

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D. C., abril primero (1) de dos mil nueve (2009)

RADICACIÓN: 11001032600020070007500

REFERENCIA: 34.846

IMPUGNANTE: Empresa de Teléfonos de Bogotá -ETB SA. ESP.-

RECURSO: Telefónica Móviles de Colombia SA.

Conoce la Sala del recurso de anulación interpuesto por la Empresa de Teléfonos de Bogotá -en adelante ETB SA. ESP.-, contra el laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2007, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre Telefónica Móviles de Colombia SA. -en adelante Telefónica SA.- y la ETB SA. ESP., con ocasión de los contratos de interconexión, suscritos el 11 y 13 de noviembre de 1998, y cuyo objeto fue establecer el régimen que regulará 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 TPBCLD de ETB SA. ESP., con la red de TMC de Celumovil SA. y de COCELCO SA. -hoy Telefónica SA.-. Dicho laudo resolvió:

“PRIMERO: Declarar que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP incumplió el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión entre la red de Telefonía Móvil Celular (RTMC) de CELUMOVIL S.A. (hoy Telefónica Móviles Colombia S.A.) y la Red de Telefonía Pública Conmutada de Larga Distancia (RTPCLD) de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ S.A. ESP (hoy EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP) celebrado con esta entidad el 13 de noviembre de 1998 en los términos expuestos en las consideraciones de este Laudo.

“SEGUNDO: Declarar que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP incumplió el Contrato de Interconexión celebrado con COCELCO S.A. (hoy TELEFÓNICA MÓVILES DE COLOMBIA S.A.), el 11 de noviembre de 1998, en los términos expuestos en las consideraciones de este laudo.

“TERCERO: Declarar que el incumplimiento al que se hace referencia en los dos numerales anteriores ha causado perjuicios a la parte demandante, en los términos a los que se hará referencia más adelante.

“CUARTO: Declarar no probada la objeción al dictamen pericial formulada por el apoderado de la EMPRESA DE TELÉFONOS DE BOGOTÁ S.A. ESP.

“QUINTO: Ordenar a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP que cumpla los contratos de que tratan los numerales primero y segundo anteriores, pagando a la sociedad demandante, desde la fecha de ejecutoria de este laudo, el valor establecido como cargo de acceso por tráfico internacional entrante a la red de TMC de su propiedad, determinado en la

Resolución CRT-463 de 2001, “opción 1 cargos de acceso máximos por minuto” teniendo en cuenta que todas las fracciones se aproximan al minuto siguiente.

“SEXTO: Condenar a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP al pago a favor de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., por concepto de daño emergente causado desde el 22 de agosto de 2002 hasta el 31 de marzo de 2007, de la suma de CIENTO NUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$109.275.241.595), derivado del incumplimiento de los contratos a los que se hace referencia en los numerales primero y segundo anteriores, de conformidad con lo expresado en las consideraciones de esta Laudo.

“SÉPTIMO: Condenar a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. a pagar a TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., la suma correspondiente al daño emergente causado a partir del 1° de abril de 2007 y hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, correspondiente a la diferencia entre el valor cancelado por ETB por concepto de cargos de acceso y la tarifa fijada por la Resolución CRT 463 de 2001, de conformidad con el tráfico cursado por minuto redondeado.

“OCTAVO: Condenar a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. a pagar a TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., la suma correspondiente al lucro cesante derivado del incumplimiento de los contratos a que se ha hecho referencia en los numerales primero y segundo anteriores, correspondiente a los intereses de mora causados desde el 22 de agosto de 2002 hasta la fecha en que se realice el pago. Dichos intereses liquidados hasta el 31 de octubre de 2007 ascienden a la suma de SESENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$64.452.477.966).

“NOVENO: Negar la condena a pagar la actualización de las sumas correspondientes al daño emergente.

“DÉCIMO: Condenar a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. a pagar a TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. la suma de SETECIENTOS DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$717.563.675.00) por concepto de costas y agencias del derecho, de conformidad con la liquidación contenida en las consideraciones de este laudo.

“DÉCIMO PRIMERO: Las sumas a que se refieren los numerales SEXTO, OCTAVO Y DÉCIMO de la parte resolutive de este Laudo, se pagarán dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que quede ejecutoriado.

“DÉCIMO SEGUNDO: En firme el presente Laudo el Presidente procederá a la protocolización del expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá.

“DÉCIMO TERCERO: Expídase por Secretaría primera copia auténtica del presente Laudo, con destino a la parte demandante y copia auténtica para la parte demandada y para el representante del Ministerio Público.” –fls. 420 a 422, cdno. ppal.-

## ANTECEDENTES

1. La cláusula compromisoria.

La cláusula compromisoria se encuentra pactada en dos contratos de interconexión. De un lado, en la cláusula décima segunda del contrato de acceso, uso e interconexión entre la red de telefonía pública conmutada de larga distancia -RTPCLD- de ETB SA. ESP. y la de CELUMOVIL SA., donde se incluyó un procedimiento para la solución de controversias contractuales, según el cual:

“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 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, completada 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 10 días calendario siguientes al 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 Telecomunicaciones, 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, circunstancias en las 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 1989, 2651 de 1.991, las Leyes 337 de 1.977, 23 de 1.991, 446de 1.998 y las normas que las sustituyan, modifiquen o adicionen. Los árbitros desarrollan 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 técnicos, los contratantes convienen en someterlas a un Tribunal de Arbitramento Institucional Técnico.” -fls. 217-218 cdno. ppal.-

De otro lado, en el contrato de interconexión suscrito entre ETB SA ESP y COCELCO SA. se estableció lo siguiente:

“CLAUSULA VIGESIMASEGUNDA.- SOLUCION DE DIFERENCIAS: En las diferencias que surjan de la interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación de este contrato,

las partes buscarán su solución en forma ágil y directa y para el efecto se acuerda el siguiente procedimiento de solución de controversias: a) Comité Mixto de Interconexión: Este comité queda facultado para que en un término de hasta treinta (30) días calendario procure solucionar directa y amigablemente, las diferencias derivadas del contrato. b) Si en la instancia del Comité Mixto de interconexión no se logra llegar a un acuerdo, las partes acudirán 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 diez (10) días calendario. En esta etapa las partes podrán acudir al organismo regulador competente para que medie en la solución del conflicto, siempre y cuando las partes así lo convengan. C) Si tal mediación no se acerca por las partes o si el desacuerdo persiste, las partes acudirán al centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá. D) Si dentro del plazo que se acaba de iniciar no hubo acuerdo sobre el centro de conciliación al que se recurrirá, o si transcurridos quince (15) días calendario de la mediación del centro de conciliación no ha habido acuerdo, las diferencias serán resueltas de manera definitiva por un Tribunal de Arbitramento, que se constituirá, deliberará y decidirá de conformidad con lo dispuesto en la Ley 446 de 1998, en el Decreto 1818 de 1998 y demás disposiciones concordantes o complementarias o por las que lleguen a modificarlas o sustituirlas de acuerdo con las siguientes reglas: El arbitraje será adelantado por un Centro de Conciliación y Arbitraje especializado en el sector de las Telecomunicaciones y a falta de éste o de acuerdo en su designación por las partes será adelantado en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá. El fallo de los árbitros será en Derecho, a menos que se trate de aspectos exclusivamente técnicos a juicio del Comité Mixto de Interconexión, caso en el cual el arbitramento será técnico y los árbitros deberán pronunciar su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, en los términos establecidos en el artículo 111 de la ley 446 de 1998. En cualquier caso, el fallo de los árbitros tendrá los efectos que la Ley da a tales providencias. Para el arbitraje en Derecho, los árbitros deberán ser abogados titulados con especialidad o experiencia comprobada en derecho de las telecomunicaciones; para el arbitraje en aspectos técnicos, los árbitros serán ingenieros con especialización o experiencia comprobada en telemática o telecomunicaciones.” –fls. 218-219 cdno. ppal.-

## **2. La demanda arbitral.**

Telefónica solicitó al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 19 de julio de 2006, la convocatoria a un tribunal de arbitramento –fls. 1 a 48, Cdno. 1-. Los hechos que narró son los siguientes:

a) En el año 1998, cuando no se habían regulado los valores de “Cargos de Acceso” que los operadores de telefonía pública básica conmutada de larga distancia –en adelante TPBCLD- deberían pagar a los operadores de telefonía móvil celular –en adelante TMC- o PCS por el tráfico de larga distancia internacional entrante –fl. 15 párrafos 3 y 4, cdno. ppal. 1-, la ETB SA. ESP. y Telefónica SA. –antes Cotelco SA. y Celumovil SA.-, suscribieron contratos de interconexión –fls. 13 y 15 párrafo 3, cdno. ppal. 1-, por un período de 5 años, prorrogables, y una forma de pago según la cual el operador de TPBCLD –es decir la ETB SA. ESP.- daría al operador de TMC o PCS –Telefónica SA.- un valor equivalente al cargo que pagaba a los operadores de larga distancia por el tráfico de larga distancia internacional entrante a las redes de telefonía pública básica conmutada local –en adelante TPBCL- (fls. 15 párrafo 3 y 34 párrafo 1, cdno. ppal. 1).

b) Posteriormente, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –en adelante CRT-,

mediante la Resolución No. 463 de 2001, fijó un esquema de cargos de acceso máximo –fls. 15 párrafo 4 y 16 párrafo 2, cdno. ppal. 1-, que contemplaba dos opciones de pago: i) pago “por minuto” o ii) por “capacidad” –fls. 17 párrafo 1 y 33 párrafo 2, cdno. ppal. 1-. También dispuso la norma que quienes lo desearan tenían la facultad de mantener –en sus contratos- las condiciones y valores existentes, o acogerse en su totalidad y para todas sus interconexiones a los valores definidos por la CRT –comentario fuera de texto- (fls. 15, 16 párrafos 4 y 5, y 17, cdno. ppal. 1).

c) En ejercicio de esta facultad la ETB SA. ESP. manifestó a la CRT que se acogía al esquema de cargos previsto en la Resolución, para algunos de sus contratos de interconexión –fls. 19 párrafos 2 y 3, 20 párrafo 2, 28 párrafo 2, 29 párrafo 3, cdno. ppal. 1-, vigentes al momento en que empiece a regir la resolución –se refiere a los contratos que tenía suscritos con EDATEL -fl. 17 párrafo 4, cdno. ppal. 1-, EMCALI –fl. 18, 24 y 42, cdno. ppal. 1-, EMTELSA –fl. 18, 24 y 41, cdno. ppal. 1-, entre otros –fl. 18, 24, 41 y 42, cdno. ppal. 1-. (Véanse además fls. 17 a 18, 24 y 25, cdno. ppal. 1)

d) Las empresas celulares le solicitaron a la ETB SA. ESP. que le pagaran, en adelante, conforme a los valores previstos en la Resolución 463 -fls. 18 párrafo 2, 19 párrafos 3 y 4, 20 párrafos 2 y 3, cdno. ppal. 1-; pero ante el rechazo a la solicitud acudieron a la CRT, formulando una petición formal, para que dirimiera el conflicto -fls. 18, 19 y 20, y especialmente fls. 21 párrafo 5 y 22 párrafo 3, cdno. ppal. 1-.

La Comisión se abstuvo de resolver la controversia -fls. 26 párrafo 3, y 31 párrafos 6, 7 y 8, cdno. ppal. 1. También fls. 314 párrafo 5 y 315 párrafo 2 de la Resolución CRT 1303 de 2005, cdno. 14-, con fundamento en que únicamente era competente si quien lo solicitaba era la ETB SA. ESP., manifestando que en este caso debía acudirse a las autoridades jurisdiccionales -fl. 26, cdno. ppal. 1-.

No obstante lo anterior, también señaló la parte actora, a continuación, que la Comisión de Regulación sí resolvió el conflicto a que se refieren los hechos anteriores –fl. 25, párrafo 4 y 26 párrafo 6, cdno. ppal. 1-, expresando que: i) las resoluciones de la CRT fueron claras y categóricas en lo expresado, pues definieron la manera como se debía remunerar la interconexión –fl. 27, párrafos 3, 4 y 5, cdno. ppal. 1-, ii) que la misma se debe remunerar de acuerdo con las resoluciones que decidieron el conflicto –fl. 28, párrafo 2, cdno. ppal. 1-, las cuales se encuentran “en firme” y “son exigibles” –fl. 28, párrafos 3, cdno. ppal. 1-, iii) además de que la ETB desconoce la decisión de la CRT –fl. 29, párrafo 4, cdno. ppal. 1-, la cual “... es un acto administrativo, ejecutoriado y en firme, dotado de presunción de legalidad, respecto del cual no cabe interpretación alguna que permita desconocer el derecho de Telefónica...” –fl. 30, párrafos 2, cdno. ppal. 1-. iv) Estas mismas ideas se reiteran a fls. 34 párrafo 5, 35 párrafo 7 y 39 –título en negrillas número 5.4-.

Por esta razón, hoy Telefónica SA., convocó al tribunal de arbitramento –fl. 30, últimos tres renglones del párrafo 2, cdno. ppal. 1-, con el propósito de que se hicieran, entre otras, las siguientes declaraciones:

### Principales

“PRIMERA.- Se declare que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP ha incumplido el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión entre la red de Telefónica Móvil de Celular (RTMC) de Celumovil S.A. (hoy Telefónica Móviles de Colombia S.A.) y la red de

telefonía pública conmutada de larga distancia (RTPCLD) de la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A. ESP (hoy Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP) del 13 de noviembre de 1998, por las razones y hechos que se expresa en el capítulo de hechos de esta demanda.

“SEGUNDA.- Se declare que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP ha incumplido el contrato de interconexión suscrito entre Cotelco S.A. (hoy Telefónica Móviles de Colombia S.A.) y la E.T.B. S.A. ESP, de fecha 11 de noviembre de 1998, por los hechos y las razones que se expresan en el capítulo de hechos de esta demanda.

“TERCERA.- Se declare que los incumplimientos antes mencionados han causado perjuicios a mi poderdante.

“CUARTA.- Se ordene a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP cumplir los contratos de que tratan las anteriores pretensiones, debiendo proceder a pagar a mi poderdante desde la fecha de ejecutoria del laudo que decida esta controversia, el valor máximo establecido como cargo de acceso por tráfico internacional entrante a la red de TMC de mi poderdante definido en la Resolución CRT-463 de 2001, modificatorio del art. 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997.

“QUINTA.- Se condene a la demandada a pagar los perjuicios que su incumplimiento, le hubiere causado a mi representado, representados, aunque no limitados, a la diferencia que pericialmente se determine o la ETB acepte, si fuere mayor, entre el valor reconocido por concepto de cargo de acceso por el tráfico de larga distancia internacional entrante cruzado entre el mes de junio del año 2002 y el último mes en que las partes hubieren conciliado el tráfico entrante de larga distancia y el valor que por concepto del cargo de acceso debió pagar ETB a la demandante. Estas sumas se deberán actualizar.

“SEXTA.- Se condene a la ETB a pagar a mi representado los intereses de mora que sobre dicha suma se liquiden

“SÉTIMA.- Se condene en costas y agencias en derecho a la convocada

### Subsidiarias

“**PRIMERA.**- En subsidio de las pretensiones primera y segunda principal, solicito se declare que la Empresa de Telecomunicación de Bogotá S.A. ESP a pagar a la demandante, por concepto de cargos de acceso, los valores establecidos bajo la opción “cargos de acceso máximos por minuto”, previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002.

“SEGUNDA.- En subsidio de las pretensiones tercera, cuarta y quinta principales, solicito se condene a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. EPS a pagar a la demandante, por concepto de cargo de acceso, por el tráfico de larga distancia internacional entrante desde el mes de junio de 2002 y hasta la fecha en que se profiera el laudo, los valores establecidos bajo la opción “Cargos de Acceso Máximos por Minuto” previstos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002, valores que serán pagados una vez se hubieren descontado los valores que hasta el momento efectivo del pago, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP hubiere pagado a la demandante por concepto de cargo de acceso. Estas sumas deberán ser actualizadas con base en el IPC certificado para el periodo correspondiente.

**3. Contestación de la demanda.** La ETB SA. ESP. dio respuesta a la demanda, oponiéndose a

las pretensiones. En síntesis manifestó, que:

**3.1. Sobre la resolución No. 463 de 2001**, dijo que si bien reguló los cargos de acceso por uso de la Red de TMC, en la terminación del tráfico internacional entrante, también se estableció i) que los señalados eran cargos de acceso máximos, de manera que las partes podían acordar cargos menores a los establecidos, negociando por debajo de dicho valor –fls. 200 párrafo 4, 203 párrafos 4 y 7, 206 párrafo 2, 207 párrafos 3, 4 y 5, 209 párrafos 1 y 3, 215 párrafo 3, 220 párrafos 2, 5 y 7, 221 párrafo 2, 222 párrafos 2 y 3, 227 párrafo 5, cdno. ppal. 1-, ii) al expresar que los operadores debían acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en la resolución - art. 5- se quiso decir que se encuentra bajo el marco de la Resolución 463 cualquier operador que posea cargos de acceso pactados por debajo de los precios máximos establecidos en la Resolución 463 –fls. 203 párrafo 4 y 7, 203 párrafos 4 y 7, 206 párrafo 2, 207 párrafos 3 y 4, 209 párrafos 1 y 3, 215 párrafo 3, 220 párrafos 2, 5 y 7, 221 párrafo 2, 222 párrafos 2 y 3, 227 párrafo 5, cdno. ppal. 1-.

**3.2. Sobre los hechos de la demanda**, señaló que i) la CRT no era competente para resolver los conflictos contractuales, en materia de interconexión, salvo que de común acuerdo se hubiera pactado –fls. **196**, párrafo 2 y 214 párrafo 2, cdno. ppal. 1-.

