencia que fue resuelta por un acto administrativo, que luego fue

demandado y que al final en la Jurisdicción Contenciosa declaran nulo, y respecto del cual las partes quedan ubicados en una etapa inicial para de nuevo desgastarse para dirimir sus diferencias.

Finalizando esta investigación, estamos antes a un cambio normativo reciente, que incide directamente en la materia de estudio, y sobre el cual se considera pertinente mantener la tesis de considerar necesario otorgar facultades jurisdiccionales a la Comisión de Regulación de las Comunicaciones, por su tecnicidad, especialidad, buena imagen y confianza de los regulados, bajo los elementos propuestos en la Cuarta Parte de la investigación en cuanto a la finalidad, la organización y la función, y considerando la posibilidad de la concurrencia con otras autoridades como la Justicia Arbitral, y los Jueces de la Justicia Ordinaria, que le permitiría a los proveedores de redes y servicios de comunicaciones y a otros actores del sector, acudir a este organismo para que les resuelvan sus diferencias, no como su única opción, pero sí bajo la premisa de una autoridad especializada, que de manera expedita, oportuna, con el respeto del debido proceso, le resuelva con carácter definitivo sus conflictos.

En este punto Gonzalez, manifiesta que la función que fue encomendada a la CRC de dirimir controversias, se debe llevar a cabo en condiciones de concurrencia con las competencias de un juez ordinario o del tribunal de Arbitramento, pero no de manera superpuesta sino complementaria; pues al respecto afirma que el aparte consagrado en el artículo 32 de la Resolución 432, y la postura del Tribunal Andino que particularmente denomina como “interpretación omnicompreensiva” parece que fue más allá de la finalidad que tuvo la norma andina.

Esta tesis de Gonzalez aunque amplía frente a la posición que ha traído el TJCA, en las interpretaciones recientes, se considera que aunque está en la misma línea de la Sentencia C-186 de 2011, puede dejar espacios por establecer por parte del que tenga el rol de juzgador, pues de nuevo se trae a

colación como característica particular, la especialidad de las materias sobre las cuales se discute y los intereses superiores que están en juego¹¹²⁴.

Por lo tanto, se reitera la necesidad de un regulador especializado, empoderado y dotado de la función que le va a permitir conocer el asunto e intereses en disputa, y resolverlos de manera pronta y definitiva, cuya competencia a prevención¹¹²⁵ no excluiría la competencia otorgada a otras autoridades judiciales¹¹²⁶.

En este sentido, se deberá exigir al regulador el cumplimiento de los principios y garantías procesales que se exigen en todos los procesos, pues aunque Gonzalez en la línea de un regulador con competencias administrativas que concurren con los jueces, menciona la necesidad, pero al mismo tiempo el grado de incertidumbre o indeterminación respecto a la procedencia de aplicar estos principios a las actuaciones administrativas de los procesos judiciales, la entrega de función jurisdiccional al regulador trae consigo de literalmente y sin lugar a dudas el observar y cumplir las garantías básicas de la ley procesal colombiana, como el acceso a la administración de justicia, proceso oral por audiencias, igualdad de las partes, concentración, intermediación, legalidad, iniciación e impulso de los procesos, instancias, gratuidad, interpretación de

¹¹²⁴ GONZALEZ LÓPEZ, Edgar. La Función de Solución de Conflictos Atribuida a las Autoridades Administrativas especializadas en el sector de las Telecomunicaciones. En: Los Retos del Estado y La Administración en el Siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. Págs. 1550 – 1553.

¹¹²⁵ Artículo 24 del Código General del Proceso (CGP) sobre “Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas”. Como lo afirmó Díaz Lindao “debemos recordar que unas de las virtudes del art. 24 del CGP fue el de sistematizar una serie de reglas que actúan como derroteros claros del trámite de los procesos judiciales que pueden adelantar las autoridades administrativas al momento de comportarse como juez”. DIAZ LINDAO, Indira. Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, y la Superintendencia Financiera en materia de Protección Contractual. En: Precongreso de Derecho Procesal, Capítulo Guajira. Riohacha, 24 y 25 de agosto de 2017.

¹¹²⁶ Se puede tomar de la postura de Gonzalez, sobre la concurrencia y complementariedad, y no la superposición de la CRC con la justicia ordinaria y la arbitral, aquellos aspectos que menciona como “garantías conexas a los derechos fundamentales de las partes en conflicto, pues solo con ellos se imparte debida justicia en la vía administrativa”. Agrega este autor: “Resultar irrefutable garantizar el debido proceso en este tipo de actuaciones administrativas, incluido el derecho de contradicción y de defensa, y las demás garantía que permitan al regulador acercarse a la verdad sustancial y no formal del conflicto para decidir el otorgamiento del derecho”.

las normas procesales, vacíos y deficiencias del código, observancia de normas procesales y el debido proceso¹¹²⁷.

¹¹²⁷ Se trata de los artículos del 1 al 14 del Código General del Proceso. Para mayor ilustración, se transcriben, no sin antes resaltar que se constituyen en principios indispensables a tener en cuenta para todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y en especial se resalta para una autoridad administrativa que ejerza función jurisdiccional, como lo sería la CRC. En particular: **ARTÍCULO 1o. OBJETO.** *Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes.* **ARTÍCULO 2o. ACCESO A LA JUSTICIA.** *Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado.* **ARTÍCULO 3o. PROCESO ORAL Y POR AUDIENCIAS.** *Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva.* **ARTÍCULO 4o. IGUALDAD DE LAS PARTES.** *El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes.* **ARTÍCULO 5o. CONCENTRACIÓN.** *El juez deberá programar las audiencias y diligencias de manera que el objeto de cada una de ellas se cumpla sin solución de continuidad. No podrá aplazar una audiencia o diligencia, ni suspenderla, salvo por las razones que expresamente autoriza este código.* **ARTÍCULO 6o. INMEDIACIÓN.** *El juez deberá practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que le correspondan. Solo podrá comisionar para la realización de actos procesales cuando expresamente este código se lo autorice. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido respecto de las pruebas extraprocesales, las pruebas trasladadas y demás excepciones previstas en la ley.* **ARTÍCULO 7o. LEGALIDAD.** *Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos. El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley.* **ARTÍCULO 8o. INICIACIÓN E IMPULSO DE LOS PROCESOS.** *Los procesos solo podrán iniciarse a petición de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio. Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos si es ocasionada por negligencia suya.* **ARTÍCULO 9o. INSTANCIAS.** *Los procesos tendrán dos instancias a menos que la ley establezca una sola.* **ARTÍCULO 10. GRATUIDAD.** *El servicio de justicia que presta el Estado será gratuito, sin perjuicio del arancel judicial y de las costas procesales.* **ARTÍCULO 11. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES.** *Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.* **ARTÍCULO 12. VACÍOS Y DEFICIENCIAS DEL CÓDIGO.** *Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial.* **ARTÍCULO 13. OBSERVANCIA DE NORMAS PROCESALES.** *Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de*

Conclusiones sobre las nuevas funciones de la Comisión

Las funciones de la Comisión están orientadas a promover la libre y leal competencia, a prevenir y corregir las fallas del mercado, a tratar de garantizar condiciones de competencia, a definir el régimen de protección de usuarios y calidad de servicios¹¹²⁸, a definir el régimen de acceso, uso e interconexión de redes, y aspectos técnicos, a asegurar el acceso y uso eficiente de la infraestructura para el desarrollo de las TIC¹¹²⁹. Al respecto, es factible preguntarse si la Comisión cuenta con toda la infraestructura para asumir las nuevas tareas que recientemente se le atribuyeron, como rendir concepto sobre las barreras que puedan presentarse para los operadores para la instalación de infraestructura en las entidades territoriales a nivel nacional, además de resolver el recurso de apelación contra los actos de cualquier autoridad que se refieran a la construcción, instalación u operación de redes.

Así mismo, es el órgano encargado de definir una senda para la banda ancha, con el fin de trazar una ruta de crecimiento, para que crezca el acceso a Internet y se incremente su velocidad y calidad¹¹³⁰. Sumado a lo dicho, la Comisión también tendrá que conocer y decidir a prevención respecto de las actuaciones administrativas de imposición de servidumbres sobre predios para

procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas. ARTÍCULO 14. DEBIDO PROCESO. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones previstas en este código. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso.

¹¹²⁸ Servicio postal, audiovisual y servicios de telecomunicaciones.

¹¹²⁹ Fuente: <https://www.crcom.gov.co/uploads/images/files/Borrador%20AR%202016-2017%2030OCT2015%20publicar.pdf>

¹¹³⁰ Ley 1753 de 2015. Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018

garantizar la prestación de los servicios de telecomunicaciones, a solicitud del PRST¹¹³¹.

Hoy el Estado es regulador y ya no prestacional, en este punto Darnaculleta, considera que las técnicas de intervención empleadas deben ajustarse al nuevo entorno, donde intereses generales han pasado de manos públicas a manos privadas y debe buscarse asegurar el libre mercado, siempre en aras de garantizar los fines sociales y del interés público presente en el mercado¹¹³².

Se genera interés sobre el camino recorrido por los actores del sector, en relación con el objetivo de solucionar diferencias, las cuales se han hecho presentes dentro de un sector con grandes cambios, bajo la sombrilla de las llamadas tecnologías de la información y las comunicaciones.

Las decisiones proferidas por el Ente Regulador, fueron por momentos tímidas y en otros con mayor determinación, que vinieron modificando acuerdos entre partes. Lo dicho, sumado a errores que afectaron la vigencia de estas decisiones sumó ingredientes que finalmente incrementaron la problemática entre los actores de esta actividad o servicio que se presta en red.

¹¹³¹ Ley 1753 de 2015 artículo 47 sobre Servidumbres para garantizar el servicio de comunicación, que adiciona el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009.

¹¹³² Darnaculleta i Gardella, M. Merce. Obra ya citada. a recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana. En: Derecho de la Regulación Económica. Págs. 349-386. La citada autora deja sobre la mesa la importancia de la recomposición de la responsabilidad de los poderes públicos en los nuevos sectores regulados, como sería el de las telecomunicaciones y de las TIC. Sumado a lo anterior, invita a reflexionar sobre las medidas que se deben tomar, para que se materialicen en actuaciones administrativas, que mejoren las técnicas de intervención.

La madeja que se desprendió abarcó las estipulaciones entre las partes para solucionar sus conflictos, la posibilidad de arreglo directo, de acudir al Regulador, a un tribunal arbitral¹¹³³, y en general, a los Jueces de la República. Esta problemática, que desde hace más de dos lustros se viene enredando, cuenta con la participación del Ente Regulador, de los jueces de lo contencioso administrativo, del máximo órgano constitucional y del Tribunal de Justicia Andino.

En suma, nos encontramos con decisiones del Regulador, unas en firme, otras demandadas y anuladas, unas de fondo y otras inhibitorias. Respecto al Consejo de Estado, se observan fallos de nulidad de los actos administrativos que tomaron como fundamento una resolución sobre cargos de acceso de carácter general que fue derogada y que quiso ser revivida, pero que finalmente fue declarada nula. Así mismo, decisiones sobre recursos de anulación interpuestos y en principio que no prosperaron, pero que luego con una decisión del Máximo Tribunal Andino traen como efecto pronunciamientos del Consejo de Estado, que en obediencia del organismo comunitario debió pronunciarse anulando varios laudos arbitrales, y dejando sin efectos algunas de sus propias decisiones, sobre recursos de anulación.

Lo anterior, evidencia un escenario donde los operadores han actuado de diferentes maneras y se han valido de una serie de recursos jurídicos para obtener una decisión favorable, y de este modo, diversas instituciones del país trabajan en torno al mismo tema profiriendo decisiones contradictorias que

¹¹³³ *Ley general que regule, en el futuro, el procedimiento arbitral como las leyes sectoriales deberían prever el arbitraje, inicialmente, para las actividades básicamente convencionales (...), exceptuando de ellas sus aspectos reglados. Ello no quiere decir que, posteriormente, no puedan incorporarse otros supuestos, pero, como dijo el poeta, se hace camino al andar y, por tanto, es preferible iniciar este nuevo reto del Derecho administrativo por las materias que son pacíficamente arbitrales.* TRAYNER, Juan Manuel. El Arbitraje de Derecho Administrativo. En: Revista de Administración Pública – 143. Mayo-Agosto de 1997. Págs. 87-96.

hacen notoria la urgencia del entendimiento armónico de la facultad de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

Conclusiones en cuanto a la relación del Regulador y el Órgano de la Competencia

Un aspecto relevante que merece análisis, es el estudio de la tensión entre regulación ex ante y ex post en la resolución de conflictos de telecomunicaciones¹¹³⁴. Este tema justifica que se haga una descripción y un análisis de cómo se presenta una resistencia entre la regulación preventiva y el control posterior, el cual se vuelca al ámbito del derecho de la competencia.

¹¹³⁴ La tendencia hacia un control ex post y la mínima regulación, ha llevado a promover una dinámica política de competencia. En este sentido Rivera sostiene: *La persistencia de los organismos reguladores y la multiplicación de las agencias de competencia parecen demostrar que más que desregulación se necesita una activa política de promoción de la competencia. Naturalmente, al afirmar eso se abren numerosos problemas, ¿deben persistir los organismos reguladores?, ¿cómo deben coordinarse con las agencias de la competencia?, ¿se debe mantener la regulación de tarifas al público del dominante o deben liberarse dichas tarifas manteniendo sólo la regulación de los cargos acceso? ¿tiene sentido la mantención de la regulación asimétrica? ¿deben establecerse o mantenerse las restricciones a los dominantes en materia de entrada a ciertos segmentos y renunciar en consecuencia a economías de escala y alcance que podrían beneficiar a los consumidores? (...) Nuestro análisis concluye con el duro debate, en marcha, entre quienes reiteran la vigencia de la regulación y critican las modalidades actuales de regulación por incentivos como una nueva versión de la antigua aspiración de remplazar el mecanismo de mercado con la corriente principal, la cual ha incorporado una visión más realista de las potencialidades y limitaciones regulatorias del estado, que da cuenta de la interacción entre regulación y competencia y mira con mayor profundidad los problemas que genera la presencia generalizada de operadores con fuerte poder de mercado y, en consecuencia, asignan crucial importancia a la promoción de la competencia como el camino a la construcción de una economía eficiente y competitiva. Luego de revisar un debate de más de 40 años, no deja de llamar la atención que el viejo tema estado versus mercado reaparezca con una tremenda fuerza. Solo cabe esperar que su desarrollo se realice sobre la base de un conocimiento más profundo de las políticas públicas y las características de los mercados.* RIVERA URRUTIA, Eugenio. Teorías de la regulación en la perspectiva de las políticas públicas Gestión y Política Pública. [en línea] 2004, XIII (II semestre): [Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2013] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13313201>>

Estos conflictos surgidos entre operadores, vislumbran situaciones de discrepancia regulatoria entre la Autoridad Nacional de Regulación y la Autoridad Nacional de Competencia¹¹³⁵.

La regulación complementa las normas de la competencia, al respecto, Montero destaca que las normas de defensa de la competencia actúan como red de seguridad para la regulación. Como ejemplo, la garantía de la universalidad es un aspecto en el cual el Regulador puede establecer unos objetivos concretos y donde la Autoridad de Competencia carece de mecanismos para lograr efectos en las políticas de acceso o servicio universal¹¹³⁶.

Conclusiones en cuanto al Rol presente y futuro de la Comisión en un entorno innovador

Por último, el rol de la Comisión de Regulación en la expedición del nuevo marco regulatorio de redes en convergencia, será de gran importancia para permitir el uso de nuevas tecnologías en pro del usuario con la oferta de nuevos servicios, aplicaciones y contenidos en el sector audiovisual, el cual se encuentra en un momento de transición por los cambios tecnológicos y las nuevas formas de consumo.

¹¹³⁵ Como referente se encuentra el caso de España en cuanto a la reorganización institucional del sector de las telecomunicaciones y otros sectores como gas, electricidad, ferroviario, aeroportuario, postal y audiovisual, al reconfigurar el órgano regulador y el órgano de la competencia en uno solo. El organismo que nació en España a finales del 2013 y agrupó las funciones regulatorias y de competencia, llamado Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), Unieron reguladores sectoriales y los mezclaron con la autoridad de la competencia quien aplica una regulación no sectorial, horizontal y transversal. Para mayor ilustración ver Primera Parte de este trabajo de investigación.

¹¹³⁶ Ejemplo: regulación que permita subvenciones cruzadas para sostener política de servicio universal.

Así mismo, la Comisión deberá armonizar el nuevo marco regulatorio dentro de los ejes que ella se ha propuesto para actuar, como el bienestar de los usuarios, la competitividad y el desarrollo económico, la innovación, la neutralidad tecnológica, la libertad de oferta y la calidad de los servicios¹¹³⁷.

La CRC mediará para facilitar la competencia entre los proveedores de redes y servicios, sus relaciones y la solución de sus conflictos, así como la transición entre las redes tradicionales y las nuevas¹¹³⁸. Lo anterior, teniendo como base a regulación general y particular proferida por este organismo, en especial, sobre la interconexión¹¹³⁹ no solo para los PRST sino entre estos y otros operadores de servicios TIC, como lo son los proveedores de contenidos audiovisuales.

Las relaciones entre los diferentes actores seguirá creciendo en número y en nuevas relaciones, entre los proveedores de redes y servicios, entre proveedores de contenidos y aplicaciones, entre los usuarios presentes y los nuevos usuarios dados por el crecimiento y cobertura, las nuevas

¹¹³⁷ Podríamos decir que la Comisión es un regulador de *tercera generación* en términos del Profesor De la Cuétara, quien en particular afirmó sobre la tarea del regulador de hoy: *Por ello el regulador de tercera generación es muy poco intervencionista. Principios como el de neutralidad tecnológica o el de libertad de oferta le preocupan más que el principio tuitivo de los nuevos entrantes que de alguna forma justifico la regulación asimétrica de la etapa anterior. Por supuesto, las limitaciones propias de la regulación mínima que acaba de pergeñarse seguirán imponiéndose, con la máxima claridad y aplicadas a todos los operadores entrantes y establecidos por igual. (...) No es probable que desaparezca el regulador sectorial, aunque puede variar su ámbito de responsabilidades.(...) En el caso de las telecomunicaciones, habrá que reconocer que, resueltos unos problemas, aparecen otros, como son los correspondientes a la nueva regulación del espectro radioeléctrico y al proceso de convergencia de las telecomunicaciones con la informática y el sector audiovisual. Con ellos, el regulador puede compensar perfectamente la pérdida de actividad que le supondrá la “regulación mínima” aquí preconizada.* DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel. La Tercera Generación de Normas Regulatorias en Telecomunicaciones. En: Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red - REDETI No 25, Enero - Abril 2006. Págs. 1-27.