Telefónica SA. y ETB SA. ESP. previeron, en la cláusula de solución de controversias, la instancia de la CRT que resolvió el conflicto mediante actos administrativos que se encuentran en firme –fls. 196, párrafo 2 y 230 párrafo 8, 232, cdno. ppal. 1-. Por tanto, no tiene asidero jurídico la pretensión de Telefónica SA., porque desconoce esa actuación y da al tribunal de arbitramento una competencia que no tiene, porque si la razón es el incumplimiento de los actos administrativos, se trata de un incumplimiento contractual, y por tanto le correspondía acudir a la jurisdicción competente –Literalmente a fls. 196, párrafo 2, y fls. 230, 232 y 233, cdno. ppal. 1-.

ii) Agregó que, según el contrato de interconexión, frente al servicio de larga distancia, ETB SA. ESP. simplemente actúa como operador que transporta la llamada para terminarla en Colombia, para el caso específico de la red móvil de Telefónica SA. –Literalmente a fls. 197 párrafo 2, cdno. ppal. 1-.

iii) Por tal razón, y teniendo en cuenta que el contrato es ley para las partes, los cargos de acceso pactados en el contrato deben aplicarse, pues no contradicen lo previsto en la resolución No. 463 de 2001, porque están bajo la modalidad de minuto, a un precio menor al máximo fijado en la resolución –fls. 200, 201, 203, 206, 207, 209 y 215, cdno. ppal. 1-.

iv) ETB SA. ESP. no se obligó a pagar a Telefónica SA. la remuneración prevista en la Resolución 253 —Literalmente a fls. 199 párrafo 6. Además, fls. 224 y 225, cdno. ppal. 1-.

v) Finalmente, dijo que, según la cláusula en la que se pactó el mecanismo de solución de conflictos derivados del contrato, el pronunciamiento de la CRT puso fin al conflicto –fls. 230 párrafo 8 y 232 párrafo 3, cdno. ppal. 1-, no obstante lo cual Telefónica SA. ESP. presentó ante el Tribunal de arbitramento las mismas pretensiones –fl. 232 párrafo 3, cdno. ppal. 1-.

**3.3. Como excepciones de fondo propuso las siguientes:**

**3.3.1. Cumplimiento del contrato:** Afirmó que los contratos suscritos por las partes se definieron bajo los supuestos comerciales, pues para la fecha de suscripción no existía norma que regulara el pago de cargos de acceso para la interconexión entre la RTPBCLD y la RTMC. Además, ETB SA. ESP., como operador de larga distancia, puede acogerse a las condiciones previstas en la

Resolución 463 de 2001 –fl. 234, cdno. ppal. 1-

De otro lado, entre ETB EPS SA. y Telefónica SA. jamás existió un cargo de acceso regulado; pero, además, el acuerdo comercial se ajusta a los parámetros plasmados en la Resolución 463 de 2001. Finalmente, las partes renovaron el contrato en el año 2003, y Telefónica SA. no expresó la intención de terminarlo.

3.3.2. Exceptio non adempti contractus. No puede considerarse que exista incumplimiento contractual, en la medida en que la cláusula de remuneración de cargos de acceso, prevista en el contrato, se ha ejecutado de conformidad con lo establecido –fls. 236, cdno. ppal. 1-

La pretensión de Telefónica SA. ESP. de considerar que ETB SA. ESP. debe aplicar los valores de la Resolución 463 de 2001, entendidos como topes máximos, desconoce que estos son rangos y, que el valor del contrato está dentro de el y que el esquema de remuneración previsto en los contratos de interconexión no es regulado, sino derivado de un acuerdo comercial -fl. 262 a 263, Cdno. Ppal-.

3.4. Como excepción previa propuso la falta de competencia y jurisdicción, porque las partes acordaron algunas instancias específicas de solución de conflictos -las cuales eran excluyentes-, ante autoridades administrativas –CRT o Ministerio de Comunicaciones- o ante un Tribunal de Arbitramento; y resulta que la CRT expidió los actos administrativos No. 1269 y 1303 de 2005 –fl. 240 a 246, Cdno. Ppal-.

### **Laudo arbitral.**

El 7 de noviembre de 2007 el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo correspondiente a este proceso -fls. 217 a 422, Cdno. Ppal-.

Señaló que la problemática radicaba en la aplicación de la Resolución CRT 463 de 2001 al contrato de interconexión suscrito entre las partes, en razón a que la ETB SA. ESP., a quien le asiste el derecho de escoger la opción de pago de cargos de acceso –por minutos o por capacidad-, no lo ha hecho; pese a que en aplicación del principio de integralidad debe pagar a TELEFÓNICA SA., conforme lo hace con las demás interconexiones que tiene –esta idea, que se encuentra expresada a lo largo del laudo, reiteradamente, se resume a fls. 377 y 378, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-.

En cuanto a las excepciones propuestas expresó:

a) Sobre la falta de jurisdicción y competencia expuso –tal como lo indicó en el auto que declaró la competencia del Tribunal (fls. 252 párrafo 1, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo)- que, según las cláusulas décima segunda y vigésima segunda del contrato de interconexión, las partes acordaron someter sus diferencias a un Tribunal de Arbitramento.

Agregó que i) el asunto objeto del proceso es de carácter patrimonial y transigible, porque pretende el reconocimiento de sumas de dinero –fl. 245 párrafo 6, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-, como consecuencia de la declaración de un derecho que surge de un contrato, ii) que no se trata de determinar la existencia o no de un acto administrativo, sino si es aplicable a una relación contractual –fls. 268 párrafo 2, 269 párrafo 6, 270 párrafo 4, 271 párrafo 1, 282 párrafo 2, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-, iii) que “... no puede admitirse que los pronunciamientos de índole administrativa realizados por la CRT, hayan 'agotado' la competencia del tribunal de arbitramento, que por expresa disposición constitucional



se encuentra investido de la facultad de administrar justicia” –fls. 262 párrafo 7, 263 párrafo 3, 281 párrafo 5, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-, y iv) que se cumplieron las condiciones previstas como requisito previo para iniciar la actuación arbitral –fls. 217 a 223, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-.

b) Sobre la Resolución No. 463 de 2001 señaló que la demandada desistió, en el curso del proceso, de su defensa en torno a la derogatoria de la misma, desconociendo la teoría de los actos propios y la buena fe como norma de conducta –fl. 262 párrafo 5, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-.

También manifestó que la Resolución sobre la cual se estructuró el debate es una norma jurídica de intervención estatal en la economía contractual –fls. 384 párrafo 3, 404 párrafos 2, 5 y 7, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-, que limita la libertad negocial de las partes en el aspecto tarifario –fls. 328 párrafo 4, 39 párrafos 3 a 6, 330 párrafos 1 a 3, 404 párrafo 8, 405 párrafo 4, 406 párrafo 1, 410 párrafo 2, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-. Ante tal hecho, el operador que demanda la interconexión –ETB SA. ESP.-, quien tenía un contrato vigente a la fecha de la Resolución, contaba con dos posibilidades –fls. 377 y 378, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-: la primera, mantener las condiciones y valores vigentes de su interconexión o, la segunda, acogerse a las condiciones de la resolución –fl. 375 párrafos 6 y 7, 376 párrafo 1, 377 párrafos 2 y 3, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-. De optar por ésta última, debía acogerse, íntegramente, a las disposiciones previstas en la resolución para todas sus interconexiones –fls. 378 párrafo 6, 381, 382 párrafo 6, 393 párrafos 6 y 7, 394 párrafos 2 y 3, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-, so pena de no armonizarse con los principios de igualdad, acceso igual-cargo igual y transparencia –fls. 338 párrafo 6, 341 párrafo 3, 4 y 6, 356 párrafos 4 a 7, 380 párrafo 4, 381 párrafo 1 a 6, 382 párrafo 6, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-.

Con fundamento en lo anterior, entendió que la ETB SA. ESP., al escoger la aplicación de la Resolución 463 de 2001, respecto de las empresas de telefonía local -con quienes también tenía contratos de interconexión de redes (fls. 390 párrafo final, 391 párrafo 5, 392 párrafo 7 y 393 párrafo 6, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo)-, igualmente lo hizo respecto de su interconexión con CELUMOVIL SA. Y COCELCO SA. –fls. 390, 391, 393, 403, 407 párrafo 3 y 6, 408 párrafo 5, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-. En tal sentido el Tribunal concluyó que:

“En efecto, como ha quedado dicho, en virtud de tal principio, habiéndose acogido la ETB para algunas de sus interconexiones a las disposiciones de la Resolución, debía aplicar su contenido a todas las demás, entre ellas, a la sostenida con la empresa demandante. (fl. 407 párrafo 2, cdno. ppal.)

“Ello significa, en consecuencia, que realmente la conducta de ETB SA. ESP consistió en acogerse a las condiciones previstas en la Resolución 463 de 2001, elección que hizo antes del 28 de enero de 2002 al enviar las comunicaciones en tal sentido a los operadores... y por cuyas decisiones, desde esa fecha se produjo la aplicación del principio de integralidad contenida en el artículo 5 de la citada resolución...” (fls. 390 a 391, cdno. ppal.)

Concluyó, ante la anterior circunstancia, que ETB SA. ESP. se constituyó, respecto de Telefónica SA., en deudora, alternativamente -fls. 401 párrafos 3 y 4, 403 párrafo 7, 405 párrafo 5, 406 párrafos 4 y 6, 407 párrafo 6, y 408 párrafo 5, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-, de dos prestaciones distintas -fls. 376 párrafos 6 y 7, y 377, cdno. ppal. de esta instancia

que contiene el laudo-: i) o pagar cargos de acceso por capacidad o ii) pagar cargos de acceso por minuto, en los montos previstos en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución 087 de 1997 -fls. 376, 377, 378, 389, 407 y 408, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-.

También dijo que el debate consistía en definir si la ETB SA. ESP. eligió alguna de esas prestaciones alternativas -fls. 401 párrafos 3 y 4, 403 párrafo 7, 405 párrafo 5, 406 párrafos 4 y 6, 407 párrafo 6, y 408 párrafo 5, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-, concluyendo que si bien, en principio, no hay evidencia suficiente de que hubiera manifestado su intención de acogerse a alguna de las dos modalidades, de su comportamiento contractual se desprende que aceptó la modalidad “por minuto” -fls. 403 párrafos 6 y 420 párrafo 7, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-, cuando manifestó, como argumento de defensa, que la relación contractual se encontraba ajustada a la Resolución 463 de 2001, bajo la modalidad de minutos - fls. 403 párrafos 6 y 420 párrafo 7, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-. (También ver fls. 390 párrafo final, 391 párrafo 5, 393 párrafo 7, 407 y 408, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-

### **5. Solicitud de aclaración y complementación del laudo.**

El apoderado de la ETB, en escrito de 15 de noviembre de 2005 –fls. 427 a 428, Cdno Ppal-, pidió que se hicieran, entre otras, las siguientes aclaraciones y complementaciones:

i) Corregir la condena en costas resuelta en el laudo, ii) complementar el laudo, en el sentido de manifestar la justificación de la prevalencia de la aplicación de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de interconexión suscrito entre CELUMOVIL SA. y ETB SA. ESP. sobre la del contrato celebrado entre COCELCO SA y ETB. SA. ESP. iii) Corregir el laudo, teniendo en cuenta para la condena que la actuación administrativa surtida por la CRT no observó el contenido de la circular 40 de 2002, que señala que la fecha a partir de la cual se considera modificada la remuneración de cargos de acceso es “la fecha de recibo de solicitud de solución de conflictos ante la CRT”, en el presente caso el 25 de abril de 2005, fecha en la que TELEFÓNICA SA solicitó a la CRT la solución del conflicto. iv) También pidió que se aclare la condena respecto de los perjuicios moratorios comerciales, lo que se dedujo de una estipulación contractual no invocada por la demandante, y respecto de la cual la demandada no tuvo oportunidad de pronunciarse, así como v) aclarar por qué no se diferenció entre los intereses causados como consecuencia del incumplimiento imputado, con los causados por mora en el pago de la condena impuesta. vi) Del mismo modo, exigió que se aclare por qué si el demandante se limitó a solicitar el pago de intereses de mora, sin indicar cuál era su tasa, y menos fundamentar su aplicación, decidió aplicar los intereses legales moratorios del numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993. vii) También solicitó que se aclarara por qué el cierre del Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá suspendió los términos del proceso arbitral.

En auto de 19 de noviembre de 2007 –fls. 447 a 469, Cdno. Ppal-, el Tribunal, al resolver la solicitud, consideró, de conformidad con los artículos 309, 310 y 311 del CPC., que ninguno de los aspectos a los que aludía la ETB SA. ESP. merecía pronunciamiento alguno por vía de una aclaración, corrección o complementación del laudo, pues lo que se perseguía era modificarlo o cuestionar aspectos relacionados con el procedimiento.

De otro lado, se pronunció sobre la duración del proceso y las suspensiones decretadas, y resolvió:

“PRIMERO. Denegar las solicitudes de aclaración, corrección y complementación o adición del Laudo proferido por este Tribunal el 7 de noviembre de 2007, formuladas por la parte convocada, en memorial radicado el 15 de noviembre de 2007.

“SEGUNDO. Complementar de oficio el numeral Décimo segundo (sic) de la parte resolutive del Laudo en [sic] cual quedará en los siguientes términos:

Décimo segundo (sic). En firme el presente Laudo el Presidente procederá a la protocolización del expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá e igualmente rendirá cuenta a las partes de los gastos del proceso y, si hubiere lugar a ello, las requerirá para que por las partes iguales y en un plazo máximo de ocho (8) días hábiles, asuman los valores faltantes para cubrir los gastos de protocolización

“TERCERO. Complementar de oficio la parte resolutive del Laudo con el siguiente numeral:

Décimo Cuarto. Se declaran no probadas las excepciones de falta de competencia y de jurisdicción del Tribunal, e igualmente se declararan no probados los demás argumentos de defensa de la parte convocada presentados como excepciones.”

5. El recurso de anulación.

El 15 de noviembre de 2007, la ETB SA. ESP., interpuso el recurso de anulación -fls. 429, Cdn. Ppal.-, invocando las causales contempladas en los numerales 1, 5, 7, 8 y 9 del art. 163 del decreto 1818 de 1998, esto es:

“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. (...)

“5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.

“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 (sic) 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.”

Avocado el conocimiento por esta Corporación, y corrido el traslado respectivo, el impugnante sustentó el recurso el 4 de marzo de 2008 -fls. 500 a 540, Cdn. Ppal.-. No obstante, antes de comentar cada causal es necesario hacer las siguientes precisiones:

En primer lugar, el recurrente se refiere, constantemente, a las casuales de nulidad previstas en el art. 72 de la ley 80 de 1993, pese a que interpuso, correctamente, las del art. 163 del decreto 1818 de 1998. Esta inconsistencia genera bastantes confusiones al momento de estudiar su recurso, las cuales desatará y organizará la Sala en la forma que se analizará a continuación.

En segundo lugar, el actor invocó pero dejó de sustentar la causal séptima del art. 163 del decreto 1818 de 1998, de manera que se entiende que desistió de ella.

Hechas estas presiones se pasan a comentar las causales que alegó el recurrente.

### **5.1. Primera causal: Nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita por falta de jurisdicción y competencia para dirimir la controversia planteada por la convocante.**

Afirma que este supuesto no está contemplado en las causales de anulación de los laudos, pero que la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la facultad-deber que tiene el Juez de declarar, de oficio, la nulidad de la decisión arbitral cuando se profiera con falta de jurisdicción y competencia –fls. 500 a 502, Cdo. Ppal-. Luego sostuvo que:

5.1.1 Primero, el Tribunal carecía de jurisdicción y competencia, porque, según la cláusula contractual de resolución de diferencias, solo debían ser dirimidas por un Tribunal de arbitramento las controversias que no sean de competencia del ente regulador y, en el caso concreto, a solicitud de Telefónica SA., la CRT decidió la controversia, mediante las resoluciones CRT 1.269 y 1.303 de 2005, por medio de las cuales negó las peticiones. Para el recurrente:

“En otras palabras y a **contrario sensu**, al tribunal de arbitramento podrían someterse solamente aquellas controversias que no pudieran ser conocidas por la CRT, o lo que es lo mismo, que respecto de aquellas otras diferencias que sí pudieran ser decididas por la CRT, no podía integrarse ningún tribunal de arbitramento.” (fl. 505, Cdo. Ppal)

Concluyó diciendo que si Telefónica SA. quedó inconforme con lo decidido, debió acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a demandar la nulidad de esos actos, o provocar la intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para que ordenara a la ETB SA. ESP. cumplir la Resolución 463 de 2001 o, en su defecto, impusiera las sanciones previstas en la ley 689 de 2001.

Agregó que la convocante debió demandar, ante la justicia administrativa, la validez de los actos administrativos de la CRT, que resolvieron la controversia; en lugar de convocar al tribunal de arbitramento para estos mismos efectos. Fue así como, en la resolución 1.303 se dispuso que la interconexión de las dos empresas debía remunerarse de acuerdo con lo establecido en la resolución CRT 087 de 1997, art. 4.2.2.19.

Finalmente, manifestó que la CRT era la autoridad competente para solucionar las diferencias suscitadas entre las partes, según lo previsto en la ley 142 de 1994, el decreto 1.130 de 1999, la Resolución CRT 575 de 2002 y en la cláusula contractual de solución de controversias. Por lo anterior, el Tribunal de arbitramento se ocupó de un tema propio de la autoridad administrativa, usurpando su jurisdicción.

5.1.2. En segundo lugar, dijo que el Tribunal carece de competencia por omitir las etapas propias de la cláusula compromisoria, las cuales eran excluyentes. En tal sentido, llama la atención porque las cláusulas contemplaban un procedimiento de arreglo directo –compuesto por tres etapas-, previo a la convocatoria a un tribunal de arbitramento, el cual no se cumplió. Según el recurrente:

“(…) Lo que se probó en el proceso fue que TELEFONICA omitió varios escenarios de solución de las diferencias que tenían pactados como paso previo y obligado para convocar el tribunal de arbitramento... En otras palabras, la controversia sólo sería judicializable convocando un

arbitramento, a partir del momento en el que se hubiesen agotado todas y cada una de las etapas incluidas en el pacto arbitral.” (fl. 513, Cdno. Ppal)

Se indicó, en tal sentido, que ETB SA. ESP. no renunció al Comité Mixto de Interconexión –CMI- pactado, como erradamente lo indicó el laudo, sino que, por el contrario, echa de menos que no se haya surtido ese trámite.

Además, tampoco se surtió la etapa de arreglo directo entre los “Representantes legales”, al punto que Telefónica SA. acudió unilateralmente a la CRT, cuando eran los representantes de los operadores quienes podían solicitar la intervención de la Comisión.

5.1.3. En tercer lugar, sostuvo que el laudo es nulo por falta de competencia, porque profirió un juicio de legalidad sobre actos administrativos de carácter particular –Resoluciones 1269 y 1303 de 2005-, además de pronunciarse sobre la vigencia de un acto administrativo de carácter general –Resolución 463 de 2001-.

El tema es tan claro para el recurrente que afirma que para resolver la pretensión cuarta de la demanda, el fallador debía ocuparse de definir si las resoluciones particulares, así como la general de la CRT, podían ser aplicadas; y si bien señaló que no se ocuparía de la legalidad de dichos actos, fue más allá de determinar si eran aplicables o no, porque definió que el contenido de la resolución 463 de 2001 estaba vigente, por no haber sido derogado por la resolución 469 de 2002 –fl. 517, Cdno. Ppal-.

En tal sentido, concluye que un juicio de vigencia de un acto administrativo también es un juicio de legalidad.

5.2. Segunda causal: “Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido” -art. 163.8 del Decreto 1818 de 1998-”.

Bajo la denominación contenida en el escrito de sustentación de recurso de anulación de: “B. CAUSAL SEGUNDA” –fl. 517- y “C. CAUSAL TERCERA” –fl. 527-, el actor en realidad sustenta una misma causal, consistente, según el encabezado de su escrito, en “haberse concedido más de lo pedido”, es decir la segunda parte de la causal que se cita en este apartado.

No obstante, al interior del texto y a lo largo de la exposición de lo que denomina “Causal Segunda”, también incluye el reproche de la primera parte de la causal 8, es decir “haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos la decisión de los árbitros.”

Esta exposición, antitécnica, que se presta para confusión, por la manera como se presenta el recurso, por afirmar inicialmente que se tomará sólo una parte de la causal de anulación –la segunda-, pero en realidad termina adoptándose toda –la primera también-, pero bajo un nombre inadecuado, lleva a la Sala a concluir, desde ahora, que no se trata de dos casuales de anulación del laudo sino de la misma, y que de ella se tomaron las dos partes que la componen, de la siguiente manera:

5.2.1. Señaló que la decisión versó sobre asuntos no transigibles, en relación con los cuales el Tribunal carecía de jurisdicción y competencia, según lo explicó al sustentar la primera causa-”.

En tal sentido, señaló que la CRT sí decidió el conflicto que la convocante puso en sus manos, sólo que debió demandarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, si acaso estaba

inconforme con ella, pues se trataba de un acto administrativo que no era transigible por las partes –fl. 521-.

Además, indica que lo pedido por Telefónica SA. a la CRT y al Tribunal de arbitramento es exactamente igual, a pesar de que trata de mostrar, inútilmente, que no era así. En tal sentido señaló:

“Los esfuerzos del laudo por sostener la tesis de que lo pedido en la demanda arbitral es cosa diferente de lo que se solicitó a la CRT por la convocante en ese proceso, y que por lo tanto, el Tribunal si tenía jurisdicción y competencia para conocer de este litigio, son tan inútiles como contradictorios. En efecto, el cuadro comparativo entre lo pedido ante la CRT y a este Tribunal, que se presenta en la páginas 51/52 del laudo, en vez de mostrar diferencias, lo que permite establecer es la coincidencia temática de ambos asuntos.

“En efecto Señores Consejeros, si se miran los pedimentos planteados a la CRT, se advierte sin ninguna dificultad que en ellos lo que se solicitó fue establecer y definir la aplicación a los contratos celebrados entre las partes de varios artículos de la resolución No 463 de 2001, modificatoria de la resolución No 087 de 1997, y ese reclamo calza perfectamente con lo solicitado en la pretensión cuarta de la demanda, en la que claramente se solicitó que se ordene a la ETB cumplir los contratos, de acuerdo con 'lo definido en la Resolución CRT 463 de 2001, modificatorio del art 4.2.2.19 de la resolución CRT 087 de 1997'. No es válido pues, el esfuerzo del laudo, para tratar de sacar avante la idea de que el conflicto resuelto por la CRT es diferente del que decidieron los árbitros.

“Por lo demás, sostener que lo pedido a la CRT es del todo diferente a lo pretendido en este pleito, y que por lo mismo, estamos en presencia de dos debates opuestos, es tan absurdo, que de ser cierto ello, entonces habría que concluir que en ese supuesto asunto distinto, no se habría surtido el trámite ante el CMI, ni entre representantes legales, y lo que es peor, que ni siquiera se habría sometido a la CRT.” –fls. 521-522 cdno ppal-

5.2.2. Indicó que también se incurrió en el vicio de nulidad –de los numerales sexto, séptimo y octavo de la parte resolutive-, por haberse concedido más de lo pedido, porque el tribunal accedió a las pretensiones principales de la demanda; y no obstante ello también accedió a una pretensión subsidiaria –pago de la condena hasta la fecha en que se profiera el fallo-, sobre la cual no podía pronunciarse, salvo en caso de que no hubieran prosperado las principales -fl. 524-

5.2.2. En otro sentido, señaló que el laudo es nulo, en su numeral octavo, porque condenó a la ETB al pago de intereses de mora desde el mes de agosto de 2002 –fecha en que la ETB aplicó la resolución 463 a otros operadores-, y no desde el mes de septiembre de 2005 –fecha de expedición de la resolución 1303, por medio de la cual se resolvió el conflicto planteado ante la CRT-, cuando fue en ésta última fecha que TELEFONICA SA. presentó la factura de cobro, después de decidido el mismo.

5.2.3. También pide que se declare la nulidad del laudo porque condenó al pago de una tasa de mora –la del art. 884 del Co. de Co.- que no fue indicada por el actor en su demanda. En tal sentido señaló que:

“Así las cosas, si la convocante solicitó el pago de intereses de mora sin indicar la tasa a aplicar para la liquidación de los mismos, el Tribunal no debió liquidar tales intereses con base en las normas comerciales, sino de acuerdo con lo establecido por el numeral 8 del artículo 4 de la ley

80 de 1993, que indica:

**'ARTÍCULO 4º. De los derechos y deberes de las entidades estatales.** Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

(...)

8. – (...)

'Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.'

“La decisión del tribunal implicó un pronunciamiento sobre un asunto que no fue planteado en la demanda, ni en sus pretensiones, ni en los hechos, pues, por el contrario, lo que se solicitó vino facturado con otro sustento. Mal podía el tribunal pronunciarse sobre esta condena de intereses comerciales moratorios, cuando la misma no le fue pedida en la demanda, ni siquiera insinuada en los hechos.” –fls. 533-534 cdno ppal-

5.3. Tercera causal: “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento” (numeral 9, art. 163 del decreto 1818 de 1998)

Señala el recurrente que el laudo no resolvió sobre las excepciones de mérito formuladas, en particular frente a la “exceptio nom adimpleti contractus” derivada del hecho de que la convocante no desató el procedimiento de solución de controversias pactada en el contrato, y concretamente la convocatoria al Comité Mixto de Interconexión que debía intentar solucionar las controversias. Por el contrario, el Tribunal consideró que ETB ESP. SA. incumplió los contratos por no haber cancelado los cargos de acceso a la tarifa establecida en la resolución, y que la excepción formulada nada tenía que ver con el alcance que se le ha reconocido a la misma.

En tal sentido señala que:

“En el caso sub lite, de entrada se advierte que en la parte resolutive del laudo, nada se dijo sobre la resolución en ningún sentido respecto de las excepciones de mérito, como debió haberse hecho. Las decisiones que adopte un juez deben estar compendiadas en la parte resolutive de un fallo, como así lo tiene definido el inciso segundo del artículo 304 del C.P.C. No bastaba, pues, destinar un acápite en la parte motiva del laudo, para de manera tan simple como ligera, hacer unas débiles consideraciones sobre las excepciones planteadas en la contestación de la demanda y las establecidas de oficio en el plenario.

“Se repite, leída y releída la parte resolutive del laudo, no se advierte pronunciamiento alguno, en ningún sentido, respecto de las excepciones de mérito propuestas por la demandada y acreditadas en el proceso, lo cual se vuelve trascendente e irremediable respecto de la exceptio non adimpleti contractus, propuesta por la parte demandada, acreditada en el plenario y lo que es pero, reconocida en el propio laudo.” –fl. 535 cdno ppal-

“(…)

“Dado que el Tribunal no se pronunció sobre las excepciones de mérito, y en particular frente a la de contrato no cumplido no sólo la confundió con la de cumplimiento del contrato sino que tampoco se pronunció sobre ella expresamente en la parte resolutive, solicito se declare probada

la excepción omitida, por no haberse citado o surtido el trámite de solución de conflictos en el CMI antes del tribunal de arbitramento, y como consecuencia de ello, al proferir el fallo sustituto como juez de arbitramento, declarar probada la citada excepción y en consecuencia denegar todas las súplicas de la demanda, por virtud de que habiendo incumplido el contrato TELEFÓNICA, mal puede reclamarle a su contraparte el cumplimiento de sus prestaciones.”  
-fls- 537-538 cdno ppal-

5.4. Cuarta causal: “Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga (numeral 5, art. 163 del decreto 1818 de 1998)”.

Sostiene la ETB SA. ESP que como no se fijó término de duración diferente, el trámite arbitral debió durar máximo 6 meses, contados a partir de la terminación de la primera audiencia de trámite.

Dicha audiencia concluyó el 29 de mayo de 2007, y las partes solicitaron, en diferentes oportunidades, la suspensión del proceso. Fue por esto que el Tribunal agregó 175 días más a los 6 meses, por lo que según las cuentas efectuadas en el auto que aclaró el laudo, vencía el 20 de noviembre de 2007; pero en él las cuentas fueron 174 días y vencía el término el 19 de noviembre.

Sin embargo, se equivoca el tribunal al contar los términos de esa manera, pues cuando el proceso estaba suspendido, por voluntad de las partes, sin mediar solicitud de éstas, el Tribunal levantó la suspensión; no obstante, luego fue suspendido de nuevo por ellos mismos.

En total, el término de suspensión fue de 148 días y no de 175, como lo indica el Tribunal, y por ello el laudo debió proferirse antes del 24 de octubre de 2007; y como se profirió el 7 de noviembre, y luego el 11 de ese mes se resolvió la petición de aclaración y adición, entonces el laudo es nulo. En tal sentido, afirma el recurrente que:

“Acontenció, Señores Consejeros, que estando suspendido el proceso por voluntad de las parte, de manera inusual y sin que mediara petición de parte, el tribunal reanudó el proceso, y volvieron a suspender sin que mediara nueva solicitud de suspensión del proceso, como lo manda el artículo 170 numeral 3 del C de P.C. Si fue ilegal que los árbitros decidieran ponerle fin a la suspensión del proceso antes de la fecha convenida, como lo hicieron en dos oportunidades, todavía mas lo fue el que hubiesen vuelto a decretar la suspensión sin que hubiese mediado nueva petición de las partes con tal fin.

“En efecto, por acta No 10 de 8 de febrero de 2007 se suspendió el proceso desde el 9 de febrero al 10 de abril de 2007, ambas fechas inclusive (folios 105 a 109 cuaderno principal No 2). Estando suspendido el proceso, de oficio y sin que mediara ninguna solicitud de las partes, el tribunal reanudó el proceso, para lo cual se profirió un auto el 22 de marzo de 2007 en el que se adoptó una decisión y en el mismo proveído los árbitros, por sí y ante sí, decidieron que se reanudara la suspensión sin que las partes lo hubiesen solicitado expresamente (folios 22 y 23 cuaderno principal No 3).

“En esas circunstancias el tribunal concluyó que al término de la suspensión se le debería descontar el tiempo tomado para proferir la decisión respectiva que se emitió en el entretanto, por lo que la suspensión que iba a ser de 61 días se transformó en 49.

“Tal cómputo fue lamentablemente errado, porque habiéndose levantado la suspensión del proceso, así fuese en forma unilateral y oficiosa, para que pudiera consolidarse el resto del



término de suspensión inicialmente previsto, ha debido mediar nueva solicitud de suspensión del proceso. Como después de levantada la suspensión el tribunal no recibió una nueva solicitud de suspensión del proceso, hay que concluir que el proceso no se reanudó el 10 de abril de 2007, sino el 22 de marzo de ese mismo año, por lo que el total de días de esa suspensión no fue de 61 sino de 41 días. En otras palabras, el tribunal computó 20 días más de los que debía haber tenido en cuenta.” –fls. 538-539 cdno ppal-

**6. Alegatos.** Telefónica SA. presentó sus alegatos, controvirtiendo el recurso, con los argumentos que se sintetizan a continuación –fls. 542 a 569, Cdno. Ppal-:

**6.1. Causal primera: falta de jurisdicción y competencia.** Manifestó que esta casual es diferente a la interpuesta inicialmente por la ETB SA. ESP., pues en su momento se alegó la “nulidad del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita”, y que esto contraría la naturaleza taxativa del recurso, y su condición eminentemente dispositiva y rogada -fls. 548 párrafos 5 y 6, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-.

Agregó que opera sólo cuando la cláusula arbitral viola la ley o el orden público, no cuando el tribunal decide sobre temas que el recurrente cree que no son de su competencia.

También consideró que esta causal pertenece al régimen regulado en el art. 163 del decreto 1818 de 1998, el cual no es aplicable al caso concreto –como lo afirma el propio recurrente- pues este se rige por las causales previstas en el art. 72 de la ley 80 de 1993 –fl. 588-.

Afirma que las etapas no eran excluyentes, y que la actuación de la Comisión de Regulación era administrativa y no jurisdiccional, del mismo modo que las partes no pueden acordar requisitos de procedibilidad de una acción, teniendo en cuenta que el recurrente se queja, constantemente, porque no se acudió al procedimiento pactado para resolver los conflictos.

Respecto de la incompetencia para controvertir la legalidad de un acto administrativo, señaló que corresponde a todo juzgador determinar la vigencia de los actos, y que en ejercicio de esta función no se decide sobre su legalidad -fl. 554 párrafo 6, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-. Reiteró que la actuación de la Comisión de Regulación era administrativa y no jurisdiccional.

**6.2. Causal segunda: haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos la decisión de los árbitros y haber concedido el laudo más de lo pedido.** Sostiene que “En soporte de su dicho indica el recurrente que si bien Telefónica Móviles solicitó que se declara el incumplimiento de los contratos de interconexión, no precisó cuáles fueron las razones del incumplimiento pues sólo se limitó a decir que tal incumplimiento debía declararse por los hechos y razones que se expresan en el capítulo de los hechos de la demanda. Se atreve además a indicar el recurrente, que el tribunal no especificó en la parte resolutive las razones por las cuales encontró incumplidos los contratos indicados que 'sin lugar a dudas' el incumplimiento que se imputa a ETB consistió en el desconocimiento de los (sic) dispuesto por al resolución 1303 del 29 de septiembre de 2005 proferida por la CRT.” –fl. 560-.

Frente a esto dijo Telefónica que “la estructuración del cargo desconoce el carácter excepcional, restrictivo y extraordinario del recurso de anulación, pues pretende el quebranto del mismo alegando errores de hecho y de derecho, que condujeron a la aplicación indebida de la ley, como si se tratara de un recurso extraordinario de casación.” –fls. 560 a 561-

También defendió la aplicación correcta del pago de intereses comerciales en favor de Telefónica, porque así lo establece el Co. de Co.

Respecto de la nulidad del laudo, por haberse ocupado de asuntos no transigibles, reiteró los argumentos expuestos frente a la causal anterior -fl. 555 párrafo 3, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-, y en particular que "... no dudamos en indicar que no se encuentra dentro de la causal el supuesto traído por el recurrente a este proceso quien una vez más alude a la falta de jurisdicción y competencia del tribunal, la cual se ha demostrado en estas alegaciones que no existió." -fl. 555 párrafo 3-.

**6.3.** Causal tercera: haber concedido mas de lo pedido y haber recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros. Manifiesta que no puede prosperar, porque no es admisible en el recurso el análisis de hecho y de derecho, además que se desconocía que la remuneración de interconexión efectuada a la red de telefonía móvil se remontaba al año 2002, momento en que la empresa de servicios decidió acogerse a la resolución 463, dejando de pagar los valores debidos bajo la misma.

En relación con la condena de los intereses moratorios comerciales que no fueron solicitados en la demanda, sostuvo que la aplicación indebida de una norma no configura la causal. Además, el régimen de los contratos de las ESP. es el derecho privado, por tanto se aplica el artículo 884 del C. de Co.

**6.4.** Causal cuarta: haber omitido pronunciarse sobre las excepciones de mérito. ETB ESP. SA. Advirtió que si fue resuelta, aunque con fundamentos diferentes a los que ella adujo.

**6.5.** Causal quinta: Haberse proferido el laudo después de vencido el término de duración del proceso o su prórroga. Considera que, dado que no se trata de una causal prevista en el artículo 72 de la ley 80, debe rechazarse in limine.

Agrega que el plazo para dictar el laudo vencía el 19 de noviembre de 2007, y que quienes solicitaron la suspensión del proceso estuvieron de acuerdo en respetarlo y no cuestionaron las decisiones que tomó el tribunal estando suspendido, ni la de indicar que el término de suspensión seguiría corriendo en la medida en que el plazo así corrido se retribuyó en beneficio de ambas partes. Además, atendiendo al artículo 172 del C. de P. C., la suspensión del proceso por la petición conjunta de las partes sólo termina o cuando éstas lo piden de común acuerdo o cuando vence el término de suspensión solicitada.

**7. Concepto del Ministerio Público.** Aclaró que las causales que proceden contra un laudo, como el del caso concreto, son las que contempla el art. 163 del decreto 1818 de 1998, toda vez que se trata de contratos relativos a la prestación de servicios públicos domiciliarios, a los que se aplica el régimen contractual privado -fl. 583 vto. párrafo 1, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-..