¹¹³⁸ Redes de nueva generación. NGN por sus siglas en inglés.

¹¹³⁹ LIZCANO ORTIZ, Crithian. Reformas Necesarias de la Regulación de Redes y Servicios con la Ley 1341 de 2009. En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC (Ley 1341 de 2009). Edgar González López. Director. Universidad Externado de Colombia. 2010. Págs. 291-292.

generaciones, y las nuevas formas de consumo dentro de la nueva Economía Digital, cuyos principales componentes son la infraestructura de redes de banda ancha, la industria de aplicaciones TIC y los usuarios finales¹¹⁴⁰.

El principio de neutralidad de red tiene y tendrá gran importancia en este nuevo ecosistema, en el cual las telecomunicaciones y en general las TIC seguirán constituyéndose en elemento importante del nuevo mundo digital¹¹⁴¹¹¹⁴².

¹¹⁴⁰ De acuerdo con el documento de la CEPAL, la Economía Digital está constituida por: “*infraestructura de telecomunicaciones, las industrias TIC (software, hardware y servicios TIC) y la red de actividades económicas y sociales facilitadas por Internet, la computación en la nube y las redes móviles, las sociales y de sensores remotos. (...) la economía digital es un facilitador cuyo desarrollo y despliegue se produce en un ecosistema caracterizado por la creciente y acelerada convergencia entre diversas tecnologías, que se concreta en redes de comunicación (redes y servicios, redes fijas-móviles), equipos de hardware (móviles multimedia 3G y 4G), servicios de procesamiento (computación en la nube) y tecnologías web (Web 2.0). En resumen los tres componentes principales de la economía digital.* COMISION DE REGULACION DE LAS COMUNICACIONES. Hacia una medición de la Economía Digital en Colombia. Documento de Consulta. Agosto de 2016.

¹¹⁴¹ PÉREZ MARTINEZ, Jorge (Coord). Neutralidad de Red: Aportaciones al Debate. Editorial Ariel, Barcelona. 2011. Un aparte del Epílogo: (...) *el concepto de neutralidad de red, y más concretamente, la necesidad y, en su caso, los términos concretos de un modelo de regulación que garantice el carácter abierto de Internet, preservando el acceso libre y no discriminatorio a contenidos, servicios y aplicaciones a través de las redes de acceso de los operadores.*

¹¹⁴² Se resalta que en Colombia está consagrado el principio de Neutralidad en Internet, y se encuentra vigente, de acuerdo con el artículo 56 de la Ley 1450 de 2011, Así: **Artículo 56. Neutralidad En Internet:** *Los prestadores del servicio de Internet: 1. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 1336 de 2006 <sic, 2009>, no podrán bloquear, interferir, discriminar, ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet, para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio lícito a través de Internet. En este sentido, deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de estos. Los prestadores del servicio de Internet podrán hacer ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo, lo cual no se entenderá como discriminación. 2. No podrán limitar el derecho de un usuario a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales y que los mismos no dañen o perjudiquen la red o la calidad del servicio. 3. Ofrecerán a los usuarios servicios de controles parentales para contenidos que atenten contra la ley, dando al usuario información por adelantado de manera clara y precisa respecto del alcance de tales servicios.*

4. Publicarán en un sitio web, toda la información relativa a las características del acceso a Internet ofrecido, su velocidad, calidad del servicio, diferenciando entre las conexiones nacionales e internacionales, así como la naturaleza y garantías del servicio. 5. Implementarán mecanismos para preservar la privacidad de los usuarios, contra virus y la seguridad de la red. 6. Bloquearán el acceso a determinados contenidos, aplicaciones o servicios, sólo a pedido expreso del usuario. Parágrafo. La Comisión de Regulación de Comunicaciones regulará los términos y Condiciones de aplicación de lo establecido en este artículo. La regulación inicial deberá ser expedida dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley.

La innovación será un factor determinante para crear un mayor desarrollo y beneficios para los usuarios. Sin embargo, su efecto positivo deberá estar dado en un marco de equilibrio entre los diferentes agentes, con efectos inmediatos y futuros.

En este sentido, Feasey afirma que el núcleo del debate sobre la neutralidad es respecto de la preocupación regulatoria sobre la distribución de los beneficios económicos o rentas entre los distintos participantes. En particular, *“el núcleo del debate sobre la neutralidad de red es qué forma particular de regulación vendría bien para la creación y flujo de valor en la cadena de suministro de Internet y cómo afectaría a los distintos agentes, incluyéndose los usuarios”*¹¹⁴³.

Será necesario reforzar a la Comisión de Regulación para empoderarla como un órgano experto, competente especializado, eficiente y eficaz, de avanzada que esté preparado para asumir grandes retos, que en una industria dinámica e innovadora están presentes cada día. Un organismo que como lo manifestó De la Cuetara, tenga responsabilidades, dentro del marco de la mínima intervención, y que avance en un proceso de convergencia.

Como se afirmó en el documento sobre Economía Digital de la CRC: *“Es necesario reconocer la importancia de la economía digital para el desarrollo en Colombia y su estrecha relación con la industria objeto de regulación por la Comisión de Regulación de Comunicaciones”*¹¹⁴⁴.

¹¹⁴³ FEASEY, Richard. Llegando al núcleo del debate sobre la Neutralidad de red. *En: Neutralidad de Red: Aportaciones al Debate*. Editorial Ariel, Barcelona. 2011. Págs. 239-240.

¹¹⁴⁴ARIAS PIMIENTO, Germán Darío. *Hacia una Medición de la Economía Digital en Colombia*. Documento de Consulta. Comisión de Regulación de las Comunicaciones. Agosto, 2016. Disponible en <https://www.crcom.gov.co/es/noticia/crc-presenta-propuesta-para-medir-impacto-de-la-economia-digital-en-colombia>

De acuerdo con la CEPAL¹¹⁴⁵, la Economía Digital se define como “*los sectores de industria TIC (telecomunicaciones, hardware, software y servicios TIC) y la red de actividades económicas y sociales facilitadas por Internet.*”

Finalmente, se traen las siguientes notas sobre asuntos de gran importancia del sector, que están sobre la mesa:

- El sector de las TIC como agente dinamizador de la sociedad tiene grandes retos institucionales, tecnológicos frente a los usuarios y frente al mercado.
- Desde ya la convergencia institucional es y será un tema objeto de estudio, frente al cual hay gran expectativa respecto de si el sector sigue con una organización institucional fraccionada o con un regulador convergente que regule, vigile y controle al sector audiovisual y de las telecomunicaciones
- También se cuestiona si sobre la reforma del régimen del servicio público de televisión y la nueva forma de consumo de contenidos audiovisuales digitales, es más conveniente actualizar el régimen actual o ir tras un cambio estructural integrado de las TIC¹¹⁴⁶.
- Frente a los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones y los Proveedores de Contenidos y Aplicaciones cuyos servicios se prestan

¹¹⁴⁵ La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) afirma: *La economía digital es una fuente de aumento de productividad, crecimiento económico y desarrollo sostenible; para aprovechar ese potencial, se requieren instituciones y políticas que aseguren la generación de sinergias entre la difusión de las nuevas tecnologías y el cambio de la estructura productiva hacia sectores más intensivos en digitalización y conocimiento.* Disponible en línea: <http://www.cepal.org/Socinfo>.

¹¹⁴⁶ Al cierre de esta investigación se encuentra un Proyecto de Ley de la Senadora Maria del Rosario Guerra “por la cual se actualiza la política pública y se ajusta la institucionalidad, regulación, vigilancia y control y de protección de usuarios de servicios de televisión en un contexto de convergencia tecnológica”. Esta iniciativa ya es objeto de comentarios en el sector cerrando el año 2017, dentro de la cual se destacan temas relacionados con el cambio de régimen de los operadores de televisión por suscripción al “régimen integrador de provisión de redes y servicios de telecomunicaciones definido por la Ley 1341 de 2009”; se entrega a la ANTV la facultad de otorgar, a solicitud de parte, el Título Habilitante de Servicios de Televisión (THTV), que generará una contraprestación pagadera al Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FNTV), entre otros, que no serán objeto de análisis en esta investigación.

soportados en Internet sobre las redes de los operadores de telecomunicaciones, los temas clave son las contribuciones y la protección de los usuarios en asuntos de gran sensibilidad, por tanto se genera el interrogante de si lo mejor es mantener la asimetría regulatoria o desregular.

- También se cuestiona si debe continuar la Superintendencia de Industria y Comercio como el único ente que protege los derechos de los usuarios de telecomunicaciones, incluidos los de televisión y de contenidos audiovisuales digitales, o se debe crear una nueva Superintendencia de TIC.
- Un sector de la industria ha planteado que es adecuado crear una Superintendencia de Telecomunicaciones que asuma el control y vigilancia de todo el sector TIC, y que asuma las actuales funciones del MINTIC y la ANTV.
- Se analiza la posibilidad de un regulador convergente para el Sector Telecomunicaciones, como fruto de una fusión entre la CRC y la ANTV para crear a la ANRC como autoridad nacional de regulación de comunicaciones¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁷ Al cierre de esta investigación, se radicó un Proyecto de Ley No. 107/ 2017 SENADO. “Por medio del cual se crea el Regulador Convergente y se dictan otras disposiciones”, de iniciativa del Senador Andrés García Zuccardi, que junto con el proyecto de Ley de la Senadora Guerra ya mencionado, relacionado con la actualización del marco general que rige el servicio de televisión, serán materia de análisis y estudio en el sector en lo que resta del 2017 y el año siguiente. Los principales temas del proyecto del Senador García están alrededor de crear la ANRC como una agencia estatal nacional, compuesta por siete comisionados cuya nominación sería dada por las tres ramas del poder público. Así mismo, incluye la habilitación general para los servicios audiovisuales, unificando la contraprestación a la de los PRST, entre otros temas.

- Finalmente, el sector está a la expectativa de lo que suceda a futuro con las plataformas que soportan *la Economía colaborativa*¹¹⁴⁸ frente a los agentes tradicionales del sector¹¹⁴⁹.

A modo de conclusión, la Comisión de Regulación de Comunicaciones como ente técnico, autoridad normativa, regulador del sector de las comunicaciones dentro de las TIC, del sector Postal y Tribunal que dirime conflictos, será un agente dinamizador dentro de la Economía Digital y Colaborativa¹¹⁵⁰. Sin lugar a dudas, su autonomía, especialidad e independencia le permitirá tener un papel protagónico en la medida en que sea necesario, dentro de las nuevas relaciones que se gestarán entre proveedores de redes, servicios, contenidos y aplicaciones, así como entre comercializadores, usuarios-intermediarios,

¹¹⁴⁸ Sobre el origen del término: “*Economía Colaborativa*” proviene de la expresión inglesa “*Sharing Economy*”, divulgado separadamente por Lisa Gansky[i] y Rachel Bootsman con Roo Rogers[ii] en 2010. El gerundio informa acerca de la acción verbal dinámica, y no constituye una simple teoría social. También podríamos traducirlo literalmente: “*Compartiendo economía*”, si definimos Economía como “*los medios de satisfacer las necesidades humanas mediante los recursos disponibles que siempre son limitados*”[iii]. Es indudable que la desigualdad de las sociedades occidentales, ha contribuido al desarrollo de la economía colaborativa, como medio también de defensa y supervivencia. La economía colaborativa es un cajón de sastre donde coexisten acciones de distinto tipo, con una característica común: todas las iniciativas están basadas en las tecnologías de la información y comunicación, que permiten la creación de redes sociales y portales, donde se pueden realizar interacciones entre individuos de forma masiva.

Disponible en: <http://economistasfrentealacrisis.com/que-es-la-economia-colaborativa/>

¹¹⁴⁹ La Unión Europea tiene una *agenda europea* para la Economía colaborativa. El objetivo de esta corresponde a: “proporcionar orientaciones sobre cómo debería aplicarse la legislación vigente de la UE a este dinámico sector en rápida evolución, y aclara cuestiones clave a las que se enfrentan por igual los operadores del mercado y las autoridades públicas”.

Esta agenda está orientada hacia los aspectos más sensibles que se encuentran en discusión como requisitos de acceso al mercado, responsabilidad en la prestación del servicio, la protección de los usuarios, relación de empleo y el tema fiscal que se debe aplicar.

Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2001_es.htm

¹¹⁵⁰ “La cultura del compartir, reutilizar y ahorrar como motor económico. La economía colaborativa es un gran motor de transformación. Se trata de un fenómeno con un impacto brutal en nuestra sociedad que está modificando radicalmente la forma en que, hasta el momento, las personas han resuelto y cubierto sus necesidades” “Esta nueva manera de consumir va más allá del compartir, también implica reutilizar y ahorrar y afecta de manera transversal a todos los sectores. Nos cambia la manera de viajar, de comer, vestir, disfrutar, escuchar música, conducir, ver cine, desplazarnos... y nos convierte en personas más eficientes e incluso más respetuosas con el entorno”. CORTÉS, Marc. Hacia una Economía Colaborativa. En: Periódico El Mundo, Madrid: (23 de septiembre de 2015). Disponible en: <http://www.rocasalvatella.com/es/nueva-economia-la-economia-colaborativa>

usuarios-consumidores, usuarios-creadores de contenidos, y usuarios-multiplicadores.

GLOSARIO

Aplicaciones: Conjunto estructurado de actividades realizadas para responder a las necesidades de los usuarios en una situación determinada, con fines de tipo empresarial, educativo, comunicaciones personales o entretenimiento, entre otras. Una aplicación supone la utilización de soportes lógicos y físicos y puede efectuarse de forma parcial o totalmente automática y el acceso puede ser local o remoto. En este último caso, se necesitan servicios de telecomunicación. (Resolución MINTIC 202 de 2010)

Contenido: Información generada bajo cualquier modo o forma de expresión, que puede ser distribuida por cualquier medio y es parte de un mensaje que el sistema de transferencia o medio no examina ni modifica, salvo para conversión durante el transporte del mismo. (Resolución MINTIC 202 de 2010)

Cargo de acceso: Es el peaje pagado a los operadores, por parte de otros operadores, por concepto de la utilización de sus redes, medido en términos de unidades de tiempo o cualquier otro concepto que resulte apropiado para tal efecto. (Resolución 087 de 1997).

Fuente: <http://www.crcom.gov.co/?idcategoria=41437> (citado en 13 de enero de 2015)

Instalaciones esenciales: Toda instalación de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que: a) Sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y b) Cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico. (Resolución MINTIC 202 de 2010)

Interconexión: Es la vinculación de recursos físicos y soportes lógicos, incluidas las instalaciones esenciales necesarias, para permitir el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de servicios de telecomunicaciones. (Resolución 087 de 1997)

Fuente: <http://www.siest.gov.co/siest/htm/glosario.htm> (citado en 29 de enero de 2015)

Interconexión: Es la vinculación de recursos físicos y soportes lógicos de las redes, incluidas las instalaciones esenciales, necesarias para permitir el interfuncionamiento de los servicios y/o aplicaciones y la interoperabilidad de plataformas. (Resolución MINTIC 202 de 2010)

Interfuncionamiento de las redes: Es el correcto funcionamiento de dos redes interconectadas. (Resolución 087 de 1997).

Fuente: <http://www.siest.gov.co/siest/htm/glosario.htm> (citado en 29 de enero de 2015)

Interfuncionamiento de las redes: El término interfuncionamiento expresa las interacciones entre redes, entre sistemas finales o parte de los mismos con objeto de proporcionar una entidad funcional capaz de soportar una comunicación de extremo a extremo. Las interacciones necesarias para proporcionar una entidad funcional se basan en funciones y en medios para seleccionar esas funciones. (UIT-T I.510 (93), 4.2; Y.1411 (03), 3.2; Y.1251 (02), 3.1)

Fuente: <http://www.siest.gov.co/siest/htm/glosario.htm> (citado en 29 de enero de 2015)

Interoperabilidad de los servicios: Es el correcto funcionamiento de los servicios que se prestan sobre dos redes interconectadas. (Resolución 087 de 1997).

Fuente: <http://www.siest.gov.co/siest/htm/glosario.htm> (citado en 29 de enero de 2015)

Interoperabilidad: Aptitud de los sistemas y aplicaciones, basados en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y los procesos que estos soportan, para intercambiar información y posibilitar utilizar mutuamente la información intercambiada. Para el caso de redes de telecomunicaciones, la interoperabilidad es inherente a la interconexión de las mismas. (Resolución MINTIC 202 de 2010)

Operador: Es la persona natural o jurídica, pública o privada, que es responsable de la gestión de un servicio de telecomunicaciones en virtud de autorización o concesión, o por ministerio de la ley. (Decreto-Ley 1900-90)

Fuente: <http://www.siest.gov.co/siest/htm/glosario.htm> (citado en 30 de enero de 2015)

Operador interconectante: Es el operador al cual se le solicita y provee interconexión. (Resolución 087 de 1997).

Fuente: <http://www.siest.gov.co/siest/htm/glosario.htm> (citado en 30 de enero de 2015)

Operador solicitante: Es el operador que presta, o se alista a prestar, un servicio de telecomunicaciones y para tal efecto solicita, por derecho propio, interconexión con otra red, en los términos y condiciones establecidos en la Ley y en la presente Resolución. (Resolución 087 de 1997).