7.1. Respecto de la nulidad absoluta del pacto arbitral, manifestó que no debe prosperar, porque: i) no se advierte que el negocio jurídico haya provenido de objeto o causa ilícita -fl. 588 fte. Párrafo 2, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-, ii) las partes pactaron someter los conflictos a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, previo agotamiento de otras etapas, las cuales se surtieron cabalmente -fl. 590 vto. párrafos 2, 3 y 4, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-.y iii) las resoluciones emitidas por la CRT, que resolvieron el conflicto, no decidieron de fondo la controversia -fl. 590 fte. párrafo 3 y 4, cdno. ppal. de esta instancia que

contiene el laudo-

7.2. En lo que concierne a la nulidad por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos la decisión de los árbitros o haber concedido el laudo más de lo pedido, señaló que:

i) En cuanto al cuestionamiento por haberse condenado al pago de perjuicios hasta la fecha de ejecutoria de laudo, pese a que se habían acogido las pretensiones principales, señaló que, efectivamente, se había concedido más de lo pedido, pues el Tribunal condenó a pagar el daño desde abril 1 de 2007 hasta la fecha de ejecutoria de la providencia –numeral 7-, y en el numeral sexto de la misma providencia había condenado a pagar los perjuicios entre agosto de 2002 y marzo 31 de 2007. Por esta razón dice que debe prosperar la causal, pues se concedió más de lo pedido –fls. 595 a 596-.

En efecto, sostiene que en el numeral séptimo de la parte resolutive se condenó a ETB ESP. SA. a pagar perjuicios, por concepto de daño emergente, entre el 1 de abril de 2007 hasta la fecha de la ejecutoria del laudo, cuando Telefónica SA. había solicitado que se condenará a pagar los perjuicios causados entre junio de 2002 hasta el último mes en que las partes hubieran conciliado el tráfico, lo cual tuvo lugar en marzo de 2007.

ii) En lo referente a que la decisión versó sobre asuntos no transigibles, por falta de jurisdicción y competencia del tribunal, expresó que no procede por lo argumentado sobre la causal primera -fl. 594 fte. párrafo 3, cdno. ppal. de esta instancia que contiene el laudo-.

iii) En lo que concierne al cuestionamiento por la condena al pago de intereses moratorios, sostiene que en realidad el recurrente está inconforme con el razonamiento jurídico realizado por el tribunal, lo cual no es admisible debatir en esta instancia –fl. 596-.

En este orden de ideas, y de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 165 del Decreto 1998, se debe proceder a corregir el laudo, en el sentido de revocar la condena que, por fuera de lo pedido en la demandada, señaló el laudo en el numeral séptimo de la parte resolutive –fl. 600 vto. , Cdno. Ppal-.

7.3. En cuanto al hecho de no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento, basada en que –según la ETB- no se resolvió su excepción relacionada con el contrato no cumplido, dijo que no prosperaba, porque el laudo demostró que la ETB sí incumplió el contrato, de manera que no hay incongruencia-fl. 597 fte. y vto.-.

7.4. En cuanto a la expedición del laudo en forma extemporánea, señaló el Ministerio Público que la causal no debe prosperar, porque las suspensiones fueron solicitadas por las partes; y si bien los árbitros reanudaron el proceso, hicieron algunos pronunciamientos y luego lo volvieron a suspender, este hecho no fue cuestionado, lo que denota que aquellas asintieron en la continuación de la suspensión –fls. 599 a 600, cdno. Ppal.-.

**8. Incidente para trámite de impedimentos.** También se precisa que estando en discusión este proceso, en la Sala correspondiente, todos los miembros de la Sección Tercera se declararon impedidos para conocer de el, lo cual originó el incidente respectivo, asunto que tramitó la Sección Cuarta del Consejo de Estado, quien finalmente, mediante auto de 16 de diciembre de 2008, resolvió no aceptarlos –fls. 17 a 27, del cdno. del incidente-.

CONSIDERACIONES

Previo a realizar el estudio que corresponde a este recurso, advierte la Sala que el laudo recurrido se anulará, y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Para fundamentar ésta conclusión se analizarán los siguientes temas: **i)** primero, se abordará la competencia del Consejo de Estado para conocer del presente recurso, así como del régimen aplicable de las causales de anulación de este tipo de laudos, teniendo en cuenta que una de las partes del proceso es una empresa mixta de servicios públicos domiciliarios, y recientemente se ha producido una sentencia de constitucionalidad sobre la naturaleza jurídica de estas entidades, la cual tiene incidencia directa sobre este aspecto del proceso, **ii)** luego, se harán algunas consideraciones sobre la causal octava de anulación del art. 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”-, para analizar, posteriormente, **iii)** su aplicación al caso concreto, al interior de lo cual se desarrollarán los siguientes puntos: i) la competencia de las Comisiones de Regulación para resolver conflictos entre operadores –art. 73.8 ley 142 de 1994-, ii) La primera razón expuesta por el recurrente para anular el laudo –alcance de la cláusula arbitral pactada- y iii) la segunda razón expuesta por el recurrente para anular el laudo –controversias sobre actos administrativos-.

1. Competencia del Consejo de Estado para conocer del presente recurso de anulación.  
Consideración especial tratándose de Empresas Mixtas de SPD.

El laudo que se estudia dirimió las controversias surgidas entre la ETB SA. ESP. y TELEFÓNICA SA., con ocasión de dos contratos de interconexión suscritos, con cláusula arbitral, i) entre ETB SA. ESP y CELUMOVIL SA. y otro ii) entre ETB SA. ESP y COCELCO SA., ambos con el objeto de establecer el régimen que regulara las relaciones entre las partes de los mismos, y las condiciones técnicas, financieras, comerciales operativas y jurídicas originadas en el acceso, uso e interconexión directa de la Red de TPBCLD de ETB SA. ESP., con la red de aquellas empresas.

Lo que ocurre es que CELUMOVIL SA., absorbió, por fusión, a COCELCO SA., y éste, a su vez, cambió su nombre por el de BELLSOUTH SA. Finalmente, éste también modificó su nombre por el de TELEFÓNICA SA., actualmente parte en este proceso.

En todo caso, de lo que no cabe duda es que se está en presencia de un contrato suscrito por una empresa de servicios públicos domiciliarios –en adelante ESP-, la ETB SA ESP, cuya naturaleza jurídica es la de ser mixt

, y cuyo socio mayoritario es el Distrito Capital.

### **1.1. Problemática existente sobre el juez competente de los conflictos de las empresas de SPD, y redefinición de las competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tras la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006.**

Esta Corporación, en varias ocasiones, ha definido la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de las controversias donde son parte las empresas de SPD.

Luego de la entrada en vigencia de las leyes 142 y 143 de 1994, por medio de las cuales se reguló el régimen de prestación de los SPD, se suscitaron diferencias entre las distintas corporaciones judiciales, quienes vacilaban al momento de establecer cuál era el juez de estas controversias, en razón al derecho privado y al régimen de libre competencia al que se sujetan las empresas.

El tema adquirió estabilidad con la entrada en vigencia de la ley 1.107, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del CCA., la cual dispuso que esta jurisdicción conocerá de las controversias originadas en litigios de las “entidades públicas”. Sin embargo, el párrafo del art. 2 de dicha ley señaló que se mantenían, entre otras, las competencias previstas en las leyes 142 de 1993 y 712 de 2000 Ley 446 de 1998

Ley 446 de 1998

142 de 1994

Frente a esta circunstancia, mediante auto de esta Sección, de febrero 8 de 2007 –Actor: Aguas de la Montaña. Exp. 30.903-, la Sala interpretó y precisó los efectos de la nueva ley, entre otros, en materia de conflictos de las empresas de SPD, con especial énfasis en una empresa de SPD de carácter mixta.

Allí se destacó y analizó el cambio que sufrió el criterio que empleaba la norma derogada –art. 82 CCA.- para definir las materias que correspondía asumir a esta jurisdicción, pasando de un “criterio funcional” –controversias suscitadas por el “ejercicio de la función administrativa”- a un “criterio orgánico” –controversias donde sea parte una “entidad estatal”-, dejando de lado, por tanto, si la actividad que ejerce la entidad pública es administrativa, pues lo determinante ahora es estar enfrente de una entidad pública.

Respecto al alcance e incidencias de este cambio normativo, sobre las empresas de SPD, y la tarea de establecer cuáles operadores del servicio son estatales y cuáles no, aclaró la Corporación lo siguiente, lo cual se mantiene y justifica su cita in extenso:

“2.2. Efectos de la ley 1.107 de 2006 sobre los SPD.

En virtud del anterior análisis, puede decirse, en principio, que los procesos judiciales, donde sea parte cualquier entidad estatal, incluidas las sociedades de economía mixta con capital superior al 50%, son de conocimiento de esta jurisdicción. No obstante, el artículo 2 de la ley 1.107 establece algunas excepciones:

“Párrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.” (Negritas fuera de texto)

Según esta disposición, las competencias de la justicia laboral común se mantienen, en los términos de la ley 712, y las previstas en las leyes de SPD se conservan, en los términos indicados en ellas.

No obstante lo previsto en la nueva norma, resulta imprescindible concretar, con gran precisión, cuáles competencias están contempladas en las leyes de SPD, para saber qué asuntos se mantienen en la justicia ordinaria y cuáles quedan a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para definir este tema resulta ilustrativo, pero sobre todo decisivo, revisar la Exposición de Motivos del proyecto de ley que se convirtió, luego, en la ley 1.107 de 2006. Sin embargo, también se debe acudir a los demás antecedentes legislativos -Informes de Ponencias de cada debate-, porque pueden ilustrar, de mejor manera, cuál fue el sentido, propósito e intención del legislador, al expedir esta ley. (...)

En la Exposición de Motivos quedó claro, atendiendo a los comentarios que se hicieron, que la intención o razón de ser de la iniciativa tenía que ver con la necesidad de definir, con precisión, quién era el juez de las controversias estatales, teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura venía resolviendo algunos conflictos de competencias de manera ambivalente, y que también el Consejo de Estado había solucionado, aunque con menos recurrencia, algunos problemas de competencia de manera contradictori.

Con el paso de los años se hizo evidente que la determinación del juez competente se convirtió, en algunos casos, en un verdadero problema que incidía en el derecho de acceso a la justicia. En particular, la dificultad se hizo compleja tratándose de entidades prestadoras de SPD, universidades públicas, empresas sociales del Estado, entre otras entidades públicas, en cuyo caso la jurisprudencia debió resolver estos problemas, pero no siempre lo hizo de manera uniforme, incluso desesperadamente contradictoria, en lapsos relativamente cortos, llegando a tornarse el tema particularmente problemático. Por esta razón, en la Exposición de Motivos se dijo que:

'La ley es la que debe determinar la competencia de las diversas jurisdicciones para conocer de las controversias que, en cada caso, se presenten; sin embargo, en área tan importante como la de servicios públicos, no existen tales reglas legales de competencia. En efecto, la concepción según la cual existe correspondencia entre la aplicación del régimen de derecho privado y la competencia de la jurisdicción civil o entre el régimen de derecho público y la competencia de la jurisdicción contenciosa se ha estimado, en unos casos, superada y, en otros, en cambio, se ha entendido vigente. El Consejo de Estado, en jurisprudencia reiterada<sup>14</sup>, y tratándose de responsabilidad contractual ha venido sosteniendo que el régimen jurídico aplicable no determina la jurisdicción competente.: (...)

'En efecto, al establecer el citado artículo 82, que la competencia se define por el carácter administrativo de la controversia, está fundándose en un criterio material de muy difícil definición o, al menos, de una definición única.

'En efecto, aun aceptando la tesis del Consejo de Estado, según la cual litigio administrativo es aquel que se origina en el ejercicio de una función administrativa, definir cuándo el Estado ejerce una función pública y cuándo no, ha sido un tema muy controversial; volviendo al ejemplo de los servicios públicos, existen, por lo menos, tres respuestas que la doctrina ha propuesto frente a la pregunta de si su prestación constituye o no el ejercicio de una función pública. En primer lugar, hay quienes afirman que, en virtud del artículo 365 de la Constitución Política, toda la prestación de los servicios públicos debe ser considerada función pública, por tratarse de una actividad relacionada con los fines del Estado Social de Derecho<sup>17</sup>; sin duda esta ha sido la posición adoptada por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al menos en las últimas

providencias citadas. En segundo lugar, están quienes sostienen que, si el servicio público es prestado por un particular, no debe ser considerado función pública, pero si la prestación la realiza una entidad pública, la misma adquiere tal carácter<sup>18</sup>. Por último, unos terceros sostienen que, de acuerdo con la forma en que se estableció el régimen de servicios públicos en la Constitución de 1991, su prestación, por regla general, no constituye una función pública; no obstante, esta última posición señala que, en su prestación, aquellas actividades que resultan del ejercicio de prerrogativas propias del Estado sí revisten tal carácter<sup>19</sup>. Esta es la tesis que prohija el Consejo de Estado en la providencia citada, acudiendo a un análisis sistemático de la Constitución Política y la ley<sup>20</sup>. Esta posición es compartida por la Corte Constitucional, que, en la Sentencia C-037 de 2003<sup>21</sup>, expuso lo siguiente: ' (...)

En estos términos, se percibe con facilidad, el propósito que tuvo el proyecto de reforma, determinante de sus móviles, fue la problemática de los SPD, de ahí que se sugiriera, como se insinúa en el último párrafo citado, que el juez de las empresas de SPD debía ser esta jurisdicción.

Esta idea se hace aún más evidente en los siguientes apartes de la exposición de motivos, según la cual:

'7. No se pretende modificar las leyes que establecen reglas de competencia en materia laboral y de servicios públicos domiciliarios. Por último, el proyecto no pretende modificar las reglas de competencia ya establecidas en la ley, como es el caso... (...)

'En el mismo sentido, se mantiene la vigencia de las reglas de competencia establecidas en la Ley 142 de 1994, así como las modificaciones introducidas por la Ley 689 de 2001, que en el artículo 130, establece que el cobro ejecutivo de deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos es de conocimiento de la jurisdicción ordinaria o de la jurisdicción coactiva cuando se trata de empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos.'

Una lectura integral del texto muestra que el propósito, bastante claro, en materia de SPD, era recoger, en esta jurisdicción, la competencia para juzgar las controversias de las empresas estatales de SPD, pero que, tratándose del cobro ejecutivo de las facturas, se debía mantener la competencia en la justicia ordinaria, en los términos del art. 130 de la ley 142 -modificado por el art. 18 de la ley 689 de 2001-.

En esta medida, según el texto del proyecto de ley, esta jurisdicción conocería de todas las controversias relacionadas con los operadores de los SPD -procesos contractuales, de responsabilidad extracontractual, de nulidad, entre otros-, pero los juicios ejecutivos, exclusivamente de facturas del servicio, se mantendrían en la justicia ordinaria. (...)

La norma, así aprobada, reiteró, con precisión en la indicación de los artículos, que la competencia que se mantenía de la ley de SPD sería la relativa a los juicios ejecutivos de facturas, por eso remitió al art. 18 de la ley 689, que modificó el art. 130 de la ley 142 de 1994.

De alguna manera, en este debate de la Comisión Primera de la Cámara se entendió, de mejor forma, el propósito del Senador que tuvo la iniciativa legislativa -expresado claramente en la Exposición de Motivos-, y aclaró el articulado en ese sentido. (...)

Según esta historia legislativa, es indiscutible que el Congreso dispuso entregarle a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el juzgamiento de las entidades estatales, incluidas las que prestan SPD, pues, no en vano los procesos contractuales y extracontractuales fueron los que sirvieron de paradigma, durante los 4 debates, para expresar que existía una diferencia

profunda en las altas Cortes, con respecto al tema de la jurisdicción, y que era necesario reformar el art. 82 del CCA para resolver el problema. (...)

Ante este panorama controversial, el legislador adoptó una solución, clara y agresiva. Asignó, de manera fuerte e intensa, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la competencia para juzgar las controversias donde son parte las “entidades públicas”, sin importar la función que desempeñe cada una de ellas, pues se pasó de considerar el “criterio material o funcional”, como factor de distribución de competencias, al “criterio orgánico”, donde lo determinante es la pertenencia a la estructura del Estado.

Esta idea aplica para cualquier tipo de proceso, tratándose de empresas de SPD, entre los cuales se incluyen, a título de ejemplo, las controversias contractuales, las extracontractuales, las de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, no se incluyen las relacionadas con los ejecutivos de facturas del servicio, las cuales se continuarán tramitando ante la justicia ordinaria, en los términos previstos en el artículo 130 de la ley 142 de 1994 (Resaltos fuera de texto)

Posteriormente, el Consejo Superior de la Judicatura, como autoridad judicial competente que es para dirimir los conflictos de competencia que se presentan entre las distintas jurisdicciones

, definió, en idéntico sentido, una contienda similar –relacionada con empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios-, suscitada entre la justicia civil y la contencioso administrativa, manifestando, en providencia de julio de 2007, que :

”La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia emitida el 8 de febrero de 2007 dentro del radicado 05001-23-31-000-1997-02637-01. M.P. Dr. Enrique Gil Botero, hizo un extenso análisis sobre los conflictos que se vienen suscitando entre la jurisdicción contenciosa administrativa y la ordinaria con relación a procesos en los cuales se demanda a Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios (ESP), y al referirse a la reciente expedida Ley 1107 de diciembre 27 de 2006 precisó: (...)

De acuerdo a lo anterior, y teniendo en cuenta que en el asunto que ocupa la atención de la Sala se trata de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual se demanda a la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, la cual es una Unidad Administrativa Especial adscrita al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA que tiene como misión regular los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible de manera técnica, independiente y transparente, promoviendo el desarrollo sostenido de estos sectores, regulando los monopolios, incentivando la competencia donde sea posible y atendiendo oportunamente las necesidades de los usuarios y las empresas de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley, luego, la legalidad de los actos que ésta emite, tales como las resoluciones de las cuales se duele la demandante, porque según su sentir afectan sus intereses económicos, deben ser controvertidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como lo dispone el reformado artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

“En efecto, con la expedición de la Ley 1107 de 2006 quedó establecido que la competencia se determina es por el criterio orgánico, es decir que el requisito para establecer si el conocimiento corresponde a la jurisdicción contenciosa, es que la entidad demandada sea una entidad pública, y en este caso, a no dudar, la CREG lo es.

De igual manera sucede con la sociedad demandada INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. ESP (ISA), pues se trata de una Empresa de Servicios Públicos vinculada al Ministerio de Minas y



Energía cuyo negocio fundamental es el transporte de energía, en la que la Nación cuenta con el 59.30% de la composición accionaria, de tal manera que sobre la legalidad de sus actos, conforme a la precitada Ley 1107 de 2006 le corresponde conocer a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Nótese que en dicho caso una de las partes del proceso también era una empresa de SPD de carácter mixto –ISA SA. ESP.-, la cual fue calificada por el Consejo Superior de la Judicatura como “entidad estatal”, luego, el juez de sus controversias es el contencioso administrativo, según dispone la ley 1.107.

## **1.2. Reiteración de la Sala, frente a las nuevas circunstancias y con argumentos adicionales, sobre la naturaleza estatal de las empresas mixtas de SPD y de las privadas con participación estatal, sin importar el porcentaje de capital público, e incidencia sobre la competencia de esta jurisdicción para conocer de sus conflictos.**

En el presente caso, además de reiterar la anterior posición, la Sala abordará, una vez más, el análisis de la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de SPD, teniendo en cuenta que se han producido nuevas decisiones judiciales que han incidido poderosamente en la consolidación de la postura que tradicionalmente ha manejando esta Sección.

De tal manera, la Sala insiste en su criterio de que las empresas mixtas de SPD son entidades estatales, posición que ha asumido en reiteradas ocasiones

. Al respecto, expresó la Sala, en la sentencia de marzo 2 de 2006 –Exp. 32.302-, que:

“... La **tesis positiva**, que comparte la Sala, considera que las empresas mixtas de SPD integran la rama ejecutiva del poder público, por varias razones.

“En primer lugar, porque el artículo 38 de la ley 489 establece que también hacen parte de la rama ejecutiva las sociedades de economía mixta, género al cual pertenecen las empresas mixtas que prestan SPD, pues lo esencial de ellas es que están integradas por capital público y privado, aspecto determinante para establecer su naturaleza jurídica.

“En segundo lugar, porque si bien el régimen jurídico de las empresas mixtas de SPD puede ser diferente al común de las sociedades de economía mixta, esta nota particular no es la que hace la diferencia en la naturaleza jurídica de una entidad estatal. En efecto, bien pueden dos establecimientos públicos tener diferencias en su régimen jurídico, pero no por eso dejan de tener una naturaleza común. Lo propio se aplicaría a dos empresas industriales y comerciales del Estado que se distingan por algún tratamiento especial en su régimen jurídico, sin que ello tampoco desdiga de su naturaleza jurídica común.

“Este tipo de diferencias, a lo sumo, sirven para caracterizar, al interior de una misma categoría de entidades, las particularidades de unas y de otras, sin que de allí se siga que ostentan una naturaleza diferente. No entenderlo así implicaría asignarle a cada entidad que no se enmarque en un esquema común, entre una tipología de entes públicos, una categoría autónoma, en forma por demás injustificada.

“En tercer lugar, también pertenecen a la rama ejecutiva del Estado las empresas mixtas de SPD, por aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, porque en la sentencia C-953 de 1999, dijo la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 97, inciso 2, de la ley 489 de 1998, que toda sociedad donde exista participación estatal y privada, sin

importar el monto del capital con que se concurra, forma una sociedad de economía mixta, y por tanto esa entidad pertenece a la estructura del Estado.

“El problema que estudió la Corte radicaba en que el inciso 2, del artículo 97, disponía que una sociedad era de economía mixta cuando el capital estatal era igual o superior al 50% del capital social, de manera que, por exclusión, se entendía que cuando la participación era inferior la entidad se consideraba privada. La Corte dijo al respecto, en la sentencia citada, que:

'4.5. Sentado lo anterior, encuentra la Corte que, efectivamente, como lo asevera el actor y lo afirma el señor Procurador General de la Nación, la Carta Política vigente, en el artículo 150, numeral 7°, atribuye al legislador la facultad de "crear o autorizar la constitución" de "sociedades de economía mixta", al igual que en los artículos 300 numeral 7° y 313 numeral 6° dispone lo propio con respecto a la creación de este tipo de sociedades del orden departamental y municipal, sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades. Ello significa entonces, que la existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares.

'4.6. Por otra parte, se observa por la Corte que el artículo 210 de la Constitución establece que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional deben ser creadas por la ley o con su autorización "con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa", norma ésta que en armonía con lo dispuesto por el artículo 150 de la Carta permite que el Congreso de la República en ejercicio de su atribución de "hacer las leyes" dicte el régimen jurídico con sujeción al cual habrán de funcionar los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta. Ello no significa que so pretexto de establecer ese régimen para estas últimas se pueda desconocer que cuando el capital de una empresa incluya aportes del Estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, no alcanzan la naturaleza jurídica de sociedades comerciales o empresas de "economía mixta", pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea "del Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", por el artículo 150, numeral 7° de la Constitución.

'De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni "mixta", sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución.

'4.7. No sobra advertir, sin perjuicio de lo expuesto, que en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que

para el efecto existe libertad de configuración legislativa.'

“Encuentra la Sala que, el inciso 2 declarado inexecutable, no se distingue, en lo sustancial, del actual artículo 14.6 de la ley 142. Esta norma incurre en el mismo vicio advertido por la Corte frente al inciso 2, del artículo 97, de la ley 489; luego, es preciso inaplicar por ser inconstitucional –en virtud del mandado contenido en el artículo 4 de la Carta Política-, para hacer prevalecer las Normas Constitucionales, en las mismas condiciones, y con los mismos argumentos, con que lo hizo la Corte en la sentencia C-953.

“En cuarto lugar, estima la Sala incorrecto decir que la ley 489 solo dispuso que integran la rama ejecutiva del poder público las “empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”, lo cual se ha deducido del hecho de que el artículo 38, literal d), señala que hacen parte de ella **“d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”**.

A contrario sensu, se ha dicho que la ley no incluyó a las empresas mixtas.

“Este entendimiento es equivocado, por dos razones. De un lado, porque –según ya se dijo- las empresas mixtas de SPD no se diferencian, en su naturaleza, de las sociedades de economía mixta, y que tan sólo hay entre ellas una relación de género a especie. Según este argumento, las empresas mixtas de SPD están incluidas en el literal f) del art. 38, que precisa que integran la rama ejecutiva “f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta”

“De otro lado, estas entidades también pertenecen a la estructura del Estado porque el propio artículo 38 establece, en el literal g) -en caso de que el anterior argumento fuera insuficiente-, que integran la rama ejecutiva “g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.” (Negrillas fuera de texto). En defecto de cualquier otra razón, esto explicaría la integración de toda otra entidad administrativa, que como en el caso de las empresas mixtas de SPD requiere autorización legal, ordenanza, de acuerdo o equivalentes, para ser creada.

“Estas ideas –con sus correspondientes problemas- se reiteran en el art. 68 de la misma ley 489, el cual determina, en los siguientes términos, los entes que integran las entidades descentralizadas:

'ARTICULO 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. (Negrillas fuera de texto)

“En relación con esta norma reitera el anterior criterio, es decir, que no sólo pertenecen a la estructura del Estado las entidades expresamente determinadas por los arts. 38 y 68, sino que en estos dos artículos se hace una lista apenas enunciativa de entidades, porque también integra la rama ejecutiva toda entidad que reúna los requisitos propios de una entidad descentralizada, lo que ocurre precisamente con una empresa de SPD mixta.

“En quinto lugar, también se debe aclarar que el hecho de que los arts. 38 y 68 citados hayan establecido, en forma expresa, que las “empresas oficiales de SPD” hacen parte de la estructura del Estado se debe a otra razón, aún más elemental.

“Pudo, en principio, ser innecesario que la ley 489 hubiera prescrito explícitamente que las empresas oficiales de SPD integran la estructura del Estado, porque bastaba con la referencia a las “empresas industriales y comerciales del Estado” para que tales entidades se entendieran incluidas. El problema radica en que las empresas oficiales de SPD se pueden constituir de una de dos maneras, como “empresas industriales y comerciales del Estado” o como “sociedades por acciones”, a su libre elección.

“De manera que no bastaba con establecer que las empresas industriales y comerciales del Estado pertenecen a la estructura del Estado para entender allí incluidas todas las ESPD oficiales, porque habrían quedado por fuera las empresas oficiales constituidas como sociedades por acciones; de ahí que fuera necesaria la expresa previsión que se hizo en los arts. 38 y 68, de que hacen parte de tal estructura las empresas oficiales de SPD a fin de recoger en este concepto las dos formas jurídicas que ellas pueden adoptar.

“De allí que la Sala entienda que la referencia expresa, en ambos artículos, a este tipo de empresa, no significa que las mixtas de SPD hayan quedado excluidas de la estructura del Estado, pues ellas quedaron recogidas en otros apartes de los artículos citados, según se acaba de ver.

“En sexto lugar, encuentra la sala que el sólo hecho de que una entidad estatal se cree, o se constituya, o se rija por el derecho privado –como lo dice la Corte Constitucional, en la sentencia T-1212 de 2004- no hace que su naturaleza jurídica sea de derecho privado, pues con este criterio incluso las sociedades de economía mixta convencionales serían entidades privadas; lo cual es a todas luces un despropósito, como lo señaló la propia Corte Constitucional en la sentencia C-953 de 1999.

“Puede ocurrir, perfectamente, que una entidad estatal se cree o rija, en mayor o menor medida, según las reglas propias del derecho privado, lo que no la convertirá en privada, pues este criterio desconocería que el legislador, en muchos campos –pero no en forma absoluta- tiene la potestad de escoger el régimen jurídico de las entidades que crea o autoriza crear, sin que eso desdibuje su naturaleza de entidad pública. Incluso puede asignar regímenes jurídicos diferenciados a entidades estatales de idéntica naturaleza, siempre que existan razones que justifiquen el trato distinto.

“En conclusión, retomando los argumentos expuestos, resulta claro que las empresas mixtas de SPD pertenecen a la estructura del estado, es decir son entidades estatales, en los términos de la ley 489 de 1998... (...)

“En estas condiciones, la Sala, además de ratificar la competencia para conocer del recurso de anulación, cuando quiera que una de las partes del proceso arbitral entre empresas de SPD sea una empresa mixta, adiciona los argumentos expuestos en esa ocasión, para confirmar el criterio adoptado por la Sala.”

Este criterio fue recientemente admitido y compartido por la Corte Constitucional, con algunas variaciones, Corporación que a través de la sentencia C-736 de 2007 -que examinó la exequibilidad de los numerales 14.6 y 14.7 de la ley 142 de 1994, así como del art. 38, lit. d) de la ley 489 de 1998- concluyó que este tipo de entidades -las empresas mixtas de SPD-, sin

importar el porcentaje de participación pública que se tenga en la empresa, son descentralizadas y pertenecen a la rama ejecutiva del poder público.

Aplicado lo anterior al caso concreto, y conforme a la ley 1.107 de 2006, esta jurisdicción conoce de las controversias donde sea parte una entidad estatal, de manera que por el sólo hecho de que la ETB SA. ESP. -empresa de naturaleza mixta-, sea parte del proceso, la competencia queda asignada a esta jurisdicción.

Una razón más que afirma la competencia para conocer del recurso de anulación, en el caso concreto, es que si una de las partes que celebró el contrato es entidad estatal, también es estatal el contrato objeto del litigio. Así, en el mismo sentido que se viene analizando, de conformidad con lo previsto en el artículo 128.5 del Código Contencioso Administrativo Ley 446 de 1998

-en los términos en que fue modificado por el numeral 5 del artículo 36 de la Ley 446 de 1998-, y en virtud de lo ordenado por el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998-, esta Corporación es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso de anulación.

Queda de esta manera ratificada la competencia para conocer de esta clase de procesos, y de los conflictos de este tipo de entidades.

### **1.3. Régimen de las causales de nulidad aplicables a los contratos estatales regidos por el derecho privado.**

Para la Sala es necesario reiterar, nuevamente, su criterio sobre este aspecto, a propósito del presente recurso de anulación, teniendo en cuenta que la ETB SA. ESP., al presentarlos, propuso las causales previstas en el artículo 163 del decreto 1818 de 1998; no obstante, la sustentación la dirige y estructura a partir de las causales contempladas en el art. 72 de la ley 80 de 1993 –aunque haciendo referencias ocasionales al decreto 1818-, incurriendo así en una confusión severa que se traslada al recurso mismo y a su comprensión.

Además, la parte convocante advirtió, en su pronunciamiento frente al recurso de anulación, que las causales aplicables eran las de la ley 80 de 1993, de manera que la precisión sobre este tema resulta, aún, necesaria.

En tal sentido, se debe recordar que, según el régimen jurídico especial que gobierna a las empresas mixtas de SPD, ellas se rigen, en materia contractual, por el derecho privado, tal como lo establece el art. 31 de la ley 142 de 199

.

De lo anterior, se sigue, que las causales de nulidad del laudo, que aplican en el presente proceso, corresponden a las previstas en el art. 163 del Decreto 1.818 de 1998, es decir, las del derecho privado, no las que contempla el art. 72 de la ley 80 de 1993.

En esta perspectiva, se mantiene vigente la jurisprudencia de la Sección, según la cual, tratándose de empresas de SPD, y en general de cualquier otra entidad estatal que se rija por el derecho privado, en materia contractual, las causales de nulidad de los laudos son las que contempla dicho régimen jurídico. Es así como se expuso en la sentencia de mayo 24 de 2006 –exp. 31.024- que:

“Definida la competencia de esta Corporación para conocer del presente recurso, la Sala analizará, por petición expresa del recurrente, si las causales aplicables para la anulación de un

laudo arbitral proferido en relación con un contrato estatal regido por el derecho privado –como es el caso de los que celebran las ESPD, las Empresas Sociales del Estado, las Universidades Públicas, etc.-, son las contenidas en el artículo 72 de la ley 80 de 1993, o mas bien las previstas en el artículo 163 del decreto 1818 de 1998. (...)

“Nadie discute que las causales que se deben invocar para solicitar la anulación de un laudo arbitral, cuando el contrato se rige por la ley 80 de 1993, son las contenidas en su artículo 72. La duda surge cuando el contrato estatal es de aquellos que se rigen por el derecho privado; en ese caso, según lo dicho, quien debe conocer del recurso de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pero las causales de anulación aplicables serán las del artículo 163 del decreto 1818 de 1998. (...)

“Un nuevo análisis del asunto induce a la Sala a reconsiderar este criterio porque, en casos como el presente, las causales de anulación aplicables deben ser las contenidas en el art. 163 del decreto 1818 de 1998, dado que el contrato suscrito el 16 de junio de 1997, entre ACUANTIOQUIA SA. ESP. EN LIQUIDACIÓN y el Consorcio Francisco Velásquez Ingeniería Civil y Sanitaria Cia. SA., se rigió por el derecho privado, según lo disponía el artículo 31 original de la ley 142 de 1994. Esta conclusión se apoya en los siguientes fundamentos:

“De un lado, porque el artículo 32 de la ley 142 establece que el régimen jurídico aplicable a los actos que expiden las empresas de SPD es el derecho privado, disposición que complementa al artículo 31 de la misma ley. Según aquella norma, resulta lógica la remisión a las causales de anulación del derecho privado, pues esa es la filosofía recogida en dicha disposición.

“De otro lado, las causales del art. 72 de la ley 80 se aplican, con exclusividad, a los contratos que, en su parte sustantiva, se rigen por dicha ley, de manera que no es procedente aplicarlas a los contratos que se rigen por el derecho privado. Dicho de otra manera, si, como es sabido, la ley 80 no rige los contratos de las empresas prestadoras de SPD, la exclusión de dicha norma debe ser total. De modo que no encuentra explicación razonable el hecho de que, por un lado se sostenga rotundamente la inaplicación de la ley 80 y, por el otro, se decida la aplicación de una de sus normas: el artículo 72, relativo a las causales de anulación del laudo arbitral.

“La proposición, así expuesta, no resulta coherente; por el contrario, lo razonable es que la normación aplicable corresponda a la propia del régimen jurídico que tutela el contrato, así el juez que deba resolverla controversia sea el juez especial, como ocurre en el sub judice.

“Esto último es posible porque la competencia del juez depende de la atribución legal y, como se ha visto, el conocimiento de los recursos de anulación de laudos arbitrales sobre contratos estatales fue atribuido por el legislador al juez contencioso administrativo sin que, para ello, sea determinante el régimen, público o privado, del contrato estatal.

“La variación del juez, sin embargo, no lleva insito el cambio de régimen jurídico. En otras palabras, pese a que la competencia es, en estos casos, del juez administrativo, el régimen del contrato será el que, legalmente, le corresponde, es decir el de derecho privado.

“De esta manera, no tiene asidero la conclusión de que las causales de anulación del laudo arbitral pronunciado en relación con un contrato estatal sometido al derecho privado –es decir, con exclusión de la ley 80-, sean sin embargo, las del artículo 72 de dicha ley que, por definición, no resulta aplicable al caso.”

Esta conclusión es más clara en vigencia de la ley 1150 de 2007, porque el artículo 22 dispone,

precisamente, que las causales de nulidad de los laudos arbitrales donde sean parte las entidades estatales, son las del derecho privado Ley 80 de 1993

Decreto 2279 de 1989. Sin embargo, esta norma no aplica en el presente caso, pues entró a regir el 17 de enero de 2008, y el recurso de anulación se interpuso en noviembre de 2007.

## 2. Las casuales de anulación invocadas por el recurrente.

Como advertencia preliminar, debe tenerse en cuenta que de las cinco causales propuestas -numerales 1, 5, 7, 8 y 9 del art. 163-, la séptima no fue sustentada, y otra -la denominada en el recurso como "primera"-, no corresponde a la contemplada en la ley como "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."

El recurrente alegó esa primera casual aduciendo falta de competencia del tribunal para fallar el proceso, cuando esta causal contempla otro supuesto muy distinto, como es la nulidad del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, o por algún otro vicio alegado en el trámite arbitral. Entiende la Sala que la circunstancia que discute el actor no vicia el pacto, pero encaja como sustentación en la causal 8 del mismo art. 163, donde también se expusieron estos argumentos invalidantes del laudo, de manera que allí se estudiará el tema.

Por tal razón, no sobra decir, como acertadamente lo sostiene TELEFÓNICA SA., que el recurrente está creando o modificando una causal legal de nulidad, que por ser de orden público sólo la ley puede contemplar; sin que esté en manos de las partes del proceso adaptarlas a sus necesidades.

También vale la pena señalar que el recurrente, al sustentar el recurso, afirmó que desistía de la causal interpuesta en relación con el hecho de "haberse proferido el laudo en conciencia, debiendo ser en derecho". Advierte la Sala que esta causal no se interpuso, de manera que de nada se desiste, pues a folio 429 del cdno. ppal. se aprecia claramente que dicha causal no se invocó.