Fuente: <http://www.siest.gov.co/siest/htm/glosario.htm> (citado en 30 de enero de 2015)

Proveedor de Aplicaciones: Es la persona natural o jurídica que proporciona o suministra servicios de aplicación. (Resolución MINTIC 202 de 2010)

Proveedor de contenido: Es la persona natural o jurídica que genera contenido. (Resolución MINTIC 202 de 2010)

Proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones: Persona jurídica responsable de la operación de redes y/o de la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros. En consecuencia todos aquellos proveedores habilitados bajo regímenes legales previos se consideran cobijados por la presente definición. (Resolución MINTIC 202 de 2010)

Red de telecomunicaciones: Conjunto de nodos y enlaces alámbricos, radioeléctricos, ópticos u otros sistemas electromagnéticos, incluidos todos sus componentes físicos y lógicos necesarios, que proveen conexiones entre dos (2) o más puntos, fijos o móviles, terrestres o espaciales, para cursar telecomunicaciones. Para su conexión a la red, los terminales deberán ser homologados y no forman parte de la misma. (Resolución MINTIC 202 de 2010)

Servicios de telecomunicaciones: Servicios ofrecidos por los proveedores de redes y servicios para satisfacer una necesidad específica de telecomunicaciones de los usuarios. (Resolución MINTIC 202 de 2010)

Telecomunicación: Se entiende por telecomunicaciones toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos y sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos. (Ley 72 de 1989). Fuente: <http://www.siest.gov.co/siest/htm/glosario.htm> (citado en 29 de enero de 2015)

Telecomunicación: Toda emisión, transmisión y recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por hilo, radiofrecuencia, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos. (Resolución MINTIC 202 de 2010)

Usuario: Persona natural o jurídica consumidora de servicios que hacen uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (Resolución MINTIC 202 de 2010)

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

A

ALFONSO VELÁSQUEZ, Olga Lucía. Modificación y Solución de Conflictos. En: La Interconexión de Redes de Telecomunicaciones, de Olga Lucía Alfonso Velásquez, 276 a 301. Zaragoza: REUS, 2006.

AMARIS HERNÁNDEZ, Carmiña. Reglas Aplicables a las actuaciones administrativas de solución de controversias en materia de interconexión. En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC (Ley 1341 de 2009), de Edgar González López (Director). Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010.

ARIAS PIMIENTO, Germán Darío. Hacia una medición de la Economía Digital en Colombia. Documento de Consulta. Comisión de Regulación de las Comunicaciones. Agosto, 2016. Disponible En: <https://www.crcm.gov.co/es/noticia/crc-presenta-propuesta-para-medir-impacto-de-la-econom-a-digital-en-colombia>

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El nuevo servicio público. En Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación

Económica. Universidad Externado de Colombia y Fundación de Estudios de Regulación. 2003.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El Estado Regulador conforme al Mercado. En Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Madrid: Fundación de Estudios de Regulación 1999. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Sobre los Entes Reguladores y su Función Arbitral. En: Regulación Económica. Lecturas Escogidas, de Juan Miguel de la Cuetara, Iñigo del Guayo Gaspar Ariño. Madrid: ARANZADI, 2012.

ATEHORTUA RIOS, Carlos Alberto. Ley de TIC: Visión Panorámica y Régimen de Transición. En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC (Ley 1341 de 2009). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010.

AVEZUELA CÁRCEL, Jesús. Agencias. El Ejemplo Norteamericano. En: Revista Fundación Ciudadanía y Valores. Serrano 27. 28001 Madrid. Disponible en: www.funciva.org

B

BARNES, Javier. Sobre el Procedimiento Administrativo: Evolución y Perspectivas. En Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo, de Javier Barnes (Editor). Sevilla: Editorial Derecho Global, 2006.

BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto. Servicio y acceso universal en el Derecho de las Telecomunicaciones. En: Revista de Derecho. Comunicaciones y Nuevas Tecnologías. Universidad de los Andes, Agosto de 2006.

BELANDO GARÍN, Beatriz. Reflexiones sobre la Actividad Administrativa Informal al hilo de las "nuevas" advertencias al Público de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Revista Española de Derecho Administrativo - 125, Enero -Marzo 2005.

BERMEJO VERA, José. La función resolutoria de los conflictos constitucionales negativos por parte del Tribunal Constitucional. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 26, Julio – Septiembre de 1980.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Distinción entre la Eficacia Interna y la Eficacia Externa de los Actos Administrativos. Revista Española de Derecho Administrativo - 152, Octubre - Diciembre 2011.

BERMÚDEZ ODRIOSOLA, Luis. Artículo 14. Resolución de Conflictos. En: Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32 de 2003, de 3 de noviembre, de Eduardo García de Enterría y Tomas de la Quadra-Salcedo (Coordinadores). Madrid. THOMSON CIVITAS, 2004.

BERMÚDEZ ODRIOSOLA, Luis. Interconexión y Acceso a las Redes. En: La Nueva Regulación de las Telecomunicaciones, La Televisión e Internet, de José Manuel Villar Uríbarri (Director). Navarra: ARANZADI, 2003.

BOTERO CIFUENTES, Carolina. Las Funciones de la CRC en la Nueva Ley de TIC: Un Análisis Comparado con las Funciones de la FCC En Estados Unidos. En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC (Ley 1341 de 2009). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010.

BROKELMANN, Helmut. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación. En: Derecho de las Telecomunicaciones. Editorial Civitas. Madrid. 2015.

C

CALZADA, Joan y COSTAS, Antón. La liberalización de las telecomunicaciones en España: control de la inflación y universalización del

servicio de la Universidad de Barcelona. Disponible En:
<http://www.ub.edu/graap/Calzada/Calzada%20Costas.pdf>

CARBONNIER, Jean. *Sociología Jurídica*. Madrid: TECNOS, 1982.

CEPAL. Economía digital para el cambio estructural y la igualdad. Chile. 2013.
Disponible en: <http://www.cepal.org/Socinfo>

CEPAL. La Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe. El
Desarrollo de las Tecnologías y Las Tecnologías para el Desarrollo. 2009.
Disponible en: <http://www.cepal.org/es/temas/tecnologias-de-la-informacion-y-las-comunicaciones-tic>

CANALS I AMETLLER, Dolors. Principios, Reglas y Garantías Propias del
Derecho Público en la Prestación Privada de Servicios Económicos de Interés
General. *Revista Española de Derecho Administrativo* - 158, Abril - Junio 2013.

CARLÓN RUIZ, Matilde. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
Revista Española de Derecho Administrativo - 102, Abril - Junio 1999.

CARRASCO CANALS, Carlos. La Agencia Estatal de Administración
Tributaria: una regulación funcional atípica. *Revista Española de Derecho
Administrativo* - 74, Abril - Junio 1992.

CASSAGNE, Juan Carlos. El Resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado Hacia una nueva concepción. En: Revista de Administración Pública, 1996, No 140.

CASSAGNE, Juan Carlos. Sobre el Origen Hispánico del Sistema Judicialista y de otras Instituciones del Derecho Público Iberoamericano y Comparado. En: Revista Española de Derecho Administrativo - 127, Julio - Septiembre 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. El Sistema Judicialista y la Llamada Judicialización de la Actividad de la Administración Pública. En: Revista Española de Derecho Administrativo - 133, Enero - Marzo 2007.

CELDRÁN RUANO, Julia. Análisis de las Agencias Estatales: Conceptos Básicos. Foro de Seguridad Social - 21, Abril 2009.

CHILLÓN MEDINA, José María. Estado Regulador y Administración de Telecomunicaciones. En: Curso de Derecho de las Telecomunicaciones, de José Fernando Merino Merchán y María Pérez-Ugena y Coromina (Coordinadores). Madrid. DYKINSON, 2000.

CHILLÓN MEDINA, José María. Funciones de Resolución de Controversias en la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. En: Telecomunicaciones,

Infraestructura y Libre Competencia, de Enrique Gómez-Reino y Carnota (Coordinador). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

CHILLÓN MEDINA, José María. Unidad Didáctica 10. Los Organismos Reguladores de las Telecomunicaciones. En: Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información, de José María Chillón Medina, República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, 2004.

CHILLÓN MEDINA, José María. Unidad Didáctica 13. Los Organismos Reguladores de las Telecomunicaciones. En: Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información, de José María Chillón Medina, República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, 2004.

CHILLÓN MEDINA, José María, y ESCOBAR ROCA, Guillermo. Resolución de Conflictos. En: La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de José María Chillón Medina y Guillermo Escobar Roca. Madrid: Dykinson, S.L., 2001.

COMISIÓN DE REGULACION DE COMUNICACIONES. Hacia Una Medición de la Economía Digital en Colombia. Documento de Consulta. Agosto de 2016. Disponible en:
https://www.crcm.gov.co/recursos_user/2016/Informes/Cartilla_Economia_Digital_V4.pdf

CORTÉS, Marc. Hacia una Economía Colaborativa. En: Periódico El Mundo, Madrid: (23 de septiembre de 2015). Disponible en: <http://www.rocasalvatella.com/es/nueva-economia-la-economia-colaborativa>

CUBERO MARCOS, José Ignacio. La Obligación de Interconexión en Relación con el Servicio Universal de Telecomunicaciones. En: Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red - REDETI 17, Mayo - Agosto 2003.

CUBERO MARCOS, José Ignacio. Regulación, Iniciativa Pública Económica Libre Competencia: Hacia Un Modelo Sin Inmunidades. En: Revista de la Administración Pública, 2011, No 184.

D

DARNACULLETA I GARDELLA, M. Merce. La autorregulación y sus fórmulas como instrumento de regulación de la economía. En: Derecho de la Regulación Económica. Tomo I Fundamentos e Instituciones de la Regulación, de Muñoz Machado, Santiago y Esteve Pardo, José (Directores). Madrid: IUSTEL, 2009.

DARNACULLETA I GARDELLA, M. Merce. La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana. En: Derecho de la Regulación Económica -Tomo I Fundamentos e Instituciones de la Regulación, de Muñoz Machado, Santiago y Esteve Pardo, José (Directores), 349 a 386. Madrid: IUSTEL, 2009.

D. BLACK, Uyles. Redes de Transmisión de datos y Proceso Distribuido. Madrid: Díaz de Santos, S.A, 1987.

DE DIOS VIÉTEZ, María Victoria. El Dictamen del Consejo de Estado en los Reglamentos Ejecutivos, ¿Control de Legalidad o Coparticipación en la Potestad Reglamentaria? Revista Española de Derecho Administrativo - 60, Octubre - Diciembre 1988.

DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo. Logros Democráticos de la Regulación. Revista Española de Derecho Administrativo - 155, Julio - Septiembre de 2012.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel. La Tercera Generación de Normas Regulatorias en Telecomunicaciones. Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red - REDETI 25, Enero - Abril 2006.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel. La Tercera Generación de Normas Regulatorias en Telecomunicaciones. En: Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red - REDETI No 25, Enero - Abril 2006.

DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomas. El Derecho Europeo de las Telecomunicaciones. En: Ordenación de las Telecomunicaciones, de Carmen Chinchilla Martín (Directora). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997.

DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomas. La Liberalización de las Telecomunicaciones: Elementos Esenciales y Nuevo Marco Regulatorio Comunitario. En: Aspectos Jurídicos de las Telecomunicaciones-Cuadernos de Derecho Judicial VI, De la Quadra-Salcedo, Tomas (Director). Madrid: Consejo General del Poder Judicial -Centro de Documentación Judicial, 2003.

DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomas. Liberalización de las Telecomunicaciones, Servicio Público y Constitución Económica Europea. De Tomas De la Quadra-Salcedo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomas. Revisión del marco regulador de las telecomunicaciones. Nuevas redes y nuevos servicios. En: Derecho de la Regulación Económica IV. Telecomunicaciones, de Colección dirigida por Santiago Muñoz Machado. Madrid: IUSTEL, 2009.

DE LA SERNA BILBAO, Maria Nieves. Despliegue de Redes e infraestructuras de telecomunicaciones. En: Derecho de la Regulación Económica. Tomo IV Telecomunicaciones, De la Quadra-Salcedo, Tomas, (Director), Vida Fernández, José (Coordinador), Madrid: IUSTEL, 2009.

DE LA SERNA, Maria Nieves. La Conectividad digital y los desafíos en el despliegue de redes e infraestructuras en el interior de las edificaciones; el nuevo régimen legal. En: Derecho de las Telecomunicaciones. Editorial Civitas. Madrid. 2015.

DELGADO PIQUERAS, Francisco. La Administrative Dispute Resolution Act de los Estados Unidos: Introducción, Traducción y Notas. En: Revista de Administración Pública No 131. Mayo –Agosto de 1993. Págs. 567-568.

DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo. La Regulación Económica como Alternativa. Revista Española de Derecho Administrativo -130, Abril - Junio 2006.

DESCALZO, Antonio. La Noción de derecho Administrativo en España: Algunas cuestiones de reciente actualidad. En: Serie de Derecho Administrativo No 13. Universidad Externado de Colombia, 2011.

DÍAZ CAPMANY, Felipe. Los Organismos Autónomos de la Administración Local. *Revista Española de Derecho Administrativo* - 88, Octubre - Diciembre 1995.

DUQUE DEL VECCHIO, Lina María. La autonomía de la voluntad privada y la intervención del Estado sobre la Economía. El Caso de los contratos de acceso uso e interconexión en el sector de telecomunicaciones en Colombia. Bogotá, 2016. Trabajo de grado (Maestría en Derecho Administrativo). Disponible en la biblioteca de la Universidad Externado de Colombia

E

ESCUIN PALOP, Vicente y BELANDO GARÍN, Beatriz. La Resolución de Conflictos de Interconexión de Redes por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ¿un nuevo recurso administrativo?. En: *Revista Española de Derecho Administrativo* - 141, Enero - Marzo 2009.

ESTEVE PARDO, José. Técnica riesgo y Derecho. El tratamiento tecnológico en el Derecho ambiental, Ariel Derecho, Barcelona, 1999

ESTEVE PARDO, José. El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público. En: *Derecho de la Regulación Económica*. Tomo I Fundamentos e Instituciones de la Regulación, de Muñoz Machado, Santiago y Esteve Pardo, José (Directores). Madrid: IUSTEL, 2009.

ESTEVE PARDO, José. La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias. En: Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación, de Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (Directores). Madrid: IUSTEL, 2009.

ESTEVE PARDO, José. La regulación de la economía desde el Estado garante. Disponible En:
http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulaci%F3n_Esteve.pdf

ESTEVE PARDO, José. La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional. En: Derecho de la Regulación Económica. Tomo I Fundamentos e Instituciones de la Regulación, de Muñoz Machado, Santiago y Esteve Pardo, José (Directores). Madrid: IUSTEL, 2009.

ESTEVE PARDO, José. La Extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria. En: Revista de Administración Pública No 189. Septiembre-Diciembre, 2012.

ESTEVE PARDO, José. Poder de policía administrativa económica: el encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del derecho público, En: Revista General de Derecho Público IUSTEL 20, 2009.

F

FEASEY, Richard. Llegando al núcleo del debate sobre la Neutralidad de red. En: Neutralidad de Red: Aportaciones al Debate. Editorial Ariel, Barcelona. 2011.

FERNÁNDEZ PASTRANA, José María. Una Sorprendente Ampliación de los Privilegios de la Administración Invocando el Principio de Igualdad. En: Revista Española de Derecho Administrativo No 69, Enero - Marzo de 1991.

G

GANUZA, Juan José. PERCA, Karla. VIECENS, María Fernanda. Las Redes de Nueva Generación: ¿un nuevo modelo para las telecomunicaciones en España? En: Cuadernos Económicos de ICE N° 81. Madrid. 2011.

Disponible en: <http://>

[/CachePDF/CICE_81___11FC7CEFE35C9D2C3C8A7CD8CF008822.pdf](http://CachePDF/CICE_81___11FC7CEFE35C9D2C3C8A7CD8CF008822.pdf)

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. Alternativas a la Solución Judicial de los Conflictos con la Administración. En: Revista Española de Derecho Administrativo - 119, Julio - Septiembre de 2003.

GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. Los poderes normativos de las administraciones independientes en el ámbito económico. En: Revista de Administración Pública No171. Septiembre-Diciembre de 2006.

GIL BOTERO, Enrique. La valoración Jurídica de las manifestaciones normativas de las Comisiones de Regulación: Los sutiles límites entre la función administrativa que le es propia y las funciones legislativa y judicial. En: Revista Digital de Derecho Administrativo, No 3 segundo semestre, 2009.

GIL, Olga. Los Efectos del Federalismo en Estados Unidos: El Caso de la Regulación de las Telecomunicaciones (1875-2000). En: Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red – REDETI No 9, Noviembre de 2000.

GOMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique. El Arbitraje Administrativo en el derecho de la Competencia. En: Revista de Administración Pública No162. Septiembre-diciembre de 2003.

GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. Contratos Incompletos y Solución de Controversias. En: Revista del Club Español del Arbitraje, N^o. 7, 2010.

GONZÁLEZ LAJOIE, Nathalie. El pluralismo jurídico en Carbonnier. En: Anuario de filosofía del derecho, 1998, No 15.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. Regulación Básica de las Telecomunicaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. Afectación del contrato por cambios regulatorios en el sector de las telecomunicaciones. En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC (Ley 1341 de 2009). Edgar González López. Director. Universidad Externado de Colombia. 2010.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar (Director) Luz Mónica Herrera (Coordinadora). Laudos sobre el Contrato de Interconexión. En: Análisis de Laudos Arbitrales en Derecho de las Telecomunicaciones, de Edgar González López (Director) Luz Mónica Herrera (Coordinadora). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

GONZALEZ LÓPEZ, Edgar. La Potestad Reglamentaria de las Comisiones de regulación como Autoridades Administrativas Independientes. Bogotá. 2013. Trabajo de Grado (Doctor en Derecho). Universidad Externado de Colombia. Doctorado en Derecho. Disponible en la Biblioteca de la Universidad Externado.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. Presentación. En: Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. No. 12, 2014. <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm>>

GONZALEZ LÓPEZ, Edgar. La Función de Solución de Conflictos Atribuida a las Autoridades Administrativas especializadas en el sector de las Telecomunicaciones. En: Los Retos del Estado y La Administración en el Siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Claves del Nuevo Derecho Administrativo Económico. En: Revista Española de Derecho Administrativo - 135, Julio - Septiembre 2007.

GUERRA DE LA ESPRIELLA, Maria del Rosario. La Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Ley 1341 de 2009). En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC (Ley 1341 de 2009). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010.