De otro lado, también precisa la Sala, dado que el recurso prosperará, es decir, que se infirmará el laudo, que sólo se estudiará una de las causales que conducen a tomar esta decisión: esto es, el numeral 8; precisando además, por considerar innecesario, que no se pronunciará de fondo sobre las demás causales, tanto por razones prácticas como de economía procesal.

En este orden de análisis, se considera que aplica la lógica de lo previsto en el inciso 2 del art. 306 del CPC., el cual dispone que si prospera una excepción del demandado, que conduzca a rechazar las pretensiones de la demanda, es posible abstenerse de examinar las demás.

En el caso concreto, al prosperar el recurso, resulta innecesario examinar las demás causales propuestas, lo cual acontece en el presente caso, según se pasa a analizar.

### 2.1. Consideraciones generales sobre la causal 8 del art. 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.”

### **2.1.1. Supuestos contemplados por la causal, depurados por la jurisprudencia.**

Esta causal de anulación corresponde, con similar redacción, a la contemplada en el numeral 4 del art. 72 de la ley 80 de 1993. No obstante, es claro que su fuente, para efectos del estudio del caso concreto, es el del primer ordenamiento jurídico citado. Sin embargo, para su análisis, desde el punto de vista de su explicación, contenido y justificación, se tendrán en cuenta los criterios jurisprudenciales que respecto de una y otra disposición ha emitido esta Sala, por ser exactamente idénticos.

En tal sentido se ha dicho que se configura siempre que se esté ante una de las siguientes circunstancias: i) que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento, contrariando con ello la Constitución y la ley, ii) que se aborden asuntos que las partes no dejaron sujetos a la decisión de los árbitros, desconociendo que la competencia está limitada y restringida a la materia que señalen las partes, y iii) que se exceda la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación, violando el principio de congruencia.

Los anteriores criterios han sido analizados en varias providencias de la Sección, en las cuales se ha expuesto que:

“b. La causal legal de nulidad en estudio contempla dos tipos de supuestos: \*) Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión y \*) Por haberse concedido más de lo pedido, como pasa a explicarse:

=> Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión, puede presentarse:

1. O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros y
  1. O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extrapetita).

=> Por haberse concedido más de lo pedido, este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo ultra petita).

En el mismo sentido, en junio del 2006, se sostuvo que:

“En otros términos, para que el laudo no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad con las pretensiones, los hechos y las excepciones sometidas a consideración en el proceso arbitral y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.



“El aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona, entonces, con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión, por lo que se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración:

El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.

El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.

El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.”

En el caso concreto, y dado que la causal de nulidad que propone el recurrente es la falta de competencia del Tribunal de arbitramento, i) porque decidió sobre materias que fueron excluidas, expresamente, del pacto arbitral, y ii) porque se trata de actos administrativos dictados por la Comisión de Regulación, que debieron ser atacados ante la justicia administrativa, vale la pena traer al caso la jurisprudencia que sobre esa hipótesis ha proferido la Corporación.

### **2.1.2. Delimitación material de las controversias sometidas a la jurisdicción arbitral, expresada en la cláusula arbitral.**

Constituye un presupuesto material de funcionamiento de la justicia arbitral el hecho de que las partes de un contrato acuerden someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento. Esta idea, simple pero decisiva, entraña varios conceptos que bien vale la pena comentar.

De un lado, expresa que las partes pueden renunciar a la justicia ordinaria, por autorización de la Constitución y la ley, para elegir la arbitral, quien asume la tarea de juzgar y definir los conflictos que se presenten entre ellas.

Esta posibilidad modificatoria del juez natural, en todo caso, no supone que las partes puedan quedarse sin juez, ni que se entorpezca para alguna de ellas el derecho de acceso a la administración de justicia; tan solo autoriza que se varíe la jurisdicción que el Estado tiene disponible, constante y permanentemente, para resolver el común de los litigios que pudieran

presentarse en un caso dado.

De otro lado, esta potestad modificadora e innovadora que tienen las partes expresa la inmensa riqueza que la autonomía de la voluntad ofrece en la contratación de las entidades públicas, la cual también rige en éste ámbito, y aún de manera más fuerte tratándose de entidades que se rigen por el derecho privado.

En este sentido, queda claro que las partes de un contrato pueden, con libertad relativa, porque el legislador se los autoriza, conservar el juez natural o adoptar la justicia arbitral para solucionar sus controversias, pudiendo escoger entre una u otra opción, con amplia libertad de decisión.

Incluso, la fuerza que tiene la autonomía de la voluntad en este tema, respetando, desde luego, los límites que el ordenamiento jurídico impone –que la materia sea transigible, por ejemplo-, llega al punto de impedir que el legislador imponga la justicia arbitral a un negocio jurídico. Esta idea, que también ha sostenido la Corte Constitucional, se desprende del artículo 116 CP., el cual establece que son las partes quienes pueden acordar este mecanismo de solución de controversias, cuando señala, en el inciso final, que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.” (Resalto fuera de texto)

En tercer lugar, y como una variante del anterior punto, es decir, en caso de que se acoja la opción arbitral, es necesario que el contrato defina cuáles controversias se someterán a dicho mecanismo judicial extraordinario, pudiendo las partes escoger entre llevar a esa instancia todas las controversias que surjan del contrato, o sólo algunas de ellas, en cuyo caso subsistirían las dos jurisdicciones, una para unas materias y otra para las demás. Esta segunda alternativa refleja, con más claridad, la amplia posibilidad de acción que tiene la autonomía de la voluntad en relación con la justicia arbitral, considerada al momento del pacto.

Vale la pena aclarar, no obstante, y a título de regla general, que en caso de que la cláusula arbitral no señale, concretamente, cuáles conflictos quedan a su cargo, se entiende que todos los transigibles que surjan de la relación contractual están incluidos, siendo necesario, en caso de que las partes sólo quieran someter algunos, especificar claramente cuáles escaparán a la jurisdicción arbitral.

No obstante, se deduce de las anteriores ideas, no es posible que el tribunal conozca de conflictos que no estén autorizados por las partes, o lo que es igual, tampoco es posible que una de ellas proponga controversias que no encajen en lo dispuesto en la cláusula, pues sin pacto expreso no opera esta justicia excepcional. En este sentido, dijo la Sala, en mayo de 2002, que:

“Respecto del contenido de la cláusula compromisoria en relación con la competencia de los árbitros la Sala precisó:

'cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, esto es, que no se especifican las controversias y desacuerdos que han de someterse al conocimiento de los árbitros, válidamente debe entenderse que la cláusula compromisoria se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el contrato que le sirvió de fuente; por el contrario, cuando las partes expresamente convienen y disponen la exclusión de determinados asuntos del conocimiento del juez arbitral, es claro entonces, sin que

haya duda alguna, que los árbitros no pueden, con validez, pronunciarse sobre los asuntos excluidos, so pena de contrariar elementales principios sustanciales y de procedimiento, lo que indefectiblemente los conduce a transitar por una manifiesta vía de hecho, situación ésta que precisamente tiene ocurrencia en el caso bajo estudio, en evidente quebranto del principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta, el cual trae consigo, entre otras reglas, que el juzgamiento de las querellas contractuales de las partes se surta ante el juez competente.

'Se tiene entonces que el primer elemento que debe valorarse para establecer la sujeción de la decisión arbitral al ámbito de su competencia es el pacto arbitral, que puede estar contenido en una cláusula compromisoria o en un compromiso, ya que del mismo se deriva la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, como también la materia respecto de la cual ha de darse el pronunciamiento.' (...)

De lo anterior se infiere que la decisión proferida por el tribunal de arbitramento debe ajustarse a la materia arbitral enunciada por las partes, puesto que son ellas quienes expresamente señalan los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente; de manera que si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio, a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra este principio, puesto que estarán decidiendo por fuera del concreto tema arbitral.”

En consideración a lo anterior, resulta obvio decir que para establecer cuándo un laudo incurre en la causal que se comenta, habrá de establecerse si los árbitros se pronunciaron, exclusivamente, sobre los temas contemplados en la cláusula compromisoria. En tal sentido, en junio de 2002, sobre el alcance de dicha causal, la Sala afirmó que:

“De una parte, permite al juez del recurso verificar si los árbitros se pronunciaron únicamente sobre los puntos sujetos a su decisión, teniendo en cuenta que su competencia está limitada y restringida a la materia que le señalen las partes y a ella exclusivamente deben circunscribirse. Por lo tanto, para determinar la procedencia de dicha causal deberá efectuarse un análisis comparativo entre el pacto arbitral, las pretensiones de la demanda, la contestación de la misma y el laudo, con el fin de establecer la competencia de los árbitros y la congruencia del fallo, principios ínsitos en toda decisión judicial

Posteriormente, en julio de 2002, la Sala señaló al respecto que:

“Por ello, la jurisprudencia de la Sección ha manifestado que la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites de la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, ha dicho que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita

En otros términos, para que el laudo no sea susceptible de anulación por la causal en mención,

debe estar en estrecha identidad con las pretensiones, los hechos y las excepciones sometidas a consideración en el proceso arbitral y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.”

En esta misma línea, la Corte Constitucional precisó que la voluntad de las partes establece los límites de la jurisdicción arbitral. Así, en la sentencia C-1.037 de 2002, al pronunciarse sobre la exequibilidad de los numerales 3 y 4 del artículo 15 del decreto 2651 de 1991 -modificado por el artículo 119 de la ley 446 de 1998- y los artículos 120 y 121 de esta última ley, señaló que:

“Esa fase prearbitral existe exclusivamente porque las partes, por medio de un pacto arbitral (sea cláusula compromisoria o sea compromiso) decidieron voluntariamente acudir a la justicia arbitral. Esa fase prearbitral opera entonces exclusivamente por la voluntad de las partes de acudir a ese mecanismo alternativo de resolución de conflictos, y, únicamente para el litigio específico, con lo cual se respetan los principios de habilitación y temporalidad.

... la voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros. Lo contrario, es decir, admitir que funcionarios que no han sido habilitados por la voluntad de las partes puedan ejercer una labor judicial de carácter excepcional, sería ir en contra no sólo del espíritu de la normatividad en materia de arbitramento -basada en la voluntad de las partes- sino también contrariar la Constitución, que establece claramente que se trata de una situación excepcional cuya interpretación debe ser restrictiva.” (Se subraya)

La Corte Constitucional, al analizar el artículo 116 de la Constitución Política, puntualizó que los límites de la jurisdicción arbitral son: a) la transitoriedad de la facultad que tienen los árbitros para administrar justicia, en cuanto se refiere a un solo y único conflicto actual o potencial, resuelto el cual desaparece la facultad; b) la habilitación de las partes a los árbitros para fallar; y c) el sometimiento de los árbitros a los términos que determine la ley.

En este orden de ideas, en materia contractual, los árbitros deben respetar el marco de acción fijado por las partes, máxime teniendo en cuenta que el arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual se sustrae del conocimiento de la jurisdicción natural las controversias jurídicas susceptibles de transacción.

En tal virtud, es necesario verificar, para establecer si se configura la causal alegada, si los aspectos cuestionados, sobre los cuales se pronunció el laudo, estaban contemplados en la cláusula compromisoria. Este aspecto se analizará más adelante.

### **2.1.3. Controversias contractuales derivadas de actos administrativos sometidos a la justicia arbitral.**

En muchas ocasiones esta Sección se ha pronunciado sobre el tema, señalando, esencialmente, lo que se transcribe a continuación, que resume perfectamente la posición más destacada al respecto. En la sentencia del 8 de junio de 2000 –exp. 16.973-, la Sala dijo que no era posible que la

justicia arbitral conociera sobre la validez de los actos administrativos:

“En conclusión, de conformidad con el actual estatuto de contratación estatal (ley 80 de 1993), los actos administrativos que se produzcan en ejercicio de la actividad contractual solamente pueden ser impugnados judicialmente ante su juez natural, esto es, ante el juez contencioso administrativo.

“En este contexto y con estas limitaciones, se debe situar e interpretar el art. 218 del C.C.A., en cuanto autoriza que los procesos contractuales puedan terminar por transacción.

**“Cuanto hasta aquí se ha dicho, por lo demás, tiene perfecta correspondencia con algunas de las regulaciones más sobresalientes de los países europeos, como lo destaca un informe elaborado por la Sección de Informes y Estudios y adoptado por la Asamblea General del Consejo de Estado francés, el 4 de febrero de 199’**

.

**“De dicho documento menciona la Sala lo siguiente:**

**“ 'En cuanto concierne al arbitramento, este es un modo propiamente jurisdiccional de componer los litigios, con todos los efectos que son propios a su carácter. Pero esta es una justicia convencional, privada, derivada del acuerdo de las partes, lo que explica la desconfianza de la ley y la jurisprudencia respecto de su aplicación, en materia administrativa, sin que esta fuerte reserva, sin embargo, se traduzca en una prohibición total. (...)**

**“ 'Una última observación se puede hacer: un desarrollo prudente de los nuevos modos de solución de conflictos en ningún caso puede desconocer los principios fundamentales sobre los cuales, desde hace dos siglos, reposa nuestro derecho administrativo –primacía del interés general, control de legalidad de los actos de la administración, compromiso de su responsabilidad, dualismo jurisdiccional, acceso fácil al juez, existencia de un cuerpo de reglas específicas aplicables a las relaciones entre las colectividades públicas y las personas privadas ..**

**“ 'En relación con la transacción, el Consejo de Estado francés ha precisado que, de conformidad con la ley, “no está permitido transigir sobre materias de orden público”; esta regla es general en el extranjero, como en Bélgica lo ha recordado la Corte de Trabajo de Brusela**

.

(...)

“Es obvio que el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que tienen relación con el conflicto, es una facultad puramente tangencial, destinada a establecer su sentido, incidencia y alcance en las materias puestas a su conocimiento, lo cual significa que, en ningún caso, podrán desconocer implícita o expresamente dichos actos y menos aún declarar su ilegalidad.”

En esta sentencia se volvió a mencionar, previo estudio sobre los alcances y límites de la justicia arbitral, el principio de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, de una parte, y el juzgamiento sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, de otro lado.

En este sentido se llegó a las siguientes conclusiones:

1° La jurisdicción contencioso administrativa se encuentra establecida por la Constitución y la ley para resolver, de manera exclusiva y excluyente, los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos y los efectos que sean consecuencia directa de ella.

2° La cláusula general de competencia atribuida por la Constitución Política y la ley al juez administrativo, respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es una regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado. Un acuerdo en contrario estaría viciado de nulidad absoluta por existir objeto ilícito.

3° La justicia arbitral puede ser habilitada por las partes para conocer y resolver controversias en materia de contratación estatal, en todos aquellos asuntos de carácter transigible que surjan entre personas capaces de transigir (art. 111, ley 446 de 1998).

4° Cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquella solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, porque la regla de competencia establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y, por ende, intransigible".

No obstante, respecto del tema, esta Corporación ya se había pronunciado en reiteradas oportunidades. En una de ellas, traída a colación por el recurrente, la Sección Tercera expresó lo siguiente en la sentencia dictada el día 23 de febrero de 200

:

"Fue, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público y el ejercicio del poder público. Empero, aún en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es éste un aspecto en que se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de la administración para revocar sus propios actos. ( )

En efecto, la potestad de declarar la suspensión provisional o la anulación de los actos administrativos radica de manera exclusiva, permanente y excluyente, en la jurisdicción especializada, esto es, en la contencioso administrativa, por expreso mandato de los artículos 236 y 238 de la Constitución Política, que, si bien prevé la existencia y funcionamiento excepcional del juez arbitral, tal actuación se halla limitada en su competencia a los precisos términos que le señale la ley. ( )

En síntesis, la jurisdicción contencioso administrativa está instituida, entre otras cosas, para el juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, aspecto este en el cual, sin duda, se encuentra comprometido el ejercicio del poder público, que no resulta transigible ni puede estar sujeto a la voluntad de las partes en un contrato. ( )

Síguese de lo anterior, que la competencia de los jueces arbitrales la delimitan las partes en la cláusula compromisoria o en el compromiso, pero, con sujeción estricta a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y Ley, pues, de una parte, en la fórmula del Estado de Derecho no son de recibo las competencias implícitas, ni tampoco las sobreentendidas, ni para el juez ordinario, y mucho menos para el juez excepcional, como lo son los árbitros y, de otra, existen materias o aspectos que por voluntad del constituyente o por ministerio de la Ley, están reservados a las autoridades normalmente instituidas para ejercer la función jurisdiccional".

2.2. El caso concreto: La cláusula compromisoria de los contratos de interconexión.

En esta ocasión la Sala analizará la causal 8 de nulidad interpuesta por el recurrente, con base en la cual prosperará la nulidad del laudo arbitral.

2.2.1. Causal 8 del decreto 1818 de 1998, en su aspecto, de “haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros...”

Para determinar si se configuró esta causal de nulidad, esto es, haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, es necesario confrontar la cláusula compromisoria pactada con la materia que fue objeto del tribunal de arbitramento.

Tal verificación se debe hacer teniendo en cuenta que el recurrente aduce que, según la cláusula compromisoria acordada, i) las controversias sólo podía dirimir las un tribunal de arbitramento, siempre que no fueran de competencia del ente regulador, y que ii) el caso concreto no sólo le competía a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, sino que efectivamente fue dirimido por ésta. Ahora bien, iii) en caso de que TELEFÓNICA SA. hubiera quedado inconforme con la decisión, debió demandar la nulidad de esos actos, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo—

—

.

De acuerdo con esto, las partes dispusieron, en las correspondientes cláusulas arbitrales, sobre el “Procedimiento para solución de diferencias

—

—

, que se acudiría a un Tribunal de Arbitramento cuando se agotaran las etapas de arreglo directo —i) Comité Mixto de Interconexión y ii) Arreglo entre Representantes Legales de las Empresas- y siempre que acordaran, a continuación del fracaso del anterior mecanismo, ir a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, a la cual se acudió, pues TELEFÓNICA SA. convocó su participación, y además decidió el litigio.

En estos términos, es necesario analizar la participación del organismo regulador en la solución de diferencias entre operadores, a fin de deducir de allí las consecuencias que siguen para este

proceso.

#### 2.2.1.1. Competencia de la Comisión de Regulación para resolver conflictos entre operadores.

Esta Sala, en diversas ocasiones, ha estudiado el contenido y alcance de la función regulatoria de los servicios públicos domiciliarios, y ha llegado a las siguientes conclusiones generales, con fundamento también en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, quien igualmente se ha pronunciado al respecto.