H

HERNÁNDEZ ARROYO, Federico La independencia de las agencias reguladoras en México. *Gestión y Política Pública*, 2007, vol. 16, No 1.

HERRERA GONZÁLEZ, Fernando. La Aplicación de Principios de Derecho de Competencia a la Regulación Sectorial de Telecomunicaciones. En: Telecomunicaciones y Audiovisual: Regulación, Competencia y Tecnología, Revista Económica. Ministerio de Industria Turismo y Comercio de España.

Septiembre-Octubre 2006. No 832 ICE. Disponible En:
http://www.revistasice.info/cachepdf/ICE_832_45-57_80A525579E456DA0B49C7C6208F5978A.pdf

HERRERA GUERRA, Carlos A. Entes Administrativos Reguladores Independientes y Credibilidad Institucional. Ineficiencia y Peligros para la Democracia Latinoamericana Advertidos desde el Sistema Norteamericano que los creó. En: Revista de la Administración Pública, 2010, No 181.

HINESTROSA, Fernando. Derecho Civil. Obligaciones. Universidad Externado de Colombia, 1969.

J

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio. Servicio Público, Interés General, Monopolio: Recientes Aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994). En: Revista Española de Derecho Administrativo - 84, Octubre - Diciembre 1994.

JORDANA DE POZAS, Luis. El Problema de los Fines de la Actividad Administrativa. En: Revista de la Administración Pública, 1951, No 4.

L

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. Liberalización y Neorregulación de las Telecomunicaciones en el Derecho Comunitario. En: Revista Española de Derecho Administrativo - 88, Octubre - Diciembre 1995.

LAGUNA DE PAZ, Juan Carlos. Regulación Sectorial y Normas Generales de Defensa de la Competencia: Criterios de Relación. Revista Española de Derecho Administrativo - 145, Enero - Marzo 2010.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. Regulación, Externalización de Actividades Administrativas y Autorregulación. En: Revista de la Administración Pública, 2011, No 185.

LAVILLA RUBIRA, Juan José. El Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones. En: Derecho de las Telecomunicaciones, de Javier Cremades (Coordinador). Madrid: La Ley-Actualidad, S.A, 1997.

LIZCANO ORTIZ, Cristhian. Reformas Necesarias de la Regulación de Redes y Servicios con la Ley 1341 de 2009. En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC (Ley 1341 de 2009). Edgar González López. Director. Universidad Externado de Colombia. 2010.

M

MALARET, Elisenda. La Comisión Nacional del Mercado de Valores (Una aproximación a su configuración institucional). *Revista Española de Derecho Administrativo* - 76, Octubre - Diciembre 1992.

MARTÍN MATEO, Ramón. Futurología y Administración Pública. *Revista Española de Derecho Administrativo* - 23, Octubre - Diciembre 1979.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. En torno al sistema español de conflictos jurisdiccionales. *Revista Española de Derecho Administrativo* - 9, Abril - Junio 1976.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Reflexiones sobre las Relaciones entre distintos niveles de gobierno: divergencias y convergencias en los sistemas europeos. *Revista Española de Derecho Administrativo* - 73, Enero - Marzo 1992.

MEDINA ORS, Guillermo. Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones en los Estados Unidos. En: *Derecho de las Telecomunicaciones*, de Javier Cremades (Coordinador). Madrid: La Ley-Actualidad, S.A, 1997.

MONTAÑA PLATA, Alberto. Manifestaciones normativas de las comisiones de regulación de servicios públicos. En: Revista Contexto No 14. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

MONTAÑA PLATA, Alberto. El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2002.

MONTAÑA PLATA, Alberto. Tecnologías de la información y las comunicaciones y servicios públicos. Fundamentación de la intervención del Estado en el sector. En: Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC (Ley 1341 de 2009). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010.

MONTAÑA PLATA, Alberto. Retos actuales de la Regulación, Judicialización y crecimiento Económico (Ponencia). VIII Congreso Iberoamericano de Regulación Económica y Servicios Públicos. La Serena, Chile en Noviembre de 2013.

MONTERO PASCUAL, Juan José. Titularidad Privada de los Servicios de Interés General. En: Derecho de las Telecomunicaciones, de Javier Cremades (Coordinador). Madrid: La Ley-Actualidad, S.A, 1997.

MONTERO PASCUAL, Juan José. Evolución Histórica y Marco Normativo e Institucional. En: Derecho de las Telecomunicaciones, de Juan José Montero Pascual, 78 a 83 y 126 a 127. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MONTERO PASCUAL, Juan José. Obligaciones de los operadores. En: Montero Pascual, Juan José. Derecho de las Telecomunicaciones, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MONTERO PASCUAL, Juan José. Regulación, Desregulación y la Última Crisis del Servicio Público. Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras - REDETI 30, septiembre - Diciembre 2007.

MONTERO PASCUAL, Juan José. La Comisión Nacional del Sector Postal. Una nueva administración independiente reguladora. En: Revista de Administración Pública No 176. Mayo-Agosto 2008.

MONTERO PASCUAL, Juan José. Regulación económica y derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general. Fundamentos de Regulación y Competencia (El dialogo entre el derecho y economía para el análisis de las políticas públicas) Alberto Ruiz Ojeda (Director). IUSTEL, 2013.

MONTERO PASCUAL, Juan José. La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico. En: Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Numero 12 de 2014.

MONTERO PASCUAL, Juan José. Regulación Económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MORELL OCAÑA, Luis. La Objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la Ética de la Institución. Revista Española de Derecho Administrativo - 111, Julio - Septiembre 2001.

MORENO MOLINA, Ángel Manuel. Los Modelos de Administración por Agencias en el Derecho Comparado. Especial referencia a los Estados Unidos. Foro de Seguridad Social - 21, Abril 2009.

MORENO CASTILLO, Luis Ferney. Servicios Públicos Domiciliarios. Perspectivas del Derecho Económico. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2001.

MORENO MOLINA, Ángel Manuel. La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1995.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Fundamentos e Instrumentos Jurídicos de la Regulación Económica. En: Derecho de la Regulación Económica. Tomo I Fundamentos e Instituciones de la Regulación, de Muñoz Machado, Santiago y Esteve Pardo, José (Directores). Madrid: IUSTEL, 2009.

N

NALLAR DERA, Daniel Mauro. Regulación y Control de los Servicios Públicos. Argentina. Marcial Pons, 2009.

NALLAR DERA, Daniel Mauro. Los Entes Reguladores y la Función Jurisdiccional en Regulación y Control de los Servicios Públicos. Argentina. Marcial Pons, 2010.

NAVARRO CABALLERO, Teresa María. Las Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos. Un Nuevo Modelo en la Organización Administrativa Española. Foro de Seguridad Social - 21, Abril de 2009.

O

ORTIZ BAQUERO, Ingrid. La Aplicación Privada del Derecho Antitrust y la Indemnización de los Daños Derivados de Ilícitos Contra La Libre Competencia. En: REVIST@ e – Mercatoria, Volumen 7, No 1. 2008.

ORTIZ BAQUERO, Ingrid. El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo. En: Revista La Propiedad Inmaterial No 14, 2010.

OSPINA GARZÓN, Andrés. L'activité contentieuse de l'administration en droit français et colombien. París, 2012, 918 h. Tesis doctoral (Doctor en Derecho). Université Panthéon-Assas, Universidad Externado de Colombia. Disponible en línea: <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/b9a92fef-d53b-432c-baa7-791bc01f27b9>

P

PAUGAM, Serge (Editor). L'enquête sociologique. Editorial Quadriga Manuales. 2010. Pág. 458

PERDOMO VILLAMIL, Camilo. Control judicial de la regulación económica en clave de los actos administrativos proferidos por la Comisión de Regulación de

Comunicaciones (CRC). En: Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Numero 12 de 2014.

PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco. Análisis de la Ley de Agencias Estatales: Aspectos Doctrinales Básicos. Foro de Seguridad Social - 21, Abril 2009.

PÉREZ MARTINEZ, Jorge (Coord). Neutralidad de Red: Aportaciones al Debate. Editorial Ariel, Barcelona. 2011.

PIMIENTO ECHEVERRY, Julián Andrés. La Regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. En: Revista Digital de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. No 9, Primer semestre. 2013.

POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto. Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes. En: Revista de Administración Pública No 132. Septiembre – Diciembre de 1993.

R

RAMÍREZ, J. R., VEGA, J. Las Autoridades Nacionales de Regulación. Revista BIT No 105. Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación- GRETEL. Madrid, 1997.

REBOLLO, Luis Martín. Contra los Tópicos, por las Ideas. En: Revista Española de Derecho Administrativo - 155, Julio - Septiembre 2012.

RENDA, Andrea. Observaciones sobre la propuesta de extensión de la regulación asimétrica de los cargos de acceso a la red móvil en Colombia. Concepto. Bruselas. 4 de diciembre de 2014.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. El tránsito del intervencionismo a la regulación en el Estado colombiano. En: ALJURE SALAME, et al. Sociedad, Estado y Derecho, Homenaje a Álvaro Tafur Galvis. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2014.

REVUELTA PÉREZ, Inmaculada. La Protección de los Consumidores frente a los nuevos Servicios de Telecomunicaciones. Revista Española de Derecho Administrativo - 116, Octubre - Diciembre 2002.

RIVERA URRUTIA, Eugenio. Teorías de la regulación en la perspectiva de las políticas públicas Gestión y Política Pública. [En línea] 2004, XIII (II semestre). Disponible En: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13313201>

S

SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. En: Revista Española de Derecho Administrativo - 8, Enero - Marzo 1976.

SALA ARQUER, José Manuel. El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes. En: Revista Española de Derecho Administrativo - 42, Abril - Junio 1984.

SALA ARQUER, José Manuel. Huida al Derecho privado y huida del Derecho. En: Revista Española de Derecho Administrativo - 75, Julio - Septiembre 1992.

SALA ARQUER, José Manuel. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Madrid: Civitas, 2000.

SÁNCHEZ BLANCO, Miguel y SOLER MATUTES, Pere. Autoridades de Reglamentación y Telecomunicaciones: Las organizaciones públicas y su regulación. Especial referencia a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En: Derecho de la Regulación Económica. Tomo IV Telecomunicaciones, de De la Quadra-Salcedo, Tomas, (Director), Vida Fernández, José (Coordinador). Madrid: IUSTEL, 2009.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. Los Medios de Comunicación y los Sistemas Democráticos. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 1996.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio J. Análisis Comparado de la Regulación en los Mercados de la Electricidad y las Telecomunicaciones. En: Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red - REDETI 5, Junio 1999.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús. Análisis Específico de la Administración Independiente de Telecomunicaciones la CMT. En: Derecho de las Telecomunicaciones Nuevo Derecho y Nuevo Mercado, de Antonio Jesús Sánchez Rodríguez. Madrid: DYKINSON, 2002.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. La teoría del órgano en el Derecho Administrativo. En: Revista Española de Derecho Administrativo - 40 - 41, Enero - Marzo 1994.

SARRIA, Consuelo. ¿Acciones o pretensiones contencioso administrativas? En: Revista Digital de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. No 4, Segundo semestre. 2010.

SARRIA, Consuelo. ¿Las agencias son unidades administrativas especiales? En: Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia No 13, Primer semestre, 2015.

SENDIN GARCÍA, Miguel Ángel. En: Regulación y Servicios Públicos. Barcelona. Editorial COMARES, 2003.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Patentes y Jurisdicción: Atribuciones Judiciales Exclusivas frente a Pretensiones de Invasión Administrativa. En: Revista Española de Derecho Administrativo - 145, Enero - Marzo 2010.

SOUVIRÓN MORENILLA, José María. Organización y Papel de la Administración Pública en la Nueva Ley General de Telecomunicaciones. En: Revista de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red - REDETI 19, Enero - Abril 2004.

T

TERRÓN SANTOS, Daniel. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANR'S) en el Nuevo Marco Jurídico Comunitario Regulador de las Comunicaciones Electrónicas. En: Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red - REDETI 16, Enero - Abril 2003.

TORNOS MAS, Joaquín. Medios Complementarios a la resolución Jurisdiccional de los conflictos Administrativos. En: Revista de Administración Pública No 136. Enero-Abril de 1995.

TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel. Los Órganos Colegiados en el Momento Presente. En: Revista Española de Derecho Administrativo - 150, Abril - Junio 2011.

TRAYNER, Juan Manuel. El Arbitraje de Derecho Administrativo. En: Revista de Administración Pública – 143. Mayo-Agosto de 1997.

V

VELÁSQUEZ RESTREPO, Gabriel Jaime. La competencia de la comisión de regulación de telecomunicaciones para resolver los conflictos entre los operadores. En: Letras Jurídicas. Telecomunicaciones. EAPP de Medellín. Volumen 8 No 2, septiembre de 2003.

VIDA FERNÁNDEZ, José. El Acceso a la Información de los Operadores en los Sectores Regulados: el caso de los requerimientos de información de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En: Revista Española de Derecho Administrativo - 132, Octubre - Diciembre 2006.

VIDA FERNÁNDEZ, José. La Comisión de Regulación de Comunicaciones: su naturaleza y significado. En Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC (Ley 1341 de 2009). Edgar González López. Director. Universidad Externado de Colombia. 2010.

VIEHWEG, Theodor. Tópica y Jurisprudencia. Traducción realizada por Luis Díez-Picazo. Navarra: Thomson - Civitas, 2007.

VILLAR ROJAS, Francisco José. El Principio de Separación entre el Regulador y Los Gestores como Garantía de la Libre Competencia. En: Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red - REDETI 9, Noviembre de 2000.

VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo. La Ley de TIC y la regulación de las Telecomunicaciones: La Comisión de Regulación de Comunicaciones. En Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC (Ley 1341 de 2009), de Edgar González López (Director). Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010.

Z

ZARATE PÉREZ, Aníbal Rafael. L'indépendance des autorités de concurrence, analyse comparative Colombie, France, Etats-Unis. Thèse de doctorat en droit soutenue le 1er juin 2011. Université Panthéon-Assas Ecole

doctorale de droit public. [docassas.u-
paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/f6e96e4c-86a8-46c9-aac5-0e163d590431
[en línea]

NORMATIVIDAD

COLOMBIA

LEY 72 DE 1989: *Por la cual se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios y se confieren unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.*

DECRETO LEY 1900 DE 1990: *Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines.*

LEY 37 DE 1993: *Por la cual se regula la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la celebración de contratos de sociedad y de asociación en el ámbito de las telecomunicaciones y se dictan otras disposiciones.*

LEY 80 DE 1993: *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.*

LEY 170 DE 1994: *Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la "Organización Mundial de Comercio (OMC)", suscrito en Marrakesch (Marruecos) el 15 de abril de 1994.*

LEY 142 DE 1994: *Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.*

LEY 182 DE 1995: *Por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforman la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones.*

LEY 422 DE 1998. *Por la cual se modifica parcialmente la Ley 37 de 1993, y se dictan otras disposiciones.*

LEY 446 DE 1998: *Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.*

LEY 489 DE 1998: *Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.*

LEY 555 DE 2000: *Por la cual se regula la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS y se dictan otras disposiciones.*

LEY 671 DE 2001: *Por medio de la cual se aprueba el "Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia Anexa", hecho en Ginebra el 15 de abril de 1997.*

LEY 1245 DE 2008: *Por medio de la cual se establece la obligación de implementar la portabilidad numérica y se dictan otras disposiciones.*

LEY 1340 DE 2009: *Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.*

LEY 1341 DE 2009: *Por la cual se definen Principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones.*

LEY 1369 DE 2009: *Por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones.*

LEY 1437 DE 2011: *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

LEY 1450 DE 2011: *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.*

LEY 1480 DE 2011: *Por medio de la cual se expide el Estatuto de Protección del Consumidor.*

LEY 1520 DE 2012: *Por medio del cual se implementan compromisos adquiridos por virtud del Acuerdo de Promoción Comercial, suscrito entre la Republica de Colombia y los Estados Unidos de América, y su Protocolo Modificatorio en el Marco de la Política de Comercio Exterior e Integración Económica.*

DECRETO LEY 4169 DE 2011: *Por el cual se modifica la naturaleza jurídica de la Agencia Nacional del Espectro y se reasignan funciones entre ella y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.*

LEY 1507 DE 2012: *Por la cual se establece la distribución de competencias entre las entidades del Estado en materia de televisión y se dictan otras disposiciones.*

LEY 1563 DE 2012: *Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.*

LEY 1564 DE 2012: *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.*

LEY 1753 DE 2015: *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.*

DECRETOS

DECRETO 3069 DE 1968. *Por el cual se crea la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, se establecen los criterios básicos para la aprobación de las mismas y se dictan otras disposiciones.*

DECRETO 2122 DE 1992. *Por el cual se reestructura el Ministerio de Comunicaciones.*

DECRETO 2167 DE 1992. *Por el cual se reestructura el Departamento Nacional de Planeación*

DECRETO 1130 DE 1999. *Por el cual se reestructuran el Ministerio de Comunicaciones y algunos organismos del sector administrativo de comunicaciones y se trasladan funciones a otras entidades públicas.*

DECRETO 4239 DE 2004. *Por el cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 555 de 2000 y se modifica el Decreto Reglamentario 2343 de 1996.*

DECRETO 2870 DE 2007. *Por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la convergencia de los Servicios y Redes en materia de Telecomunicaciones.*

DECRETO 089 DE 2010. *Por el cual se modifica la estructura de la Comisión de Regulación de Comunicaciones- CRC.*

RESOLUCIÓN MINTIC 202 DE 2010. *Por la cual se expide el glosario de definiciones conforme a lo ordenado por el inciso 2° del artículo 6° de la Ley 1341 de 2009.*

RESOLUCIONES CRC

RESOLUCIÓN CRT 087 DE 1997

RESOLUCIÓN CRT 110 DE 1998

RESOLUCIÓN CRT 112 DE 1998

RESOLUCIÓN CRT 204 DE 2000

RESOLUCIÓN CRT 463 DE 2001

RESOLUCION CRT 575 DE 2002

RESOLUCION CRT 632 DE 2003

RESOLUCIÓN CRT 661 DE 2003.

RESOLUCION CRT 756 DE 2003

RESOLUCIÓN CRT 887 DE 2003.

RESOLUCIÓN CRT 980 DE 2004

RESOLUCIÓN CRT 981 DE 2004

RESOLUCIÓN CRT 1036 DE 2004

RESOLUCIÓN CRT 1038 DE 2004

RESOLUCIÓN CRT 1148 DE 2005

RESOLUCIÓN CRT 1193 DE 2005

RESOLUCION CRT 1494 DE 2006

RESOLUCIÓN CRT 1708 DE 2007

RESOLUCION CRT 1763 DE 2007

RESOLUCION CRC 2076 DE 2009

RESOLUCION CRT 2209 DE 2009

RESOLUCION CRC 2216 DE 2009

RESOLUCION CRC 2242 DE 2009

RESOLUCION CRC 2355 DE 2010

RESOLUCION CRC 2564 DE 2010

RESOLUCION CRC 2585 DE 2010

RESOLUCION CRC 2660 DE 2010

RESOLUCION CRC 2971 DE 2011

RESOLUCION CRC 3000 DE 2011
RESOLUCION CRC 3015 DE 2011
RESOLUCION CRC 3066 DE 2011
RESOLUCION CRC 3075 DE 2011
RESOLUCION CRC 3101 DE 2011
RESOLUCION CRC 3136 DE 2011
RESOLUCION CRC 3501 DE 2011
RESOLUCION CRC 3534 DE 2012
RESOLUCION CRC 3546 DE 2012
RESOLUCION CRC 3641 DE 2012
RESOLUCION CRC 4109 DE 2013
RESOLUCION CRC 4112 DE 2013
RESOLUCION CRT 4170 DE 2013
RESOLUCION CRC 4245 DE 2013
RESOLUCION CRC 4199 DE 2013
RESOLUCION CRC 4400 DE 2014
RESOLUCION CRC 4420 DE 2014
RESOLUCION CRC 4424 DE 2014
RESOLUCION CRC 4458 DE 2014
RESOLUCION CRC 4536 DE 2014
RESOLUCION CRC 4615 DE 2014
RESOLUCION CRT 4660 DE 2014
RESOLUCION CRC 4689 DE 2015
RESOLUCION CRC 4779 DE 2015
RESOLUCION CRC 4796 DE 2015
RESOLUCION CRC 4829 DE 2015
RESOLUCION CRC 4916 DE 2016
RESOLUCION CRC 4915 DE 2016
RESOLUCION CRC 4917 DE 2016
RESOLUCION CRC 4918 DE 2016

RESOLUCION CRC 4919 DE 2016

RESOLUCION CRC 4957 DE 2016

NORMATIVIDAD DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones de 1996.

Decisión 500 de 1999. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.

Decisión 439 de 1998. Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina.

Decisión 462 de 1999. Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina.

Resolución 432 de 2000. De la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones Normas comunes sobre Interconexión.

Resolución 1922 de 2017. Modificación de la Resolución 432 - Normas comunes sobre Interconexión.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-029 del 2 de febrero de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía.

Sentencia C-228 del 25 de mayo de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-066 del 11 de febrero de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-231 del 15 de mayo de 1997. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia C-284 del 5 de junio de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell

Sentencia C-189 del 6 de mayo de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero

Sentencia C-256 del 27 de mayo de 1998. M.P. Fabio Morón Diaz

Sentencia C-272 del 3 de junio de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-444 del 26 de agosto de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-227 del 14 de abril de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia C-384 del 5 de abril de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000. M.P. José Gregorio Hernández.

Sentencia C-649 del 20 de junio de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-415 del 28 de mayo de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-660 del 6 de agosto de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-088 del 5 de febrero de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-178 del 3 de marzo de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-200 del 4 marzo de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-246 del 14 de marzo de 2004. M.P. Clara Inés Vargas.

Sentencia C-988 del 12 de octubre de 2004. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia C - 590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño

Sentencia C-1120 del 1 de noviembre de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Sentencia C-1041 del 4 de diciembre de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-058 del 2 de febrero de 2009. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Sentencia C-403 del 27 de mayo de 2010. M.P. María Victoria Calle

Sentencia C-570 del 14 de julio de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sentencia C-186 del 16 de marzo de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto.

Sentencia C-748 de 6 de octubre de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia C-555 del 22 de agosto de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sentencia SU 712 del 17 de octubre de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio.

Sentencia T-783 del 12 de noviembre de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia C-256 del 23 de abril de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia SU 263 del 7 de mayo de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

CONSEJO DE ESTADO

Sentencia del 29 de junio de 2006. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.
Exp.2004-00309.

Sentencia del 21 de mayo de 2008. Sección Tercera. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Proceso No. 2007-00008-00 (33.643)

Sentencia del 27 de marzo de 2008. Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Proceso No. 2007-00009-00 (33.644)

Sentencia del 27 de marzo de 2008. Sección Tercera C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Proceso No. 2007-00010-00 (33.645)

Sentencia 21 de agosto de 2008. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Exp. 2003-00047.

Sección Tercera. Sentencia del 7 de abril de 2011. C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 20750.

Sentencia del 16 de marzo de 2012. Sección Primera. C.P. María Elizabeth García González.

Sentencia del 9 de agosto de 2012. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación No 11001032600020120002000 (43281).

Sentencia del 9 de agosto de 2012. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 11001032600020120001300 (43.045).

Sentencia del 9 de agosto de 2012. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación No. 11001032600020120001800 (43.195).

Sentencia del 28 de febrero de 2013. Sección Cuarta. C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás. Expediente: 78500.

Sentencia del 1 de abril de 2013. Sección Segunda. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación No 2013-00199-01 (AC).

Sentencia del 23 de octubre de 2013. Sección Quinta.

Sentencia del 21 de abril de 2014. Sección Quinta. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicación No 2042-00.

Sentencia del 27 de noviembre de 2014. Sección Primera. C.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicación No 05001 23 33 000 2012 00533 01.

Sentencia del 23 de septiembre de 2015. Sección Tercera. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación No 11001032600020150001800 (53054).

Sentencia del 2 de diciembre de 2015. Sección Tercera. C.P. Hernán Andrade Rincón. Radicación No 110010326000201500030-00 (53.182).

Sentencia del 13 de julio de 2016. Sección Tercera. C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad. No. (55094).

Sentencia del 3 de agosto de 2016. Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Radicación No 110010326000201500089-00 (54.315)

Sentencia del 24 de noviembre de 2016. Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Radicación No 11001-03-26-000-2015-00015-00 (52.992)

Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 24 de octubre de 2016. C.P. Germán Alberto Bula Escobar. Rad interna: 2293. Número Único: 11001-03-06-000-2016-00074-00.

SENTENCIA TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA

Proceso 03-AI-2010 del TJCA del 26 de agosto de 2011

Auto aclaratorio del 15 de noviembre de 2011

INTERPRETACIONES PREJUDICIALES

Proceso 57-IP-2012 del 11 de julio de 2012

Proceso 261-IP-2013 del 1 de junio de 2013

Proceso 181-IP-2013 del 22 de enero de 2014

Proceso 161-IP-2013 del 13 de mayo de 2014

Proceso 255-IP-2013 del 11 de junio de 2014

Proceso 14-IP-2014 del 20 de marzo de 2014

Proceso 16-IP-2014 del 18 de junio de 2014

Proceso 79-IP-2014 del 25 de agosto de 2014

Proceso 121-IP-2014 del 20 de noviembre de 2014

Proceso 146-IP-2014 del 20 de febrero de 2015

Proceso 322-IP-2014 del 20 de mayo de 2015

Proceso 385-IP-2015 del 15 de diciembre de 2015

NORMATIVIDAD INTERNACIONAL:

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Radio Act de 1912. *Regulo el espectro radioeléctrico como medio de transmisión con fines comerciales.*

Communications Act de 1934. *Ley de Comunicaciones.*

Communications Act de 1962. *Reguló la prestación de servicios de telecomunicaciones por medio de satélites.*

Cable Acts de 1984 y 1992. *Otorgó facultad a la FCC de regular tarifas de servicios por cable, y protección de usuarios*

Telecommunications Act de 1996. *Ley de Telecomunicaciones de 1996.*

ESPAÑA

Ley 31 de 18 de diciembre de 1987. *Ordenación de las Telecomunicaciones*

Ley 17 de 3 de mayo de 1997. *Liberalización de las Telecomunicaciones*

Ley 11 del 24 de abril de 1998. *Ley General de Telecomunicaciones*

Ley 32 de 3 de noviembre de 2003. *Ley General de Telecomunicaciones de España*

Ley 5 de 10 de abril de 2006. *Regula los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno*

Ley 7 de 12 de abril de 2007. *Estatuto Básico del Empleado Público*

Ley 15 de 3 de julio de 2007. *Defensa de la Competencia*

Ley 11 de 20 de mayo de 2011. *Reforma de la Ley de Arbitraje*

Real Decreto-Ley 13 de 30 de marzo de 2012. *Transpone directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas*

Ley 3 de 4 de junio de 2013. *Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*

Ley 9 de 9 de mayo de 2014. *Ley de Telecomunicaciones*

ECUADOR

Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 18 de febrero de 2015

Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del 25 de enero de 2016

CHILE

Ley 18.168 de 1982. Ley General de Telecomunicaciones.

Decreto Ley 211 de 1973.

MEXICO

Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión de julio de 2014

PERÚ

Ley 28.295 del 28 de junio de 2004

Decreto Legislativo 1019 del 10 de junio de 2008

URUGUAY

Ley 17.296 del 23 de febrero de 2001

UNIÓN EUROPEA

Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002. *Relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco).*

Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002. *Relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión.*

Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002. *Relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.*

Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002. *Relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.*

Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009. *Por la que se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.*

Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009. *Por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la*

Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Reglamento (CE) No 1211 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009. *Por el que se crea el Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE).*

Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre de 2011. *Sobre los derechos de los consumidores.*

PAGINAS DE INTERNET CONSULTADAS:

<http://www.antv.gov.co/>

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm>

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=article&op=view&path%5B%5D=3993&path%5B%5D=4294>

<http://www.siust.gov.co/siust/htm/glosario.htm>

<http://lema.rae.es/drae/?val=regular>

http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulaci%F3n_Esteve.pdf

http://www.revistasice.info/cachepdf/ICE_832_45-57_80A525579E456DA0B49C7C6208F5978A.pdf

<http://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/b9a92fef-d53b-432c-baa7-791bc01f27b9>.

<http://www.MINTIC.gov.co/portal/vivedigital/612/w3-channel.html>

http://decon.edu.uy/~mito/cursos/micro_a/Notas%20Monopolio%20Natural.pdf

<http://www.ub.edu/graap/Calzada/Calzada%20Costas.pdf>

<http://e-ducativa.catedu.es/44700165/aula/archivos/repositorio//1000/1249/ttml/>

<http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/sites/ciencia/html/fisica.html>

<https://www.crcom.gov.co/es/pagina/inicio>

<http://www.cnmc.es/>

<http://euroalert.net/news.aspx?idn=15710>

<http://www.ift.org.mx/>

<https://www.osiptel.gob.pe/>

<https://www.crcom.gov.co/resoluciones/00003015.pdf>

<http://www.cepal.org>

<http://www.siust.gov.co/siust/htm/glosario.htm#i>

<http://www.aaep.org.ar/anales/works/works2007/bruno.pdf>

<http://es.wikipedia.org/wiki/IPTV>

<http://www.internetsociety.org/sites/default/files/Internet%20Exchange%20Points%20-20Spanish.pdf>

http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulaci%F3n_Esteve.pdf

<https://www.osiptel.gob.pe/categoria/solucion-de-controversias-agencia>

<http://lema.rae.es/drae/?val=potestad>

<https://www.crcm.gov.co/uploads/images/files/Borrador%20AR%202016-2017%2030OCT2015%20publicar.pdf>

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13313201>>

<http://www.cepal.org/Socinfo>

<http://economistasfrentealacrisis.com/que-es-la-economia-colaborativa/>

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2001_es.htm

<http://www.rocasalvatella.com/es/nueva-economia-la-economia-colaborativa>

http://admin.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/comunicacion/los_medios_de_comunicacion.htm.

<http://www.eltiempo.cohttp://www.semana.com/tecnologia/articulo/ministro-de-TIC-david-luna-se-opone-crear-tribunales-especiales-para-telecomunicaciones/448063-3m/tecnosfera/novedades-tecnologia/pleito-claro-etb-y-movistar/15954355>

<http://www.eltiempo.com/bogota/petro-le-reclama-a-slim-por-deuda-de-claro-con-etb/15713995>

<http://www.semana.com/buscador?query=etb%20gana%20pleito%20millonario%20comcelclaro>

<http://www.elpais.com.co/elpais/economia/noticias/claro-debe-pagar-multimillonaria-multa-etb>.

<http://www.bluradio.com/98619/corte-da-libre-para-que-consejo-de-estado-dirima-pleito-entre-comcel-y-etb>.

<http://www.elspectador.com/noticias/bogota/tribunal-de-arbitramento-falla-de-fondo-favor-de-etb-articulo-563585>.

<http://www.portafolio.co/columnistas/claro>.

<http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/confirman-medidas-cautelares-contra-claro-en-pleito-con-la-etb/16339435>.

<http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/segundo-tribunal-arbitral-se-declara-impedido-para-resolver-pleito-etb-claro/16469439>

<http://www.semana.com/tecnologia/articulo/corte-constitucional-se-pronuncia-en-el-caso-de-etb-contra-claro/426719-3>.

<http://www.semana.com/tecnologia/articulo/etb-claro-la-eterna-pelea-tiene-un-nuevo-capitulo/440940-3>

<http://www.semana.com/tecnologia/articulo/etb-claro-la-eterna-pelea-tiene-un-nuevo-capitulo/440940-3>

<http://www.semana.com/tecnologia/articulo/etb-vence-claro-en-tribunal-de-arbitramento/429383-3>

<http://www.semana.com/nacion/articulo/saul-kattan-presidente-de-la-etb-pide-que-claro-les-pague/428255-3>

<http://www.semana.com/tecnologia/articulo/claro-le-gana-una-batalla-etb/406609-3>

<http://www.semana.com/tecnologia/articulo/tribunal-pasa-la-crc-caso-de-la-deuda-de-claro-etb/405619-3>

<http://www.semana.com/tecnologia/articulo/etb-presenta-su-posicion-en-su-pelea-con-claro/406835-3>

<http://www.semana.com/tecnologia/novedades/articulo/la-orden-judicial-que-claro-no-acato/385444-3>

<http://www.semana.com/tecnologia/novedades/articulo/el-abc-de-la-pelea-entre-claro-etb/383282-3>

<http://www.semana.com/tecnologia/articulo/claro-vs-etb-ahora-un-tribunal-pone-la-etb-pagarle-claro/44356>

[http://es.wikipedia.org/wiki/Broadcast_\(inform%C3%A1TICa\).](http://es.wikipedia.org/wiki/Broadcast_(inform%C3%A1TICa).)

<http://www.ift.org.mx/>

[https://www.osiptel.gob.pe/.](https://www.osiptel.gob.pe/)

<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3046755.htm#art294>

<http://www.telecomunicaciones.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2016/05/Ley-Org%C3%A1nica-de-Telecomunicaciones.pdf>

http://www.subtel.gob.cl/images/stories/apoyo_articulos/estudios/informe_financiero_uai_2013.pdf

<http://www.funciva.org>

<http://www.revistasice.com>

<http://www.obs-edu.com/int/blog-investigacion/direccion-general/ejemplos-de-tecnicas-de-investigacion-cualitativa>

<http://www.itu.int/es/about/Pages/default.aspx>

<http://www.sic.gov.co/>

<https://www.dnp.gov.co/Paginas/inicio.aspx>

<https://www.cnmc.es/>

ANEXOS

ANEXO 1:**APARTES DEL ANÁLISIS DEL LAUDO ARBITRAL ENTRE COMCEL Y ETB
DEL 15 DE DICIEMBRE DE 2006**

Ficha de análisis del laudo arbitral entre COMCEL y ETB del 15 de diciembre de 2006.

Problema Jurídico: ¿La Resolución CRT 463 de 2001 fue derogada por la Resolución CRT 469 de 2002?

Consideraciones del Tribunal:

(...)

En el marco de sus facultades de regulación, la CRT emitió inicialmente la Resolución 087 de 1997, en cuyo Título IV fijó las reglas para la interconexión de redes y operadores. Originalmente la normatividad sólo preveía la aplicación de ciertos principios. Es expreso y reiterado en esta norma, que la actividad de interconexión está regulada en torno a generar libre acceso, sin barreras y obstáculos que puedan influir en la libertad de competencia entre los operadores, objetivos que corresponden a la competencia de la CRT según su misión institucional asignada por la ley.

...2.2.2 Resolución 253 de 2000

Esta Resolución en su artículo 5.10.6., fijó el derecho de los operadores de TMC Y PCS a cobrar a los operadores de larga distancia por acceso y uso, \$30 pesos por minuto cursado o proporcionalmente por fracción de minuto, pesos de 1 de marzo de 1997, actualizables a IAT.

2.2.3 Resolución CRT 463 del 27 de diciembre de 2001

Con la expedición de esta Resolución CRT, se modificaron a partir del 1 de enero de 2002 los Títulos IV y V de la Resolución CRT 87 de 1997, en varios aspectos relacionados con los cargos de acceso y uso de las interconexiones, cuyos detalles se explicarán posteriormente.

2.2.4 Resolución CRT 469 del 4 de enero de 2002

Con esta Resolución se expidió el Régimen Unificado de Interconexión (RUDI), salvo los cargos de acceso que, formando parte de este régimen, fueron consignados, como se dijo, en la Resolución 463 de 2001.

Según lo expuso la sociedad convocada en su excepción, el artículo 3° de la Resolución 469 derogó la 463 en los siguientes términos:

“Capítulo V. Disposiciones finales. Artículo 3°. Derogatoria y vigencia. La presente Resolución CRT rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las normas expedidas con anterioridad a la misma que le sean contrarias, en particular el Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997 y los artículos 3.7 y 19.4 del Decreto 2542 de 1997.”(Resalta el Tribunal).