En primer lugar, se ha señalado que se trata de una función pública de origen constitucional, contemplada en los arts. 365 y 370 CP–

–, la cual fue asignada, en la parte que se contiene en el último artículo citado, al Presidente de la República, y en la primera norma referida al Estado, de manera general.

Esta potestad es delegable, en los términos de la ley 142 de 1994, en las Comisiones de Regulación, que son órganos de naturaleza legal, y que gozan de autonomía administrativa y presupuestal, pero carecen de personalidad jurídica.

La regulación se convierte, entonces, en una de las diversas formas como se manifiesta la administración pública, constituyendo un conjunto de potestades dirigidas al control y dirección del servicio público, que debe compadecerse con la economía social del mercad

"

, teniendo en cuenta que no todas las normas producen el mismo efecto con respecto a los derechos, libertades y obligaciones de los sujetos, dado que la incidencia es diversa.

Ahora bien, entre la variedad de competencias asignadas a la regulación de los servicios públicos domiciliarios, en manos de las Comisiones de Regulación por delegación, se encuentra la potestad de resolver conflictos entre empresas, según lo indica la ley 142 de 1994.

En efecto, en desarrollo del art. 367 de la Constitució

, según el cual al legislador le corresponde fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de servicios públicos, bajo el título V de la ley 142 de 1994, sobre “Regulación, control y vigilancia del Estado en los servicios públicos”, se plasmaron las funciones generales y especiales de las Comisiones de Regulación.

En particular, entre las competencias asignadas a la Comisión de Regulación se encuentra una que ha sido objeto de debates en la doctrina y la jurisprudencia, en razón de su posible vicio de inconstitucionalidad. Se trata de la función de resolución de conflictos, la cual se encuentra contemplada en los siguientes términos. Según el art. 73.8, todas las Comisiones de Regulación tienen competencia para resolver, a petición de parte, los conflictos contractuales que surjan entre las empresas:

“Artículo 73. -Modificado parcialmente por el Decreto 1165 de 1999, artículo 28-. 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 abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales: (...)

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

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.

En idéntico sentido el art. 74.3, literal b, dispone que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones tiene, entre sus funciones particulares, resolver los conflictos que se presenten entre operadores:

“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: (...)

“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.”

A estas disposiciones se suman las contempladas en el Decreto 1.130 de 1999 –art. 3 Ley 142 de 1994

- y en la ley 555 de 2000 –art.1

-, que dan perfecta razón de la competencia con que cuenta la CRT para resolver los conflictos contractuales que se susciten entre las empresas y/o los operadores de los servicios de telecomunicaciones, con fundamento en la actividad arbitral con que cuenta la administración, por expresa habilitación legal.

Esta potestad de resolver conflictos, en sede administrativa, ha sido objeto de inconformidad por parte de la doctrina jurídica de los SPD, de las mismas empresas de servicios públicos e incluso de la jurisprudencia, quienes han dudado de su ajuste adecuado a la Constitución, pues esta función se comporta, en un sentido amplio, de manera parecida a la jurisdiccional, generándose discrepancias sobre su alcance y contenido, bien porque limita el acceso a la administración de justicia o porque confiere potestades de solución de controversias a autoridades administrativa

Ley 142 de 1994

No en vano, la Corte Constitucional dijo al respecto, en la sentencia T-088 de 2004, en un caso similar a este, resuelto por la CRT, donde las partes en conflicto eran ORBITEL SA. ESP. y ETELL SA. ESP., que “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.”

No obstante lo anterior, ambas disposiciones fueron recientemente declaradas exequibles por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-1120 de 2005, quien descartó que tales funciones fueran judiciales y, por el contrario, destacó su carácter administrativo, en los siguientes términos:

“Del examen de las funciones de resolución de conflictos entre las empresas de servicios públicos domiciliarios, a cargo de las Comisiones de Regulación, de que tratan las normas demandadas, resulta que:

i) Son funciones de regulación de la prestación de los mencionados servicios, conforme a los criterios expresados en las consideraciones generales de esta sentencia, y, más ampliamente, son funciones de intervención del Estado en las actividades económicas con fundamento en lo dispuesto en el Art. 334 de la Constitución.

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 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.

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.

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.

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.” (negritas fuera de texto)

En estos términos, para la Corte es claro, como lo ha sido para esta Sala, que la potestad de resolución de conflictos es una función administrativa a cargo de los órganos reguladores, de manera que no comporta el ejercicio de la función jurisdiccional. En otras palabras, la función pública de regulación de los SPD, ejercida en este caso, es una expresión de la función administrativa, a la cual pertenece aquélla.

La Corte Constitucional, según esta sentencia, declaró que no viola la Carta Política el poder atribuido a las comisiones reguladoras para resolver, administrativamente, de manera previa a la jurisdicción, los conflictos que se presenten entre empresas, en las condiciones previstas en los numerales 8 y 9 del art. 73, así como en el literal b, numeral 3, del art. 74 de la ley 142 de 1994.

Esta facultad, sin más límites materiales de los que impone la misma norma que la autoriza, y desde luego la Constitución, supone que toda controversia, que se enmarque en los supuestos normativos declarados exequibles –conflictos entre empresas, relacionados con contratos o servidumbre, o con la atención a usuarios, entre otros- pueden ser sometidos a dicho mecanismo de composición administrativo, sin perjuicio del control de legalidad, a cargo de esta jurisdicción, que puede tener el acto administrativo que decide el tema.

Además, esta potestad de resolver conflictos encarna y realiza, como lo dice la Corte Constitucional, la función regulatori

, de manera que su resultado es un acto administrativo particular, que afecta a una empresa o persona determinada, lo cual evidencia que la regulación se puede contener en diversos instrumentos jurídicos, entre ellos, en actos administrativos particulares o generales, y, en otras ocasiones, en reglamentos y en otro tipo de instrumentos jurídicos que sirven de medio de expresión de la voluntad de la administración que regula.

En particular, la doctrina moderna viene denominando esta función resolutoria de conflictos, como la “función arbitral de la administración”, sobre la cual se ha dicho que:

“c) La regulación económica dentro de la clasificación tradicional de las actividades administrativas. -A efectos de encuadrar la técnica estatal de la regulación económica dentro de la clasificación tradicional de las actividades administrativas, seguiremos la clasificación tradicional. (...)

**5. ACTIVIDAD ARBITRAL.** Esta es la actividad que realiza la Administración (Poder Ejecutivo) cuando resuelve conflictos o controversias entre los administrados sobre derechos privados o administrativos. Se da en aquellos casos en que de forma voluntaria o compulsiva (por ej.: en materia de conflictos laborales) la Administración, a través de sus órganos, debe resolver una controversia.

2.2.1.2. Alcance de la controversia sometida a consideración de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y de la planteada ante el tribunal de arbitramento: Primera razón que justifica la anulación del laudo arbitral.

Teniendo como presupuesto el análisis del tema anterior, es decir, definido constitucionalmente que las comisiones de regulación pueden resolver controversias entre empresas, es necesario analizar lo ocurrido en el caso concreto, a propósito del trámite administrativo adelantado por la CRT en el año 2005.

En tal sentido, se encuentra probado en el proceso que, a solicitud de TELEFÓNICA SA., la

CRT conoció de una controversia, entre las mismas partes del contrato de interconexión, sobre la cual se pronunció en las resoluciones No. 1269 y 1303 de 2005.

En la solicitud, presentada el 20 de abril de 2005, se pidió la intervención de la CRT para que ordenara el reconocimiento y pago, a favor de TELEFÓNICA SA, del valor del cargo de acceso por el tráfico de larga distancia internacional entrante, bajo una de las opciones contempladas en la resolución 463 de 2001. En últimas, se trata de la diferencia existente entre la ETB SA. ESP. y TELEFÓNICA SA., sobre la aplicación de la resolución CRT 463 de 2001, que contempla la posibilidad de que las interconexiones se remuneren de una de dos maneras: i) pagando cargos de acceso por minutos o ii) por capacidad.

La CRT resolvió dicha solicitud a través de la resolución CRT 1269 de 2005, previa observancia del derecho al debido proceso, que aseguró el derecho de audiencia y defensa de la ETB SA ESP.

Se argumentó en esta decisión lo siguiente: i) En primer lugar, que la CRT si es competente para resolver el conflicto –cuestión debatida por la ETB SA. ESP. al contestar la solicitud de convocatoria de dicho trámite administrativo-. ii) En segundo lugar, dijo que la empresa que tiene derecho a elegir si paga cargos de acceso por minutos o por capacidad –alternativa ofrecida por el art. 5 de la resolución CRT 463 de 2001, objeto del debate- es el operador de larga distancia, es decir, la ETB SA. ESP. iii) Señaló, además, que el operador que puede elegir entre pagar por uso o por capacidad, no tiene que hacerlo de manera uniforme para todas sus interconexiones, sino que debe determinar, caso a caso, lo que estime más convenient

. iii) En tal sentido, y luego de hacer una interpretación sobre el alcance del art. 5 mencionado, la CRT negó las pretensiones de TELEFÓNICA SA., por carecer de legitimidad para ejercer el derecho contemplado en esa norma, no sin antes precisar que iv) “Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde a ETB remunerar todas sus interconexiones según las condiciones definidas en la resolución CRT 463 de 2001” –página 6 de la resolución-.

Contra esta decisión TELEFÓNICA SA. interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la resolución CRT 1.303 de 2005, la cual aclaró la decisión inicial. Se expuso en esta ocasión, con lo cual se agotó la vía gubernativa, que se debía corregir parte de la argumentación esgrimida en la resolución recurrida, pues no había advertido la CRT que la ETB SA. ESP. ya había escogido una de las formas de remuneración contemplada en la resolución 463 de 2001, de manera que:

“Consideraciones de CRT

“En relación el cargo propuesto por el impugnante, en primer lugar debe precisarse el contenido de la pretensión expuesta por TELEFÓNICA en la solicitud de solución de conflicto, radicada ante la CRT, en lo que respecta a la remuneración de los cargos de acceso por parte del operador de larga distancia internacional, la cual fue planteada en los siguientes términos:

'(...) procediera a establecer: (i) El alcance e implicaciones de la previsión contenida en la parte final del artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001, modificatoria de la Resolución CRT 087/97, en la relación de interconexión existente entre las partes para el tráfico internacional entrante en relación con el valor de cargo de acceso por minuto, toda vez que ETB, se ha acogido para varias de sus interconexiones a una de las alternativas establecidas en la misma para remuneración de su red, según lo señala la Comisión en la Resolución 980 de 2004.' (ii) 'En cumplimiento de lo establecido en la reglamentación, que le corresponde a ETB remunerar a partir del primero de enero de 2002 la interconexión existente entre la Red de TPBCLD de ETB

y la red de TMC de TELEFÓNICA para el tráfico de larga distancia internacional entrante hacia la red de TMC, que funciona bajo el esquema por minuto a los valores establecidos en la Tabla “Opción 1: Cargos de acceso máximos por minuto” para Redes de TMC y PCS del artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463 de 2001, modificatoria de la Resolución 087/97.(...)'

“De lo antes transcrito, resulta claro que la pretensión de TELEFÓNICA tiene como propósito que la relación de interconexión existente entre dicho operador y ETB sea remunerada de conformidad con las reglas establecidas en la Resolución CRT 463 de 2001. Lo anterior implica necesariamente que se analice cuál es el operador que se encuentra legitimado por la regulación para producir los efectos contemplados en la mencionada resolución.

“Dado lo anterior, en la resolución recurrida, correspondía a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en la Resolución revisar si el operador solicitante del presente trámite administrativo, esto es, TELEFÓNICA, tenía o no el derecho a elegir el esquema por el cual se debía remunerar la interconexión antes mencionada, llegando a la conclusión de que a quien corresponde ejercer el derecho al que se ha hecho referencia, es al operador del servicio de larga distancia internacional y no el operador de TMC.

“Así las cosas, es evidente que, contrario a lo mencionado por el recurrente en su recurso, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en ningún momento confundió el alcance y contenido de la pretensión del operador celular, y mucho menos lo utilizó como fundamento para evadir competencias propias de su esencia, sino que para efectos de su análisis debió revisar si este era o no el titular del derecho contemplado en el artículo 5 de la Resolución 463 de 2001.

“De otra parte, debe mencionarse que le asiste razón al recurrente, en el sentido de indicar que la decisión contenida en la resolución recurrida contrariaba la doctrina previa expedida por esta Comisión, lo anterior toda vez que efectivamente en un caso de idénticas características las consideraciones expuestas por esta Comisión fueron aparentemente diferentes.

“En efecto, en la Resolución CRT 980 de 2004, la CRT indicó que 'lo anterior (refiriéndose al titular del derecho consagrado en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001), de ninguna manera implica que el acceso y uso a las redes de TMC de COMCEL no deban ser debidamente remuneradas por el operador que se sirve de ellas, con base en los criterios de costo más utilidad razonable desarrollados por la regulación vigente y según las reglas definidas por la Resolución CRT 463 de 2001 para el pago y reconocimiento de los cargos de acceso a los valores definidos en dicha resolución.'

“Así mismo, en la Resolución CRT 980 de 2004, la Comisión afirmó que 'corresponderá a ETB remunerar todas sus interconexiones según las condiciones definidas en la Resolución CRT 463 de 2001, de manera que en aquellas relaciones de interconexión que funcionan bajo el esquema de uso (minuto) deberán reconocerse los valores establecidos en la Tabla “Opción 1: Cargos de acceso máximos por minuto” del artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997. Para el caso de las interconexiones en las que se eligió el esquema de cargos de acceso por capacidad, las mismas deberán remunerarse a los valores definidos en la Tabla “Opción 2: Cargos de acceso máximos por capacidad”, del mencionado artículo 4.2.2.19.'

“Al respecto, debe mencionarse que las consideraciones de la CRT fueron aparentemente diferentes, toda vez que la misma partió de un supuesto errado, esto es, que ETB ya había optado por alguna de las alternativas establecidas en la Resolución CRT 463 de 2001, siendo que dicho operador lo que hizo fue informarle a TELEFÓNICA que la interconexión existente entre

dichos operadores sería remunerada de conformidad con los valores definidos por las mismas en 1998.

“Lo anterior se confirma con lo expresado por ETB en su comunicación de fecha 20 de agosto de 2002 (folio 16 del expediente), en la cual dicho operador, como respuesta a la oferta de las dos opciones de cargos de acceso establecidas en la Resolución 463 ya mencionada, que le había presentado TELEFÓNICA manifestó:

'ETB, seguirá aplicando las condiciones financieras en materia de remuneración de red- cargos de acceso-, establecida de común acuerdo por las partes en los mismos contratos de interconexión suscritos entre ETB Larga Distancia y CELUMÓVIL el 13 de noviembre de 1998 y entre ETB Larga Distancia y COCELCO el pasado 11 de noviembre de 1998'

“Así las cosas, es claro para la CRT que en la medida en que contrario a lo inicialmente presupuestado para efectos de motivar el acto recurrido, ETB no había elegido entre las opciones de la Resolución CRT 463 de 2001, como inicialmente se consideró, los argumentos expuestos en la Resolución CRT 980 de 2004, sí tienen plena aplicación al caso sometido a consideración de la CRT por parte de TELEFÓNICA y, por tanto, no debían haber presentado ningún tipo de diferencias.

“En consecuencia, y dado que ETB para algunas de sus interconexiones ya optó por la alternativa de cargos de acceso por capacidad tal como se indicó en la resolución recurrida, debido a la aplicación integral de las disposiciones contenidas en la Resolución 463 de 2001 que el artículo 5 de la misma impone, la interconexión existente entre ETB y TELEFONICA (sic) también deberá ser remunerada según las condiciones prevista en la resolución (sic) anteriormente mencionada. Lo anterior significa que en aquellas relaciones de interconexión remuneradas bajo el esquema de cargos de acceso por uso, deberá darse aplicación a lo dispuesto en la Tabla “Opción 1” del artículo 4.2.2.19 y en aquellas remuneradas bajo el esquema de cargos de acceso por capacidad deberán utilizarse los topes regularmente definidos para esta alternativa en la Tabla “Opción 2” del citado artículo.

“Teniendo claro lo anterior, es evidente que el análisis de la CRT en relación con los rangos de precios, si bien se encuentra ajustado a la regulación vigente, toda vez que la misma prevé la existencia de unos topes para los cargos de acceso y la posibilidad de que las partes de común acuerdo definan un valor diferente al establecido regulatoriamente, este análisis no era el aplicable al caso concreto. Lo anterior, debido a que el precio acordado por las partes, fue fijado con antelación a la expedición de la Resolución CRT 463 de 2001 y no bajo el rigor de la misma.”

Finalmente, en la parte resolutive se dispuso:

“Artículo Primero. Aclarar el artículo primero de la resolución recurrida en el sentido de indicar que si bien TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA SA. no tiene derecho a elegir entre las opciones de cargos de acceso definidos en la resolución CRT 463 de 2001, a la interconexión existente entre la red de TMC de dicho operador y la RTPBCLDI de ETB SA. sí se le aplica el concepto de integralidad definido en la parte final del art. 5 de la mencionada resolución, en consecuencia, esta interconexión deberá remunerarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.2.2.19. de la Resolución CRT 087 de 1997.” (Negritas fuera de texto)

Posteriormente, encuentra la Sala que esta misma discusión –la obligación de pagar cargos de acceso por minuto o por capacidad, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 5 de la resolución

CRT 463 de 2001- fue llevada, por parte de TELEFÓNICA SA., al tribunal de arbitramento, cuyo laudo ahora se revisa. De hecho, al tribunal le solicitó, en la pretensión cuarta, que:

“CUARTA.- Se ordene a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP a cumplir los contratos de que tratan las anteriores pretensiones, debiendo proceder a pagar a mi poderdante desde la fecha de ejecutoria del laudo que decida esta controversia, el valor máximo establecido como cargo de acceso por tráfico internacional entrante a la red de TMC de mi poderdante definido en la Resolución CRT-463 de 2001, modificatorio del art. 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997.” –fl. 220 cdno ppal-

Por su lado, en la petición con la cual inició el trámite ante la CRT, TELEFÓNICA SA. solicitó que se le ordenara a la ETB SA. ESP. que pagara a TELEFÓNICA SA., los cargos de acceso bajo la modalidad de minuto, en cumplimiento del art. 5 de la resolución CRT 463 de 2001. Expresamente señaló que:

“Asunto: Solicitud solución de conflicto derivado de la interconexión existente entre Telefónica y ETB, sobre la aplicación del cargo de acceso al valor por minuto previsto en la reglamentación para las llamadas internacionales entrantes a la RTMC.”

Para la Sala la pretensión cuarta de la demanda arbitral coincide sustancialmente con lo solicitado por el mismo actor a la CRT, tiempo atrás, pues deprecó a los árbitros que ordenaran a la ETB SA ESP “... cumplir los contratos de que tratan las anteriores pretensiones, debiendo proceder a pagar... el valor máximo establecido como cargo de acceso por tráfico internacional entrante a la red de TMC de mi poderdante definido en la Resolución CRT-463 de 2001, modificatorio del art. 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997”; cuando ante la CRT había pedido lo mismo.

Sin embargo, no deja de extrañar que la parte actora, pese a sacar adelante sus pretensiones ante la CRT –pues ordenó hacer lo que le pidió–, convocara luego a un tribunal de arbitramento para los mismos efectos, toda vez que en este caso era aparentemente innecesario. No obstante, dicho aspecto o proceder no es objeto de este recurso de anulación, y más bien pertenece a la libre valoración del actor, lo cual no reprocha la Sala desde ese sólo punto de vista; pero tampoco se puede dejar pasar por alto que el tema decidido era el mismo, ya que ese aspecto sí le corresponde controlarlo.

En este sentido, es preciso observar que la parte convocante, en el escrito de la demanda arbitral –fl. 34, cdno. ppal. 1-, aceptó la competencia de la CRT para conocer y decidir el conflicto con la ETB SA. ESP., expresando, además, que el ente regulador sí resolvió la controversia a favor de la convocad-. Sumado a lo anterior, TELEFÓNICA SA. , al pronunciarse sobre la Resolución CRT 1303 de 2005, expresó que, ese acto administrativo está en firme y, por tanto, es exigible.

De igual forma, la ETB SA. ESP. -en la contestación, fl. 223 del cdno. ppal. 1-, expuso su conformidad con el hecho 8.15 propuesto en la demanda, reconociendo dicha competencia, señalando que, efectivamente, la Comisión de Regulación resolvió el conflicto propuesto por las parte

.

De otro lado, la Sala constata que el laudo proferido en el caso concreto reconoció, igualmente, que la CRT resolvió el conflicto entre TELEFÓNICA SA. y ETB SA. ESP. –fls. 396 y 397, cdno. ppal.-, pues aceptó que la Resolución CRT 1303 de 2005 se ejecutori



"

—.

Con fundamento en lo anterior, y evaluado el procedimiento administrativo adelantado ante la CRT, extraña a la Sala que se ponga en duda la competencia del ente regulador para resolver conflictos entre empresas, máxime cuando son ellas mismas quienes, invocando las disposiciones aludidas anteriormente, solicitaron a la CRT que resolviera el conflicto que posteriormente llevaron ante el Tribunal de Arbitramento.

Para agregar a este aspecto, no se puede pasar por alto que, efectivamente, la ley 142 de 1994, confirió una función regulatoria especial a las Comisiones de regulación, que consiste en la potestad administrativa de resolver conflictos entre empresas, derivadas, entre otros, de los contratos que suscriben aquéllas entre sí –como el de interconexión celebrado en 1998, en el caso concreto–.

Esta facultad, además, fue declarada exequible por la Corte Constitucional, de manera que, efectivamente, la CRT tenía competencia para resolver el conflicto puesto a consideración por TELEFÓNICA SA.

De otro lado, observa la Sala, soportada también en el análisis detallado de la fundamentación jurídica y fáctica que sirvió de sustento a las solicitudes que dieron inicio a ambos procedimientos –el administrativo y el judicial arbitral–, que, indiscutiblemente, ambos trámites tienen la misma causa petendi.

En efecto, este conflicto claramente fue tratado por las resoluciones CRT 1269 y 1.303 de 2005, de manera que esto acredita que se desató un procedimiento administrativo de solución de la controversia, lo que impedía que se pudiera acudir a la cláusula arbitral.

Así las cosas, al momento de asumir la competencia la CRT no se declaró inhibida para conocer del asunto, sino que, por el contrario, resolvió negativamente la petición formulada por TELEFÓNICA SA. Así, la resolución CRT 1269 decidió:

“Artículo primero. Negar la solicitud de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. por carecer de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001.”

Por su parte, la Resolución CRT 1.303 de 2005 resolvió:

“Artículo Primero. Aclarar el artículo primero de la resolución recurrida en el sentido de indicar que si bien TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA SA. no tiene derecho a elegir entre las opciones de cargos de acceso definidos en la resolución CRT 463 de 2001, a la interconexión existente entre la red de TMC de dicho operador y la RTPBCLDI de ETB SA. sí se le aplica el concepto de integralidad definido en la parte final del art. 5 de la mencionada resolución, en consecuencia, esta interconexión deberá remunerarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.2.2.19. de la Resolución CRT 087 de 1997.” (Negrillas fuera de texto)

En estas condiciones, el laudo incurrió en la causal de nulidad contemplada en la causal 8 del art. 163 del decreto 1818 de 1998, pues se pronunció sobre asuntos no sujetos a la decisión de los árbitros, en los términos analizados en la primera parte de esta providencia, pues el tribunal extendió su competencia a materias que no cabían en la cláusula arbitral: los actos

administrativos de la CRT.

Advierte la Sala que hay claridad en que se decidió de fondo la solicitud de TELEFÓNICA SA. - al punto que la CRT estableció que "...a la interconexión existente entre la red de TMC de dicho operador y la RTPBCLDI de ETB SA. sí se le aplica el concepto de integralidad definido en la parte final del art. 5 de la mencionada resolución, en consecuencia, esta interconexión deberá remunerarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.2.2.19. de la Resolución CRT 087 de 1997.", de manera que la aclaración a la resolución inicial demuestra que se estudio de fondo el asunto, y se tomó partido acerca de la manera como debían actuar, en consecuencia, las partes del contrato de interconexión.

Además de esto, sumado a que la ley 142 de 1994 le asignó a la CRT la competencia para "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" –art. 73.8- (Negrillas fuera de texto), de manera que la competencia viene determinada por la ley, en el caso concreto, TELEFÓNICA SA. y la ETB decidieron acudir a la Comisión –de buena o mala voluntad- para dirimir la controversia, de manera que ellas, con este comportamiento claro, interpretaron, concluyeron y definieron la controversia. Fue así como, la Comisión resolvió el conflicto, para lo cual se pronunció -a través de dos decisiones-, sobre la forma como se debía manejar el problema surgido entre las empresas.

Incluso, esta norma fue declarada exequible, de allí que la competencia para asumir el tema sí le correspondía a la comisión de regulación, luego, en el evento en que no lo hiciera, dado el caso, era necesario insistir ante las instancias judiciales competentes para compelerla a ello.

De la misma forma, tampoco se debe perder de vista que la parte resolutive de la primera resolución de la CRT negó expresamente las pretensiones de TELEFÓNICA SA., de modo que, y al margen de lo bien o mal decidido que haya quedado el tema, lo cierto es que no puede afirmarse que esa decisión haya sido inhibitoria, pues hubo pronunciamiento de fondo acerca de lo pedido.

Pero como si fuera poco, al resolver el recurso de reposición, interpuesto por TELEFÓNICA SA., la CRT dispuso que a los dos contratos de interconexión sí les aplicaba el concepto de integralidad a que se refiere el art. 5 de la resolución 463 de 2001, y además que "... en consecuencia, esta interconexión deberá remunerarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.2.2.19. de la Resolución CRT 087 de 1997." Esta es una clara decisión de fondo, cuya discusión no podía darse ante un tribunal de arbitramento, sino ante el juez de lo contencioso administrativo, como lo dispone claramente el art. 73.8 de la ley 142 de 1994.

En esta medida, cualquier inconformidad de las partes del contrato, por insuficiencia de lo decidido por la CRT, por mala decisión, o cualquier otra diferencia, exigía acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que evaluara los actos administrativos de la comisión de regulación.

2.2.1.3 Pronunciamiento del tribunal de arbitramento sobre el mismo conflicto planteado por TELEFÓNICA SA. ante la CRT, y contenido en los "actos administrativos" expedidos por ésta: Segunda razón que justifica la anulación del laudo arbitral.

Además del vicio que recae sobre el laudo, en virtud de lo analizado en el punto anterior; pero continuando con el examen de la misma causal de nulidad del art. 163.8 del decreto 1818 de 1998, la Sala pasa a estudiar el otro argumento expuesto por el recurrente, según el cual el

tribunal de arbitramento se pronunció sobre materias que estaban decididas en actos administrativos, cuyo juzgamiento corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Se ha dicho hasta ahora que el conflicto sometido por TELEFÓNICA SA., a consideración de la CRT, y luego al tribunal de arbitramento, es el mismo. Por tanto, lo que se tiene claro es que la CRT sí se pronunció, de un modo u otro –el cual no se requiere ni puede evaluar la Sala en ejercicio de este recurso-, sobre la controversia que se le puso de presente. En este sentido, tanto en la parte motiva como en la resolutive expresó su pensamiento como su decisión del caso, criterios que bien pudieron servir, total o parcialmente, a los propósitos de cada una de las partes del contrato de interconexión, quienes estaban a la espera de que la Comisión diera su veredicto o pronunciamiento. En tal sentido señaló la CRT en la resolución 1303 citada:

“En consecuencia, y dado que ETB para algunas de sus interconexiones ya optó por la alternativa de cargos de acceso por capacidad tal como se indicó en la resolución recurrida, debido a la aplicación integral de las disposiciones contenidas en la Resolución 463 de 2001 que el artículo 5 de la misma impone, la interconexión existente entre ETB y TELEFONICA (sic) también deberá ser remunerada según las condiciones prevista en la resolución (sic) anteriormente mencionada. Lo anterior significa que en aquellas relaciones de interconexión remuneradas bajo el esquema de cargos de acceso por uso, deberá darse aplicación a lo dispuesto en la Tabla “Opción 1” del artículo 4.2.2.19 y en aquellas remuneradas bajo el esquema de cargos de acceso por capacidad deberán utilizarse los toques regularmente definidos para esta alternativa en la Tabla “Opción 2” del citado artículo.

“Teniendo claro lo anterior, es evidente que el análisis de la CRT en relación con los rangos de precios, si bien se encuentra ajustado a la regulación vigente, toda vez que la misma prevé la existencia de unos toques para los cargos de acceso y la posibilidad de que las partes de común acuerdo definan un valor diferente al establecido regulatoriamente, este análisis no era aplicable al caso concreto. Lo anterior, debido a que el precio acordado por las partes, fue fijado con antelación a la expedición de la Resolución CRT 463 de 2001 y no bajo el rigor de la misma.

“En efecto, la regulación expedida en materia de cargos de acceso prevé dos escenarios diferentes: un primer escenario, es aquel en el cual los operadores pactaron en su relación de interconexión, antes de la entrada en vigencia de la Resolución 463 de 2001, un valor o precio de cargos de acceso, caso en el cual, si el operador legitimado para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de dicha resolución, decide acogerse a las condiciones previstas en la misma, deberán aplicarse los valores establecidos del artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997 y un segundo escenario en el cual los operadores pactan en su relación de interconexión, después de la entrada en vigencia de la Resolución 463 de 2001, un valor o precio de cargos de acceso, caso en el cual los valores establecidos en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 deben entenderse como rangos a efectos de facilitar el libre acuerdo de las partes, si éste llegare a hacerse efectivo.”

No cabe duda que lo expresado en las resoluciones, pero, sobre todo, la parte resolutive que definió las pretensiones de TELEFÓNICA SA. –entiende la Sala que incluso favorablemente-, constituye un acto administrativo, tal como la Corte Constitucional lo determinó en la sentencia C-1120 de 2005. En tal virtud, cualquier cuestionamiento o juicio que se les formule –porque se decidió bien, porque se decidió mal, porque se inhibió, porque se declaró incompetente de manera velada, etc.- debió dirigirse al juez competente, lo cual está expresamente contemplado en el artículo 73.8 de la ley 142 de 1994, que dispone que es competencia de las comisiones de

regulación:

“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.” (Negrillas fuera de texto)

La parte final de esta norma señala que la decisión podrá someterse a control de legalidad, el que corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, quien por naturaleza, aplicando un entendimiento obvio de las expresiones legales, es el que realiza este tipo de control.

En igual sentido, puede inferirse de lo aseverado por la Corte Constitucional, en la sentencia C-1120 de 2005, que el juez es el contencioso administrativo, en efecto se dice que “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.

(Negrillas fuera de texto)

Además, no podría ser de otro modo, pues la entidad demandada, que sería la Nación-Ministerio de Comunicaciones, en caso de que se enjuicien los actos administrativos, no puede ser llevada ante el tribunal de arbitramento pactado en un contrato de interconexión suscrito por dos empresas que prestan servicios de telecomunicaciones –TELEFÓNICA SA. y la ETB SA. ESP.-, del cual no es parte la comisión de regulación. En este entendimiento, no puede ser sino la jurisdicción de lo contencioso administrativo el juez de este conflicto, y es a él a quien se refiere esta norma.

Atendiendo las anteriores consideraciones, esta Sala, verificado que la decisión del tribunal de arbitramento versó sobre temas que no eran transigibles –los actos administrativos expedidos por la CRT-, es decir, que se trata de temas que no podían estar contenidos en la cláusula compromisoria, anulará el laudo recurrido por esta razón, la cual se enmarca en la causal contemplada en el numeral 8 del art. 163 del decreto 1818 de 1998.

3. Laudo complementario.

Dispone el art. 165 del decreto 1818 de 199

–, que en caso de que prospere una casual diferente de las contempladas en los numerales 1, 2, 4, 5 y 6 del art. 163, el juez debe corregir o adicionar el laudo. Según el análisis realizado hasta ahora, y dado que la casual de nulidad que prosperó fue la octava, se debería actuar en ese sentido.

No obstante lo anterior, estima la Sala que, en el caso concreto, es imposible darle cumplimiento a la norma, porque, según lo dicho hasta ahora, Telefónica SA., debió demandar, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los actos administrativos proferidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

La dificultad procesal consiste, precisamente, en que: i) los actos administrativos no fueron

demandados, es decir, no existen pretensiones anulatorias, ni cargos concretos, con la debida sustentación, en tal sentido, y ii) la Nación no fue parte en el proceso arbitral, de manera que no ha defendido, por lo menos, la validez de los actos administrativos.

En este orden de ideas, resulta imposible adicionar o corregir el laudo de reemplazo, sin violar el derecho al debido proceso de una persona que no es parte en esta actuación judicial.

#### 4. Solicitud de suspensión del proceso.

En escrito presentado el 25 de abril de 2008, el apoderado de la entidad recurrente solicitó la suspensión del proceso, con fundamento en que debían aplicarse normas andinas en materia de comunicaciones, relacionadas con los asuntos que se debaten y, por tal razón, era indispensable, antes de dictarse el fallo, conocer su alcance, de conformidad con lo previsto en los artículos 32 a 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Agregó que con este fin resultaba indispensable que el juez nacional, para aplicar las normas andinas, consultara al Tribunal Andino de Justicia sobre el alcance e interpretación de las mismas, antes de dictarse el fallo y que como en el presente caso, la consulta no se había agotado, resultaba indispensable la suspensión del proceso para surtir el trámite de interpretación prejudicial ante la “autoridad transnacional”, solicitud sobre la cual versa el escrito.

La Sala encuentra que esta misma solicitud fue presentada en el proceso con radicado 33.643 –Sección Tercera. CP. Miriam Guerrero de Escobar- cuya sentencia se profirió el pasado 21 de mayo de 2008, y en la cual, desde luego, se resolvió el tema. Por esta razón se reiterarán los argumentos expuesto en esa ocasión, pues no hay motivos para cambiar el sentido de la decisión:

“La solicitud formulada no es de recibo por las siguientes razones:

“a) El asunto materia de controversia que fue dilucidado por el Tribunal de Arbitramento, mediante el laudo impugnado objeto del recurso de anulación, se hizo a la luz de las normas nacionales y por ende no hubo aplicación de las normas andinas a que alude el peticionario.

“b) En el hipotético caso de que en realidad se requiriera de la aplicación de las normas andinas, la solicitud de suspensión del fallo, mientras se surte la consulta, debió formularse ante el Tribunal de Arbitramento a quien compete el análisis de la controversia contractual y no ante el juez del recurso que no conoce de ella.

“c) El juez de anulación tan solo es competente para conocer de los defectos del laudo arbitral por “errores in procedendo” según que se configure alguna de las causales previstas por la ley para que proceda su anulación, circunstancia que le impide tener ingerencia en el asunto materia de controversia, cuya solución compete exclusivamente al juez del contrato, que para el presente caso, es el Tribunal de Arbitramento, según lo acordaron las partes.

“d) Por si fuera poco, la solicitud se apoya en la causal de nulidad consagrada en el numeral 1° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 que aunque fue enunciada al interponerse el recurso, al momento de la sustentación se desechó y se creó una nueva causal que hacía parte de la causal consagrada en el numeral 8° de la norma citada.

“Las razones anteriores son suficientes para despachar negativamente la solicitud.”

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

## FALLA

Primero. DENIÉGASE la solicitud de suspensión del proceso, formulada por el apoderado de la ETB S.A. ESP, en memorial presentado el 25 de abril de 2008.

Segundo. Rechácese la causal primera invocada por el actor, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Anúlase el laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2007, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre TELEFÓNICA SA. y la Empresa de Teléfonos de Bogotá -ETB SA. ESP.-, con ocasión de los contratos de interconexión suscritos entre las partes con el objeto de establecer el régimen que regulara las relaciones, y las condiciones técnicas, financieras, comerciales operativas y jurídicas originadas en el acceso, uso e interconexión directa de la Red de TPBCLD de ETB SA. ESP., con la red de TMC de TELEFÓNICA SA. –antes CELUMOVIL y COCELCO-.

Cuarto: Condénase a TELEFÓNICA SA. a pagar las costas del recurso de anulación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO    MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 30 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.728 - 15 de abril de 2024)



# MINTIC