Recordemos que la Resolución 463 de 2001 había integrado al título IV de la Resolución 087 de 1997 las normas sobre cargos de acceso.

Se observa al revisar las obligaciones tipo A y Tipo B consagradas en la Resolución 469, que no se regula nada referente a valores de la remuneración para los operadores que se interconectan. No hay en el clausulado de este acto administrativo una fijación de tarifas.

Puede observarse entonces que la resolución 469 derogó expresamente el título IV, en el último artículo, a pesar de que las reglas sustitutivas de éste título, no previeron nada sobre tarifas.

La resolución 463 previó, en un artículo independiente, respecto del cual no indicó que era parte del título IV de la resolución 087, que los operadores de TPBCLD podían seguir aplicando las tarifas existentes al momento de entrar en vigencia la resolución 463, o acogerse a las tarifas previstas en los artículos adicionales del Título IV de la resolución 087 de 1997.

2.2.5 Antecedentes de las resoluciones 463 de 2001 y 469 de 2002.

Con el fin de establecer una interpretación adecuada, con miras a verificar la vigencia de las normas adicionadas a la resolución 087 de 1997, a que se refieren los primeros artículos de la resolución 463 de 2001 y, en atención a los artículos 25 y 27 del Código Civil,

el Tribunal consultó los antecedentes y las actas de las discusiones que, en el seno de la CRT, dieron lugar a la gestación de la mencionada normatividad. Recordemos que la CRT es la única entidad encargada de expedir normas regulatorias sobre interconexión, lo que permite afirmar que se trata de un “Legislador” - en sentido material y no formal.

El análisis para la aprobación de las Resoluciones CRT 463 de 2001 y 469 de 2002 se inició el 28 de agosto de 2001 en la sesión de comisión de dicha fecha... En aquella ocasión se indicó que los proyectos que irían en dichos actos (Cargos de Acceso, Régimen Unificado de Interconexión y Planes Técnicos Básicos) si bien irían en resoluciones separadas, formarían un solo cuerpo por lo que en el momento en que se tome la decisión de expedirlas, deben ser aprobadas todas. (Acta 90, CRT. Ago. 28/2001).

El 8 de octubre de 2001 en una sesión distinta de comisión se continuó el debate tanto del Proyecto de Resolución CRT “por medio de la cual se modifica el título IV de la Resolución CRT 087 de 1997 y se dictan otras disposiciones – Cargos de acceso”, como del Proyecto de Resolución CRT “por medio de la cual se establece el régimen unificado de interconexión – R.U.D.I.”. (Acta No. 92, Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. 8 de octubre de 2001).

Por último el 21 de diciembre de 2001 en sesión de comisión fue aprobada por unanimidad la expedición de las resoluciones “por medio de la cual se modifica el título IV de la Resolución CRT 087 de 1997 y se dictan otras disposiciones y “por medio de la cual se establece el régimen unificado de interconexión – R.U.D.I.”. (Acta No. 94, Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. 21 de diciembre de 2001).

Puede apreciarse cómo, para la misma entidad de regulación que las expidió, era claro que no se trataba bajo ninguna condición de que la Resolución 469 suprimiera lo adicionado por la 463 a la 087, sino que, por el contrario, se trataba de un trabajo complementario, desarrollado como un cuerpo único, que regulaba integralmente lo económico y lo técnico de la interconexión.

Aún con prescindencia del contenido de estas actas de la CRT, con base en los elementos del proceso se puede llegar a la misma conclusión con absoluta certeza. Según se explicará luego con más detalle, el nuevo Título IV de la 087 de 1997 sobre régimen de

interconexión está conformado en su integridad por disposiciones introducidas por las resoluciones 469 y 463, cuya numeración consecutiva es concordante y conforma un verdadero sistema normativo en la materia.

Realmente no tendría sentido alguno que la CRT hubiera construido dicho sistema en dos resoluciones concebidas al mismo tiempo y que una de ellas derogara a la otra. La explicación es bien clara y consiste en que la falsa imagen de la derogatoria de la Resolución 463 de 2001 surgió por efecto de la entrada en vigencia de las dos normas, que fue consecutiva y no simultánea.

Así las cosas, el sentido unívoco que el Tribunal ve en el artículo 3° de la Resolución 469 de 2002 está en que dicho ordenamiento sobre Interconexión derogaba las normas primitivas del título IV de la Resolución 087, que serían reemplazadas en su totalidad por las resoluciones 463 y 469. Ante esta intención evidente del “Legislador” no cabe una interpretación distinta.

Puede añadirse que la Resolución CRT 469 de 2002 debía derogar tácitamente todas las normas expedidas con anterioridad a la misma que le sean contrarias. En virtud de su contenido se puede asegurar que las disposiciones introducidas por la Resolución 463 regulan aspectos distintos de un mismo tema y que, por lo tanto, no resultan contradictorias. Esto también explica el hecho de que no hubiera incluido la 469 una derogatoria expresa de la 463. Además, si la intención de la CRT hubiera sido dejar si (sic) efecto las normas sobre cargos de acceso ¿cuál sería el sentido de mantener vigente el artículo 5° de la mencionada resolución, que no forma parte del título IV de la 087, pero sí remite a la aplicación de las demás disposiciones de la 463?

Por último cabe añadir que es la misma CRT la que, en la Circular 40, explica el sentido de sus propias regulaciones en los términos del artículo 25 del Código Civil. En efecto, mediante dicha circular indicó que las Resoluciones 463 y 469 fueron aprobadas en la misma sesión del 21 de diciembre de 2001, forman un cuerpo normativo integral, como las conoció el Sector durante toda la discusión de los proyectos, siendo por lo tanto complementarias y nunca contrarias.

En conclusión, reitera el Tribunal que la Resolución 463 de 2001 se encuentra vigente desde el 29 de diciembre de 2001, fecha de su publicación en el Diario Oficial. (Las negrillas son del texto original)

(...)

Problema jurídico: ¿La opción de acogerse a la regulación sobre cargos de acceso de la Resolución CRT 463 de 2001 es un acto unilateral del operador que se interconecta?

Consideraciones del Tribunal:

(...)

Con lo que se ha expresado hasta ahora respecto del artículo en cita, afirmamos que esta es una norma jurídica de intervención estatal en la economía contractual, que si bien no abroga el contenido estipulatorio pactado entre OPERADOR INTERCONECTANTE y COMCEL, es decir, que no entraña, per se, una terminación o suspensión del mismo, sí impone una limitación de la libertad negocial, restringida al aspecto tarifario y que constituye la posibilidad bajo la cual las partes contratantes se enfrentan a la decisión de o mantener su contrato en las condiciones vigentes en diciembre de 2001, u optar, en desarrollo del principio de integralidad, por “acogerse, en su totalidad a las condiciones previstas (...) para todas sus interconexiones”. No cabe duda de que se trata de una norma que puede modificar las reglas previstas por las partes y les impone obligaciones, lo que, como se ha explicado, responde a las reglas constitucionales y legales de intervención en la actividad de prestación de servicios públicos, ante la cual debe ceder el interés particular expresado en la regla pacta sunt servanda. (lo pactado obliga)

(...)

El principio de integralidad es, en esta materia, una especie del género conformado por la razón o principio de igualdad y entraña la imposición para el operador de otorgar y mantener las mismas condiciones materiales respecto de las demás entidades interconectadas.

Ahora bien. Cuando el artículo 5° se refiere a los operadores de TMC y TPBCLD, lo hace considerando su calidad de solicitantes de la interconexión, o sea como interconectados. Es decir, en el caso

de las relaciones de interconexión anteriores a la Resolución 463 de 2001, esto significa que la facultad de escoger el régimen de cargos de acceso que contiene la norma, se encuentra en cabeza de quienes usan las redes de otros operadores.
(...)

Problema Jurídico: ¿La facultad que contempla la Resolución CRT 463 de 2001, le impone al operador que se interconecta la obligación de aplicar manera integral a todas sus interconexiones la forma de remuneración de los cargos de acceso escogida?

Consideraciones del Tribunal:

(...)
La CRT al expedir la Resolución CRT 463 de 2001, buscó acabar con la desigualdad real que existía entre las tarifas canceladas a los operadores locales y a los operadores móviles, dado que mientras las primeras eran excesivas las segundas arrojaban un déficit para los operadores de TMC, elemento típico de intervención en aras de eliminar imperfecciones de mercado y crear condiciones para la libre competencia, que es mandato para la CRT y regla de imperativo cumplimiento para los operadores del servicio público de telecomunicaciones. Esta medida fue el fruto de estudios del sector que le mostraron a la CRT, que con la situación existente antes de la medida, no se cumplía para todos la regla de percibir un ingreso que correspondiera al costo de operación eficiente, más una utilidad razonable, esto es, similar a la de cualquier inversión con un grado de riesgo equiparable.

Por lo expuesto los operadores de TMC y TPBCLD, en su calidad de interconectados, como profesionales en la actividad, y respetando el principio de integralidad, debían analizar qué les resultaría más conveniente desde el punto de vista técnico y financiero, si continuar con la remuneración pactada en los contratos o acogerse, en la totalidad de sus interconexiones, a las condiciones de la resolución CRT 463 de 2001.

En el caso de los Operadores de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia, como es el caso de OPERADOR INTERCONECTANTE, Telecom y Orbitel, su decisión debía contemplar y evaluar el fenómeno impuesto en aras del equilibrio y

de la libre competencia, consistente en que por un lado estaban los operadores locales, a los que podían empezar a pagarles tarifas que con el tiempo irían disminuyendo; y por el otro estaban los operadores de telefonía móvil celular para quienes las tarifas aumentarían gradualmente haciendo que la remuneración de estos fuera mayor a la que recibían en los términos del contrato.

A juicio del Tribunal lo que se ha explicado, es el principio de la integralidad, que por su esencia y objetivo resulta de imperativo cumplimiento para los operadores de telecomunicaciones, de lo que se deriva sin duda que la escogencia de la Resolución CRT 463 de 2001 no podía ser selectiva, sino de naturaleza general e integral.

En apoyo de esta conclusión está el argumento a contrario sensu, puesto que la actitud del operador de TPBCLD de escoger a su arbitrio aquella parte de la Resolución que le convenía –es decir pagar menos a los operadores locales- y dejar de lado aquella que le resultaba más gravosa –pagar más a los operadores celulares-, no se compadece con los principios de igualdad, de acceso igual-cargo igual, y de transparencia, que son imperativos dentro de las reglas que se imponen a los agentes del servicio de Telecomunicaciones...

(...)

Cuando la norma le da la opción al operador que usa la red de otro de someter esa relación antecedente a los términos de la Resolución 463 de 2001, le impone al mismo tiempo la condición de que lo haga de manera integral con todas sus interconexiones, de manera que no le estaría dado aplicarla discriminadamente.

En otras palabras, cuando el operador en cuestión opta por esa vía frente a alguno de sus interconectantes es porque ha decidido incorporar todas sus relaciones al nuevo régimen regulatorio

(...)

Problema Jurídico: ¿Debe el operador interconectante hacer una oferta formal con las opciones de cargos de acceso al operador que se interconecta para cumplir con la Resolución CRT 463 de 2001?

Consideraciones del Tribunal:

(...)

Luego de todos los razonamientos que preceden, para el Tribunal la respuesta es obvia: La Resolución no está significando que el interconectante tenga que hacer una oferta formal, sino que el sentido de la expresión “ofrecer” se refiere a que los interconectantes estén obligados a asumir cualquiera de las dos formas de liquidación del cargo de acceso, a disposición del solicitante.

Y, por eso mismo, este no tiene que esperar la oferta para tomar su decisión de acogerse a cualquiera de las dos opciones, ya que los valores de la Resolución constituyen una tarifa que cumple con el principio de suficiencia financiera.

(Suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento...)

De aquí se llega subsecuentemente a la conclusión de que si no se requiere una oferta explícita del interconectante, se entiende que quien demanda la interconexión debe elegir entre las opciones consagradas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución 087 de 1997, incluyendo los cargos máximos allí establecidos, que involucran costo más utilidad razonable según lo ordena la ley.

Es conveniente recordar que el RUDI contiene un capítulo que la Resolución 087 de 1997 denomina “negociación directa e imposición de servidumbres”. Allí reglamenta el procedimiento de negociación directa de la interconexión y la eventualidad de que sea la CRT la que imponga la servidumbre de acceso uso e interconexión si las partes no llegan a un acuerdo.

En este procedimiento sí está prevista una oportunidad de presentar oferta formal, pero no se trata de la obligación del artículo 4.2.2.19 sino de una carga en cabeza tanto del solicitante como del interconectante, cuya omisión les puede acarrear desventajas en el proceso.

Establecida como está la premisa de que no es indispensable la oferta del interconectante, resulta claro que desde el mismo momento en que la ETB decidió acogerse a los cargos de acceso de la Resolución 087 de 1997, se abrió para ella la obligación de

escoger entre alguna de las dos opciones que trae el artículo 4.2.2.19

*... El Tribunal considera pertinente, además, denotar que la obligación puede ser impuesta normativamente (por el imperio de la ley), en ejercicio del poder estatal de intervención, tal como ocurre en el caso que nos ocupa
(...)*

Problema Jurídico: ¿Del principio de la buena fe se desprenden obligaciones que aunque no pactadas son exigibles en la ejecución de los contratos?

Consideraciones del Tribunal:

(...)

Es importante anotar que tanto Operador de Interconexión como Operador de Red son profesionales puesto que gozan de las tres características con que la doctrina y la jurisprudencia han caracterizado tal categoría socio-económica.

Esta condición de profesional les impone especiales estándares de conducta. Entre ellos la obligación de conocer exhaustivamente las reglas que rigen su actividad, en especial si ella se desarrolla en un campo de interés general, dada su incidencia en la calidad de vida de los ciudadanos, que como se ha indicado, está sujeto a la intervención y regulación estatal.

Ya se explicó antes, como esta resolución por su marco constitucional y legal tiene la virtualidad de modificar los contratos de los operadores de telecomunicaciones, lo cual es conocido o debió serlo por las partes en este litigio, dado que la ignorancia de la ley no es razón para justificar un incumplimiento.

Además, existen en el expediente constancias de que Operador de Interconexión conoció esta resolución desde enero de 2002, puesto que la usó para pedir ante algunos operadores su aplicación.

Estos elementos le permiten al Tribunal concluir que la decisión de Operador de Interconexión de no realizar los actos y declaraciones necesarios para cumplir la Resolución fue una decisión consciente

y deliberada. Tal actitud no es la de una persona con ánimo inocente.

Una actuación consciente como esta, que causa daño a otra, es denominada Delito Civil y corresponde a la acusación de incumplimiento por dolo:

“Una persona comete un delito si ha causado el daño intencionalmente, si se ha propuesto perjudicar al prójimo, si ha obrado o se ha abstenido de obrar animo nocendi.”...

“La clasificación tradicional entre delitos y cuasidelitos civiles ha descansado en la diferente actitud del agente; todos sus demás elementos son comunes, pero en el delito hay dolo del autor del daño y culpa en el cuasidelito civil. Salvada esta separación, no hay otras entre éste y aquel, y no es mayor la responsabilidad en el caso de dolo que en el de la culpa, pues su intensidad se mide por el daño y no por la actuación del agente.” “De ahí que las legislaciones de este siglo hayan abandonado la distinción entre delito y cuasidelito civil; así ocurre en los Códigos alemán, suizo, italiano, del Brasil, Perú, etc.”...

Este comportamiento, con estas características, lleva al Tribunal a la necesidad de desestimar la defensa de cumplimiento del artículo 4.2.2.19 esgrimida por Operador de interconexión. (Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M:P: Arturo Valencia Zea. Sentencia del 23 de junio de 1958.)

En materia de responsabilidad contractual de los profesionales el Tribunal acoge como propios, los lineamientos que se fijaron en el laudo del Tribunal Arbitral de INURBE contra FIDUAGRARIA, (8 de Junio de 1999):

“La doctrina señala que mediante los contratos celebrados por los profesionales estos asumen ciertas prestaciones especiales que vienen a reforzar o a sumarse a las obligaciones generales o erga omnes antes señaladas. Dentro de estas obligaciones cabe destacar aquellas que, a pesar de no haber sido contempladas por los contratantes, se entienden tácitamente incorporadas y, por ende, implícitamente asumidas por el profesional, a través de interpretaciones jurisprudenciales enderezadas a proteger a la parte neófito, al consumidor o a la clientela profana. Para la determinación de estas obligaciones se acude a la noción de la buena fe objetiva, la cual sirve como instrumento de integración de

los contratos, función ésta de la buena fe consagrada expresamente en nuestro Derecho por los artículos 1.603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, a cuyo tenor los contratos obligan “no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre y la equidad natural”. Así las cosas, en cada caso el juez debe analizar el contrato para establecer a qué se obligó expresamente el profesional y a qué lo obliga también la buena fe, de acuerdo con la naturaleza de los servicios estipulados, pero, igualmente, para fijarle límites a las obligaciones, y, a la responsabilidad que el profesional ha podido pactar lícitamente. (...)”.

Del principio de la buena fe, se desprenden obligaciones que al tenor del artículo 871 del Código de Comercio, son vigentes y exigibles aún cuando no hayan sido pactadas, y que en el caso de los profesionales han sido perfiladas y definidas por la jurisprudencia y la doctrina. En lo que resulta relevante para este caso, se indican algunas de ellas, tomadas del laudo ya citado de INURBE contra FIDUAGRARIA. (En este mismo sentido Cf. Sentencia del 23 de julio de 1953, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Magistrado Ponente Arturo Valencia Zea. GJ. 2138. Pág. 222 y siguientes.

1.5.1.2.1 Obligaciones de Lealtad

La Jurisprudencia, con base en el principio de ejecución de buena fe de los contratos, ha deducido un deber de lealtad a cargo de los contratantes, del cual se derivan diversas consecuencias o corolarios que se mencionan a continuación:

1.5.1.2.1.1 Obligación de ejecutar el Contrato

Como es evidente, la primera obligación que se desprende del principio de lealtad es la de ejecutar el contrato, es decir, cumplir las obligaciones como “un buen profesional”, procediendo al efecto con el grado de previsibilidad, cuidado y diligencia a que está sometido y empleando todos los medios razonables a su alcance para lograr el objetivo buscado por su acreedor al contratar, lo que significa que el profesional debe actuar con los medios y el propósito necesarios para que su cliente alcance la finalidad social, económica o jurídica que persigue. Por ende el profesional debe prestar los servicios a que se comprometió en la forma y en la oportunidad estipuladas o usuales. (...)

1.5.1.2.1.4 *Deber de Transparencia*

La ejecución de un contrato por un profesional lo obliga a obrar con transparencia tanto durante la fase de cumplimiento de las prestaciones, como a su terminación, lo que le exige mantenerse en contacto con su cliente para ponerlo al tanto de las dificultades especiales o de los imprevistos que lleguen a presentarse. . (...)

1.5.1.2.1.7 *Respeto a los intereses del cliente*

El anterior deber de fidelidad se complementa con el de respetar e incluso preferir los intereses del cocontratante, lo que obliga al profesional a actuar de la manera que más convenga a su cliente. Así las cosas, entre las distintas alternativas posibles, debe proponer o tomar -si tiene las facultades para ello- la que sea más favorable a éste, o la que parezca más apropiada a los propósitos que persigue. Por tanto, el profesional debe siempre tener en mente los intereses legítimos de quien utiliza sus servicios.

1.5.1.2.1.8 *Facilitar la ejecución del contrato*

En observancia de esta obligación, el profesional debe suministrarle a su cocontratante las instrucciones, documentos, objetos y demás elementos necesarios con el fin de permitirle la ejecución de sus tareas contractuales. Este mismo deber le prohíbe al profesional impedir o hacer más difícil a su cocontratante el cumplimiento de tales prestaciones.

1.5.1.2.1.9 *Otros deberes*

Los comentaristas coinciden en señalar que el principio de lealtad exige, adicionalmente, al menos en algunos casos, de ciertas cualidades o virtudes que debe mostrar el profesional, tales como la educación, la exactitud, la paciencia, la discreción y la delicadeza, que para algunos conforman “la moral de los negocios” ...

Estas reglas derivadas de la buena fe, son aplicables no sólo en las relaciones jurídicas con los consumidores, sino en todos los contratos, puesto que la regla del artículo 871 del C. de Co., no distingue en su aplicación. Es también relevante, en el caso que se debate en este proceso, en la medida en que el comportamiento desleal afecta el equilibrio de mercado, en detrimento de los consumidores, con afectación de las reglas constitucionales que ya se han indicado en este laudo.

Así pues, la calidad de profesionales en la prestación de servicios públicos que tienen las dos partes involucradas en el contrato que es objeto de discusión, potencia la necesidad de aplicar estas reglas de comportamiento contractual, puesto que la finalidad del contrato trasciende el ámbito del interés particular de ellas, para afectar el bien de la comunidad.

El incumplimiento que el tribunal imputa a ETB consiste en que conocía y debía conocer que, una vez acogida con Edatel y otros operadores a la Resolución CRT 463 de 2001, debía remunerar a Comcel bajo una de las dos modalidades previstas en el artículo 4.2.2.19, para lo cual tenía la obligación de escoger una de ellas, y manifestarlo cumpliendo con la obligación alternativa. ETB conocía que este sistema era creciente y significaba mayores ingresos para su contraparte contractual; conocía que no cumplir con esta regla, le daba ventajas injustas en el mercado al tener antijurídicamente un menor costo integrado a sus tarifas, para mejorar su posición de competencia frente a los demás operadores de larga distancia internacional; conocía o debía conocer que su posición, no respaldada en las reglas propias del contrato perjudicaba a su contraparte contractual; conocía o debía conocer que las cifras a las que remitía la resolución incorporaban la regla de retribuir los costos más una utilidad razonable. No obstante lo anterior, la ETB deliberadamente puso a su contraparte contractual en situación de que no percibiera la remuneración que la norma estableció como adecuada para la industria de las telecomunicaciones en general.

Todos estos elementos permiten afirmar al tribunal que ETB no cumplió con los requisitos de la buena fe, que son como se explicó, normas objetivas para los contratantes que conforman el contenido obligacional de los contratos.

Así las cosas, no cabe al tribunal sino reprobar el comportamiento contractual de ETB, al rehusarse de manera expresa a cumplir la Resolución CRT 463 de 2001, conocida por ella, frente a Comcel, habiéndola aplicado en interconexiones con otros operadores, específicamente en los que su aplicación redundaba en una menor tarifa a pagar. Ello implica no solo la violación manifiesta del principio de integralidad, previsto en el artículo 5º de dicha resolución, sino una posición contraria a reglas que le eran de imperativo cumplimiento, tales como las incluidas en la Resolución CRT 087 de 1997 hoy compiladas en la Resolución CRT 575 de

2002, como son las de acceso igual cargo igual, libre competencia y buena fe (Res. CRT 575/2002, arts. 4.2.1.3, 4.2.1.5 y 4.2.1.6).

Con esta decisión, la ETB eludió un efecto específico que se previó en la Resolución CRT 463 de 2001, hoy incluida en el numeral 4.2.2.19 de la Resolución CRT 575 de 2002, cual era un aumento en las tarifas que remuneraban la red de los operadores de TMC, efecto previsto por la CRT, como consecuencia de sus estudios, para crear condiciones de competencia e igualdad. Como las tarifas que fijó la CRT según se explicó antes, corresponden al principio de que el ingreso de los operadores debe corresponder a sus costos más una utilidad razonable, la actitud de ETB privó a Comcel de esa retribución, básica en las reglas de la sana competencia en el sector de servicios públicos... (Las negrillas son del texto original)

ANEXO 2:**PACTO ARBITRAL. EJEMPLO. CASO TELEFÓNICA - ETB¹¹⁵¹**

Dentro del contrato de acceso, uso e interconexión entre la red de telefonía móvil celular (RTMC) de Celumovil S.A. y la red telefonía pública conmutada de larga distancia (RTPCLD) de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa fe de Bogotá S.A. E.S.P se estableció:

“CLÁUSULA DECIMA SEGUNDA. PROCEDIMIENTO PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS.- *En todos los asuntos que involucren la interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. En caso de ser necesario, acuerdan acudir a los medios de solución de controversias contractuales siguientes:*

1. COMITÉ MIXTO DE INTERCONEXIÓN: *El comité mixto de interconexión de que trata el Anexo No. 3 **COMITÉ MIXTO DE INTERCONEXIÓN** del presente contrato, es facultado por las partes para servir como mecanismo de arreglo directo de conflictos. Si en el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de la primera reunión, en la cual el mencionado comité sesiona tratando el tema motivo de diferencia, no se ha llegado a un arreglo directo, las partes acudirán a una segunda instancia de arreglo directo, contemplada en el siguiente literal.*

2. REPRESENTANTES LEGALES DE LAS EMPRESAS

CONTRATANTES: *Se establece una segunda instancia de arreglo directo conformada por el Presidente o Gerente de cada una de las empresas contratantes, quienes buscarán una solución al conflicto planteado, dentro de los diez (10) días calendario, siguientes al*

¹¹⁵¹ Tribunal de Arbitramento entre Telefónica Móviles Colombia S.A. y Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., del 7 de Noviembre de 2007.

vencimiento del término previsto en el literal anterior. Durante esta etapa, los representantes legales de los operadores podrán solicitar la intervención de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

3. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS: Vencido el plazo anterior sin que existiere acuerdo, las partes deberán decidir conjuntamente, dentro del término de tres (3) días hábiles siguientes, si solicitan la intervención dirimente de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones o del Ministerio de Comunicaciones, según su competencia. En caso de no darse una decisión conjunta dentro del término señalado, las partes acudirán al Tribunal de Arbitramento, contemplado en el siguiente numeral

4. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO: En los casos en que las partes estén de acuerdo en no acudir a la **CRT o al Ministerio de Comunicaciones**, o de vencimiento del plazo establecido para decidir si se solicita la intervención de estas autoridades, circunstancia en el que se entenderá que la decisión de las partes es negativa; se acudirá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento Institucional, para lo cual se procederá a la designación de los árbitros en la forma prevista en los Decretos 2279 de 1.989, 2651 de 1.991, las Leyes 377 de 1.977, 23 de 1.991, 446 de 1.998 y las normas que las sustituyan, modifiquen o adicionen. Los árbitros desarrollarán su actividad en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, en el centro de arbitraje que acuerden las partes. El fallo de los árbitros será en Derecho y tendrá los efectos que la Ley otorga a los laudos arbitrales. No obstante lo anterior, si las diferencias surgidas tienen el carácter de técnicas, los contratantes convienen en someterlas a un Tribunal de Arbitramento Institucional Técnico.”

ANEXO 3:**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. PRINCIPALES CONSIDERACIONES****1) Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 29 de Enero de 2009, de la Sección Primera Subsección B. Exp. 1005-01. M.P. Fredy Ibarra Martínez.**

Fallo: Se declaró la nulidad de la Resolución 632 de 2003 y la Resolución 756 de 2003 expedidas por la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones. (ETB-Orbitel).

Consideraciones en cuanto a la nulidad de los actos administrativos proferidos por el Órgano Regulador:

La facultad otorgada a la CRT de resolver, a petición de parte, los conflictos que surjan entre empresas con ocasión de los contratos celebrados y que no corresponda resolver a otras autoridades, debe entenderse que está limitada únicamente a las siguientes materias a) monopolios estatales en la prestación de servicios públicos; b) la promoción de la competencia entre quienes presten tales servicios; c) abuso de la posición dominante; y d) producción de servicios de calidad, en la medida en que todas ellas son funciones delegadas por el Presidente según el art 370 de la Constitución y 68 de la Ley 142 de 1994.

El artículo 37 del Decreto 1130 de 1999, a la CRT le fueron atribuidas funciones como la del numeral 14, relacionada con la competencia para dirimir conflictos sobre interconexión, a solicitud de parte, sin embargo dicha facultad se puede aplicar a las 4 materias referidas.

El conflicto del caso concreto sometido a decisión no surgió con ocasión de los temas mencionados, sino que, se generó como consecuencia de la expedición de la Resolución 463 de 2001 y la aplicación de la misma al contrato celebrado por ETB y Orbitel.

En consecuencia la CRT actuó sin competencia al momento de dirimir el conflicto suscitado entre ETB y Orbitel, en la medida en que las normas a las que se ha hecho referencia son claras al establecer que tal competencia está limitada a los 4 aspectos dichos.

En gracia de discusión la cláusula 19 en la cual las partes pactaron que podrían acudir a la CRT para dirimir diferencias, ello no significa que, a través de un contrato se otorgue una competencia determinada a una autoridad específica, en tanto que tal situación está atribuida solamente al constituyente y al Legislador, más no a las partes del negocio jurídico.

En conclusión la CRT asumió competencias que no le correspondía por cuanto se atribuyó facultades que ni la Constitución ni la Ley le habían asignado, razón por la cual con dicha actuación vulneró los artículos 6 y 29 de la Constitución, lo que conlleva a que al haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que acompaña a las Resoluciones demandadas, se declarará la nulidad de las mismas.

Consideraciones en cuanto al Restablecimiento la nulidad de los actos administrativos proferidos por el Órgano Regulador:

No se accede a la pretensión de restablecimiento del derecho, pues los pagos fueron efectuados con ocasión de las Resoluciones impugnadas, entre ETB y Orbitel. En ningún momento la CRT hizo parte de dichas transacciones, no recibió ni pago dinero, adicionalmente las pretensiones de restablecimiento del derecho están dirigidas, única y exclusivamente en contra de la Nación – Ministerio de Telecomunicaciones- CRT y en modo alguno contra Orbitel. En consecuencia por no ser la Nación, la persona jurídica obligada al reintegro o devolución de los dineros reclamados por la demandante a título de restablecimiento del derecho, se denegarán esas precisas pretensiones.

2) Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 21 de mayo de 2009, de la Sección Primera Subsección B. Exp. 1152-01. M.P. Fredy Ibarra Martínez.

Fallo: Se declaró la nulidad de las Resolución 1148 de 2005 y la Resolución 1193 de 2005 expedidas por la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones. (ETB-COMCEL)

Consideraciones en cuanto a la nulidad de los actos administrativos proferidos por el Órgano Regulador:

3) En ese sentido, el artículo 69 de la ley 142 de 1994 dispone la creación de unos órganos de regulación, entre otros, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT, entidad ésta adscrita al Ministerio de Comunicaciones, cuya función general, en términos de lo dispuesto en el artículo 73 de dicha ley, es regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.

En desarrollo de la función antes descrita, la ley 142 de 1994 le otorga a las comisiones de regulación unas facultades y funciones especiales, dentro de las cuales se encuentra la establecida en el artículo 73.8, relacionada con la resolución, a petición de cualquiera de las partes, de los conflictos surgidos entre empresas, con ocasión de los contratos o servidumbres que existan entre ellas, que no le corresponda decidir a otras autoridades, y que además será susceptible de control jurisdiccional de legalidad.

En tales condiciones, se tiene que la facultad otorgada a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT de resolver, a petición de parte, los conflictos que surjan entre empresas con ocasión de los contratos celebrados y que no corresponda resolver a otras autoridades, debe entenderse que está limitada únicamente a las siguientes materias: a) monopolios en la prestación de los servicios públicos; b) promoción de la competencia entre quienes

presten tales servicios; c) abuso de la posición dominante; y d) producción de servicios de calidad, en la medida en que todas ellas son funciones delegadas por el Presidente de la República, según lo dispuesto en los artículos 370 de la Constitución Política y 68 de la ley 142 de 1994.

4) De igual forma, es del caso hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 37 del decreto No. 1130 de 1999: “Por el cual se reestructuran el Ministerio de Comunicaciones y algunos organismos del sector administrativo de comunicaciones y se trasladan funciones a otras entidades públicas.”, en cuanto establece las funciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT con la especificación de que fueron atribuidas por la ley 142 de 1994 y el decreto No. 2167 de 1992, especialmente a la función consagrada en el numeral 14 de ese artículo, relacionada con la atribución de dirimir conflictos sobre asuntos de interconexión, a solicitud de parte; sin embargo, tal atribución se entiende también aplicada a las cuatro materias antes referidas, esto es: a) monopolios en la prestación de los servicios públicos; b) promoción de la competencia entre quienes presten tales servicios; c) abuso de la posición dominante; y d) producción de servicios de calidad, en la medida en que, como ya se dijo, tratan de funciones delegadas por el Presidente de la República.

5) Para el caso concreto, se tiene que el conflicto sometido a decisión de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT no surgió con ocasión de los temas mencionados, sino que, se generó como consecuencia de la expedición de la resolución No. 463 de 2001 y la aplicación de la misma al contrato celebrado por ETB y COMCEL.

En efecto, con ocasión de la expedición de la resolución No. 463 de 2001, la sociedad COMCEL S.A. informó a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP - ETB S.A. ESP su decisión de acogerse al sistema de cargos de acceso por capacidad, para lo cual, esta última respondió de forma negativa, evento éste que llevó a COMCEL a acudir a la CRT para que dirimiera tal conflicto; situación ésta que fue resuelta por ese organismo de control mediante la expedición de las resoluciones acusadas, a pesar de no tratarse de un asunto referente a monopolios, promoción de la competencia, abuso de posición dominante o calidad eficiente de servicios públicos.

En consecuencia, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT actuó sin competencia al momento de dirimir el conflicto suscitado entre la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP - ETB S.A. ESP y COMCEL S.A., en la medida en que las normas a las que se ha hecho referencia son claras al establecer que tal competencia está limitada a los cuatro aspectos mencionados.

6) En gracia de discusión, si bien en la cláusula vigésima cuarta^[4] del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre COMCEL y COMCEL, relativa a solución de conflictos, las partes pactaron que podrían acudir a la CRT para dirimir las diferencias que entre ellas pudieran surgir relativas a la interpretación, ejecución, desarrollo, cumplimiento, terminación y liquidación de dicho contrato, ello no significa que, a través de un contrato se otorgue una competencia determinada a una autoridad específica, en tanto que tal situación está solamente atribuida al constituyente y al Legislador, más no a las partes de un negocio jurídico.

Lo anterior tiene apoyo jurisprudencial en la sentencia T-088 de 5 de febrero de 2004, proferida por la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño, en la medida en que, de conformidad con una cláusula como la décima séptima, las partes contractuales pueden acudir a la CRT como mediadora, sin que ello signifique que dicha entidad dirima el conflicto como instancia de decisión y en ejercicio de las funciones consagradas en la ley 142 de 1994.

7) Por todo lo anterior, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT al dirimir, como instancia de decisión, el conflicto suscitado entre ETB y COMCEL S.A., asumió una competencia que no le correspondía, por cuanto se atribuyó facultades que ni la Constitución ni la ley le habían asignado, razón por la cual, con dicha actuación vulneró los artículos 6 y 29 Constitucionales, lo que conlleva a que, al haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que acompaña las resoluciones demandadas, se declarará la nulidad de las mismas y no probadas las excepciones propuestas por el apoderado de COMCEL S.A.

8) Este pronunciamiento reitera la posición expuesta por esta Sala de Decisión en sentencias de 29 de junio de 2006, Magistrado Ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente No. 2004-00309, demandante: Empresa de Telecomunicaciones de Palmira – Telepalmira ESP, y sentencia del 29 de enero de 2009,

Magistrado Ponente: Fredy Ibarra Martínez, expediente No. 2005-1152, demandante; Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP – ETB S.A. ESP, en donde fue declarada también la nulidad de los actos administrativos demandados debido a que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT actuó con falta de competencia.

(Negrillas fuera del texto original)

Consideraciones en cuanto al Restablecimiento la nulidad de los actos administrativos proferidos por el Órgano Regulador:

Al respecto se tiene que, en la forma y términos en que fue solicitado el restablecimiento del derecho, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP - ETB S.A. ESP pretende que se condene a la Nación – Ministerio de Comunicaciones – Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) al pago efectivo de las sumas dinerarias que debieron haberle sido pagadas a ETB por parte de COMCEL, correspondiente a la diferencia entre lo que ha recibido y reciba la primera de tales empresas como pago mensual por parte de la segunda, por concepto de acceso y uso de la red de telefonía pública básica conmutada local.

Sin embargo, si bien se declarará la nulidad de los actos administrativos acusados, no podrá accederse a las pretensiones de restablecimiento del derecho, por las siguientes razones:

1) En primer lugar, los pagos que han sido efectuados con ocasión de la expedición de las resoluciones impugnadas, fueron hechos entre ETB S.A. ESP y COMCEL S.A.

2) En ningún momento la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT hizo parte de dichas transacciones, esto es, ni recibió ni pagó dinero referente al conflicto suscitado entre aquellas dos empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones.

3) Las pretensiones de restablecimiento del derecho están dirigidas, única y exclusivamente, en contra de la Nación – Ministerio de Comunicaciones – Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, y en modo alguno frente a COMCEL S.A., empresa ésta que recibió o efectuó pagos concernientes al cambio

del sistema de acceso de cargos por capacidad, con ocasión del contrato de interconexión por ésta última celebrada con la empresa ETB S.A. ESP.

Por tal motivo, en cabal observancia del principio de justicia rogada propio de la jurisdicción contencioso administrativa y de los consecuentes límites de competencia funcional que tiene el juez, no le es posible a esta Sala de Decisión extender o variar el sujeto pasivo de las súplicas de restablecimiento formuladas por la parte demandante, pues, de hacerlo incurriría, contra derecho, en un fallo extra petita.

En consecuencia, por no ser la Nación – Ministerio de Comunicaciones – Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), la persona jurídica obligada al reintegro o devolución de los dineros reclamados por la demandante a título de restablecimiento del derecho, se denegarán esas precisas pretensiones, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con lo preceptuado en los artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil.

(Negrillas fuera del texto original)

3) Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 14 de julio de 2011, de la Sección Primera Subsección A. Exp. 0328-01. M.P. Claudia Elisabeth Lozzi Moreno.

Fallo: Se declaró la nulidad de la Resolución 1305 de 2005 y la Resolución 1375 de 2005 expedidas por la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones. (ETB- Orbitel)

Consideraciones en cuanto a la nulidad de los actos administrativos proferidos por el Órgano Regulador:

Considera la sala que la interpretación correcta sobre las anteriores facultades es que la CRT forzosamente debe intervenir para

solucionar los conflictos que se presenten entre operadores con el fin de garantizar los principios de libre competencia, así como el de eficiencia del servicio, las demás competencias relacionadas requieren de habilitación de una parte en disputa, siempre y cuando no le correspondiera a otra autoridad administrativa, con excepción de los desacuerdos en materia de interconexión.

...
Aceptándose que el conflicto es de interconexión esta competencia de la CRT no es obligatoria por estar subordinada a petición de parte según voces de las normas reseñadas y analizadas y que su intervención no estuvo encaminada a garantizar la libre competencia o eficiencia del servicio, materia en la cual está facultada para actuar directamente, en cuanto tal motivación no se plasmó en los actos administrativos demandados ni así, se invocó por Orbitel.

...
Y precisamente esta facultad dispositiva que se pactó libremente por los contratantes, la que en virtud del artículo 1602 del Código Civil, es ley para las partes, en cuanto el contrato solo puede ser invalidado por el mutuo consentimiento de las partes o por causas legales

...
En consecuencia, así inicialmente no lo expresara Orbitel, es evidente que el conflicto que le presentó a la CRT era de naturaleza contractual y una vez así se lo explicara la ETB, la CRT debió ejercer sus facultades ciñéndose a la oportunidad, forma y efectos que las partes habían convenido, toda vez que esa Ley contractual era la que le habilitaba su actuación y no las disposiciones normativas sobre las que se fundamentó, que en contrario, y según se analizó, la subordina a la voluntad de las partes.

...
En otras palabras, en efecto la CRT no tenía habilitación para dirimir con fuerza obligatoria el asunto planteado por Orbitel, dado que este le pertenecía a los jueces y no a una autoridad administrativa.

...
Hasta aquí la Sala advierte que:... iv) la CRT no ejerció una actividad de mediación sino de juez, dado que fijó a través de un acto administrativo con presunción de legalidad, el dimensionamiento de las redes de TPBCL de ETB con la red de TPBCLD de Orbitel, así como su distribución en las rutas existentes.

Finalmente y también como sustento de las anteriores conclusiones, la Sala agregará que la resolución 463 de 2001 de la CRT, posterior a la celebración del contrato de interconexión entre

la ETB y Orbitel, en la que se fundamenta Orbitel para acudir a la mencionada Comisión, establece que los operadores telefónicos deberán ofrecer mínimo dos opciones de cargos de acceso a los operadores que les demanden interconexión, siendo: por minuto y por capacidad..., y la primera modalidad era la convenida, lo cual patentiza que en efecto se trataba de un conflicto interpartes, al querer una de ellas cambiar la modalidad de cargos de acceso inicialmente pactada, pero prevista como válida para la naturaleza del objeto contractual convenido.

Consideraciones en cuanto al Restablecimiento la nulidad de los actos administrativos proferidos por el Órgano Regulador:

En el fallo, se comparte el planteamiento de la sentencia de primera instancia del 29 de enero de 2009, con ponencia del Magistrado Fredy Ibarra, según Exp. 1005-01, para negar el restablecimiento del derecho.

3) Las pretensiones de restablecimiento del derecho están dirigidas, única y exclusivamente, en contra de la Nación – Ministerio de Comunicaciones – Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, y en modo alguno frente a COMCEL S.A., empresa ésta que recibió o efectuó pagos concernientes al cambio del sistema de acceso de cargos por capacidad, con ocasión del contrato de interconexión por ésta última celebrada con la empresa ETB S.A. ESP.

Por tal motivo, en cabal observancia del principio de justicia rogada propio de la jurisdicción contencioso administrativa y de los consecuenciales límites de competencia funcional que tiene el juez, no le es posible a esta Sala de Decisión extender o variar el sujeto pasivo de las súplicas de restablecimiento formuladas por la parte demandante, pues, de hacerlo incurriría, contra derecho, en un fallo extra petita.

Salvamento de Voto - Luis Manuel Lasso Lozano

El Magistrado compartió el sentido de la decisión, y manifestó que especialmente porque se fundamentó en las consideraciones de los fallos de tutela T-088 de 2004 y T-178 de 2004 de la Corte Constitucional, y además afirmó, que el conflicto de que trataba la presente causa estaba cubierto bajo el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994.

Sin embargo cree que la CRT si tenía competencia, pues considera que se trata de una controversia sobre promoción de la competencia, porque la CRT está regulando la modalidad de cobro por la utilización de las redes locales de manera que ETB podía participar en el mercado correspondiente a los abonados de Orbitel.

Así afirmó:

En tal sentido se da por descontado porque así lo dispone el art 73.8, que la resolución que se adopte está sujeta a control judicial, por lo tanto, el Legislador previó la intervención del juez, pero ya frente a un acto administrativo y no con respecto al contrato, dado que la solución de diferencias frente al mismo debe someterse primero, si así lo pide una de las partes, como ocurrió en este caso, al conocimiento de la CRT, según se deriva de manera clara del art comentado.

Por lo expresado, discrepo de las razones aducidas en el sentido de que hubo falta de competencia de la CRT para expedir el acto acusado, pero acompañó lo decidido porque la Corte Constitucional ya se pronunció sobre el particular.

ANEXO 4:**SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL****Sentencia T-178 del 3 de marzo del 2004¹¹⁵².**

En resumen el operador ETELL promovió una acción de tutela en contra la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, invocando la protección a sus derechos al debido proceso, el acceso a la administración de justicia, a la igualdad y los derechos adquiridos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que ETELL consideró vulnerados sus derechos cuando la CRT aceptó una solicitud que le hizo ORBITEL para dirimir una controversia, como consecuencia del contrato de interconexión que había suscrito con ORBITEL y en él que se había acordado que los cargos de acceso se pagarían por minutos cursados, y este operador luego de la expedición de la Resolución 463 de 2001, que reguló el esquema de cargos de acceso, en el cual se brindaban dos opciones, por tiempo o por capacidad, manifestó su intención de pagar los cargos de acceso por capacidad y no por minutos cursados.

A continuación se transcribe un aparte de las consideraciones de la Corte:

Al revisar los fallos proferidos en ese proceso, esta Sala determinó que el amparo constitucional pretendido era improcedente dado que las controversias suscitadas debían resolverse en escenarios distintos a la acción de tutela. Sobre este particular, la Sala hizo los siguientes planteamientos, aplicables a los casos ahora sometidos a consideración:

¹¹⁵² M.P. Jaime Córdoba Triviño.

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

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

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

En consecuencia, no puede haber lugar a la tutela de manera definitiva, pues la actuación administrativa a la que se imputa la vulneración de derechos fundamentales es cuestionable ante otra jurisdicción. Tampoco puede haber lugar al amparo como

mecanismo transitorio, pues nada indica que la Sala se halle ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable.

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

Respecto al caso en concreto la Corte manifestó que se revocarían las sentencias que concedieron la tutela de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, pues en esta oportunidad para esta Corporación, no hubo duda que existían otros mecanismos legales para cuestionar las decisiones proferidas por el regulador.

Para mayor ilustración se transcribe unos apartes de la Corte:

La doctrina expuesta en el citado precedente resulta aplicable a los procesos que en esta oportunidad convocan la atención de la Sala pues el problema jurídico a resolver es el mismo y también lo son los fundamentos jurídicos de la decisión.

Es decir, las controversias surgidas entre las partes contratantes podían resolverse acudiendo a los mecanismos para la solución de diferencias contractualmente acordados y, por otra parte, las actuaciones adelantadas por la CRT, una vez decididas, pueden cuestionarse ante la jurisdicción contenciosa.

Luego, al contar con mecanismos para la solución de las diferencias entre las partes y al plantearse la posibilidad de demandar los actos de la administración, el amparo pretendido es improcedente. Mucho más si los actores no lo solicitaron como mecanismo transitorio de protección, ni demostraron la existencia de un perjuicio irremediable.

Lo ocurrido en las actuaciones aludidas corrobora lo expuesto. Obsérvese:

1. La actuación administrativa TELEARMENIA-ORBITEL fue suspendida a solicitud de las partes pues éstas dieron cuenta de su intención de adelantar un proceso de negociación directa. Es decir, de común acuerdo, las partes acudieron a otro mecanismo de solución de las diferencias surgidas entre ellas y por ello

prescindieron de continuar con esa actuación administrativa. Suspendida ésta, pierde fundamento la solicitud de amparo instaurada por aquella.

2. Las actuaciones administrativas EMTELSA-ETB y EPMBOGOTÁ-ORBITEL fueron decididas por la CRT. Las decisiones tomadas son cuestionables ante la jurisdicción contenciosa y ante la existencia de ese mecanismo judicial de defensa la tutela resulta improcedente.

3. La actuaciones ETELL-TELECOM y ETB TELECOM no fueron decididas en razón del amparo constitucional del derecho al debido proceso de ETELL y ETB dispuesto por el Tribunal Administrativo del Meta y la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. No obstante, en estos casos la tutela resulta improcedente porque (i) las partes pueden acudir a los mecanismos contractualmente acordados para la solución de sus diferencias como ya ocurrió en una de las actuaciones -; (ii) porque, una vez tomadas, las decisiones de la CRT son cuestionables ante la jurisdicción contenciosa y (iii) porque en estos casos la tutela no se interpuso como mecanismo transitorio de protección ni se demostró que se haya causado un perjuicio irremediable.

Por lo tanto, se revocarán las sentencias que concedieron la tutela de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia y se confirmarán las que negaron el amparo invocado.

En este caso se encuentra un Salvamento de Voto, del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, quien aunque estuvo de acuerdo con la decisión de no otorgar el amparo constitucional, porque consideraba que había otro mecanismo idóneo de protección, consideró necesario establecer un par de temas que merecían reflexión.

Sus argumentos los tomó de un pronunciamiento anterior realizado por él, en la Sentencia T-088 de 2004, donde el problema jurídico era el mismo, y los fundamentos jurídicos de la decisión, en la cual aclaró su voto.

En resumen, afirmó que la discusión está alrededor de los efectos que están llamados a producir una resolución proferida por la CRT, sobre un contrato previamente suscrito y en el cual se acordó, en términos diferentes, el pago de los cargos de acceso.

El Magistrado, consideró que este caso correspondió a una controversia contractual, que surgió por la divergencia que se presentó entre lo acordado por las partes en una cláusula contractual y actos administrativos sobrevinientes, en este caso de la Comisión de Regulación.

Respecto a los derechos vulnerados, el asunto se redujo a que sí se vulneraron derechos fundamentales, uno relacionado con el debido proceso, pues la CRT asumió competencia para resolver un conflicto contractual sin estar legitimada para ello. Por otra parte, se vulneró el derecho fundamental a la administración de justicia, al desconocerse el procedimiento contractual establecido por las partes para solucionar sus conflictos.

La Comisión al asumir el conocimiento de ese tipo de conflictos, ejerció funciones ajenas a su competencia, y se convirtió en juez de sus propios actos y desconoció el principio de separación de los poderes y la estructura que el constituyente le dio al poder público.

El Magistrado Córdoba Triviño concluyó, así:

“En estas condiciones, se puede ya advertir el fundamento de mi postura: La CRT vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de ETELL. El primero, porque asumió el conocimiento de un conflicto contractual sin estar legitimada para ello. Y el segundo, por cuanto, sin fundamento legal alguno, desconoció el procedimiento contractualmente acordado por las partes para la solución de sus

diferencias y en el que se incluía la convocatoria de un tribunal de arbitramento.

Sin embargo, y en esto comparto el criterio de mis compañeros de Sala, no había lugar al amparo constitucional invocado dada la existencia de otro mecanismo idóneo de protección”

ANEXO 5:**EJERCICIO METODOLOGICO DE REFLEXIÓN PARA RESOLVER UN ENIGMA ¹¹⁵³**Idea:

Existe un trasfondo socio jurídico en las manifestaciones normativas de solución de controversias del Órgano Regulador que hace que esta potestad sea objeto de estudio e investigación.

Hay que seguir cuatro etapas:a). Partir de una creencia o de una observación compartidas sobre el objeto de estudio:

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la facultad de solución de controversias del Órgano Regulador de las telecomunicaciones (CRC) en su momento CRT, según Ley 142 de 1994. Así mismo, la fue declarada exequible la función de resolver controversias de la Ley 1341 de 2009¹¹⁵⁴.

La manifestación de la entidad es y ha sido de carácter administrativo.

Sobre la función de resolución de conflictos en diferentes pronunciamientos se ha problematizado, con el fin de diferenciar como tal la función regulatoria de las función jurisdiccional.

La Comisión de Regulación puede resolver controversias entre empresas.

¹¹⁵³ El ejercicio de reflexión se llevó a cabo según a línea de Serge Paugam en la “Lénqu^ete sociologique.

¹¹⁵⁴ C-1120 de 2005 y C-186 de 2011.

b). Sacar un conjunto de inferencias lógicas o de enunciados predictivos:

Por lo tanto se pueden plantear las siguientes relaciones que pueden estar fallando:

- Las controversias se producen dentro de las relaciones operador – operador.
- Los conflictos pueden surgir por relaciones entre operador – ANR.
- La oferta básica de Interconexión es un instrumento que facilita negociación entre operadores de telecomunicaciones para la interconexión.
- Los operadores ponen en conocimiento general los elementos esenciales para la interconexión.
- Una OBI que permita que al operador solicitante relacionarse con el solicitado en lo justo y necesario, a costos eficientes.
- Hay un balance favorable en la información de la CRC sobre la facultad de dirimir conflictos en tiempo de respuesta y en volumen de casos. Sin embargo hay casos donde estas cifras no aplican.
- La eficiencia y eficacia quedan en discusión. Hay argumentos a favor y en contra de esta facultad. Cuando se analizan fallos del Consejo de Estado específicamente frente al recurso extraordinario de anulación, en el cual se interpone como causal falta de competencia del Órgano Regulador. Se observa como la sala decide en un sentido, y sin embargo se encuentran salvamento de voto con argumentos de peso en contra.
- La temática más común en los conflictos entre los operadores, en la cual se alega por alguna de las partes falta de competencia del Órgano Regulador está en lo relacionado con los cargos de acceso, dimensionamiento de la interconexión, regular la IX, origen y alcance de los mecanismos de solución de controversias, petición para intervención de la CRC, modificación de acuerdos de cargos de acceso.

c). Obtener uno o varios elementos empíricos que contradigan las inferencias lógicas o los enunciados predictivos

Se plantean dudas e inquietudes sobre la naturaleza y el alcance de la facultad de solución de controversias, cual es el límite entre la intervención regulatoria de la CRC y la función jurisdiccional. Quien solicita su intervención, su participación oficiosa. Relación frente a la cláusula compromisoria. Como prerrequisito para acudir a la justicia ordinaria, dentro de los mecanismos de solución de controversias acordados por las partes. CRC como mediadora.

Existen controversias de tipo administrativo y de tipo jurisdiccional? , Cuáles son los conflictos de conocimiento de los jueces y cuáles de la autoridad administrativa?

d). Preguntarse cómo es posible que si las creencias o las observaciones compartidas son ciertas, esos elementos empíricos puedan existir:

¿Porque aunque la facultad de la CRC de solución de controversias está prevista en la ley, y fue declarada exequible por la Corte Constitucional, aún surgen dudas e inquietudes sobre su alcance, quien solicita su intervención, su participación oficiosa, se cuestiona su naturaleza, su relación frente a la cláusula compromisoria?

Lo importante es partir de una contradicción.

Es contradictorio que un Órgano Regulator que tiene creación legal, que dentro de sus peculiaridades organizacionales y funcionales está dotado para regular un sector que aunque es un organismo técnico, se encuentre maniatado frente a circunstancias que se presentan entre operadores de redes y servicios de telecomunicaciones.

Entre los PRST se celebran contratos de interconexión. Será que los contratos que celebran estos actores del sector están incompletos y traen como consecuencia disputas, y controversias. Es posible que las facultades de la ANR no sean tan fuertes y traigan como consecuencia una posición de debilidad frente a la facultad normativa de solución de controversias?

Que las partes de un contrato aspiren a que sus controversias se diriman en sede de esta autoridad administrativa con las mismas garantías procesales de una decisión jurisdiccional.