

RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / CONTRATO DE INTERCONEXIÓN DE TELEFONÍA PÚBLICA BÁSICA / VIOLACIÓN DE NORMAS ANDINAS - Derecho Comunitario Andino / TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA / INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL - Desconocimiento / CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDO – Procedente / COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES – Envío del asunto para lo de su cargo

El recurrente señaló que en el laudo arbitral se infringieron las disposiciones del derecho de la Comunidad Andina pues los árbitros incumplieron la obligación a ellos impuesta por dicha normatividad en el sentido de acoger en su decisión la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal Andino de Justicia. Indicó, después de expresar sus consideraciones respecto de la obligación del tribunal de acoger en su laudo lo dispuesto en la interpretación prejudicial en razón de la integración de las normas andinas al orden nacional, que el laudo arbitral estaba viciado de ilegalidad “*por inobservancia de la obligación de adoptar la sentencia 161-iP-2013*” y a que “*los árbitros se declararon competentes a pesar de la conclusión del TJCA*” y de “*las conclusiones del TJCA en relación con las características de los cargos de interconexión*” (...) En este orden, dentro de cualquier proceso arbitral es menester solicitar, en los casos indicados por la normatividad Andina, la interpretación prejudicial del Tribunal Andino y los árbitros nacionales, por ser esta obligatoria, deben acatarla so pena de que su decisión sea declarada nula. En el caso concreto, la Sala, respetando las disposiciones e interpretaciones emanadas por los órganos comunitarios y siguiendo los precedentes de esta Corporación anulará el laudo arbitral porque en él se desconoció el derecho andino, específicamente la interpretación prejudicial emanada del Tribunal Andino.

DERECHO COMUNITARIO ANDINO – Carácter vinculante / CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / DESCONOCIMIENTO DE NORMAS ANDINAS

Ha señalado el Consejo de Estado que esta causal tiene su origen en las prescripciones del ordenamiento jurídico comunitario y que ella hace parte de las previstas en el estatuto arbitral. Así, ha indicado la Corporación que la omisión de la solicitud de la interpretación prejudicial de las normas comunitarias, cuando esto sea un deber constituye una causal de anulación de los laudos arbitrales: “Por consiguiente, al catálogo de causales en las cuales puede sustentarse la formulación del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales debe añadirse aquella consistente en la omisión del deber de solicitar la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso, por parte del Tribunal de Arbitramento que tenga conocimiento del mismo” (...) Y ha precisado la Corporación que el no acatamiento de la referida interpretación prejudicial también constituye un vicio de anulación. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, cita sentencias de 9 de agosto de 2012, exp. 43045 y de 2 de diciembre de 2015, exp. 53182.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA / INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL - Alcance

[E]n un caso similar, en el que se demandó la nulidad de un laudo arbitral en el que el tribunal de arbitramento, a pesar de haber solicitado la interpretación prejudicial decidió apartarse de ella, esta Corporación procedió a anular el laudo por ser contrario y desconocer el ordenamiento andino lo que podría comprometer la responsabilidad internacional del país. En dicha providencia se consideró: “...las

autoridades judiciales colombianas están en el deber de acatar y de aplicar la tesis del TJCA en el sentido de que todo litigio en materia de interconexión debe ser resuelto por la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones, sin que tales pleitos, por más que tengan origen en desacuerdos y/o en pretensiones de estirpe contractual, puedan ser sometidos a la decisión por parte de Tribunales de Arbitramento.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

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

Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00016-00(53055)

Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

Demandado: UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.

Referencia: Recurso de anulación de laudo arbitral (Ley 1437 de 2011)

La Sala decide el recurso de anulación de laudo arbitral interpuesto por Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., en su calidad de parte convocante, en contra del laudo del 3 de diciembre de 2014 proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre esa entidad y UNE EPM Telecomunicaciones S.A., en calidad de convocada, con ocasión del contrato de acceso, uso e interconexión celebrado el 30 de octubre de 1997, mediante el cual se tomaron las siguientes decisiones (fls. 3 a 213, c.ppl):

A.

obre el agotamiento de la etapa previa al Arbitraje:

S

Reafirmar la competencia del Tribunal por haber sido debidamente agotada la fase de representantes legales prevista en la Cláusula Compromisoria.

B. Sobre la competencia del Tribunal en función de la Interpretación Prejudicial: **S**

En consonancia con lo señalado por el Tribunal Andino en la Interpretación Prejudicial, **declarar** que el Tribunal **carece de competencia** para ocuparse de los **aspectos regulatorios** contenidos en las siguientes pretensiones:

1. retenciones ETB: **P**

- a. Primera Principal”, en lo referente a la declaratoria de incumplimiento de **obligaciones provenientes de la regulación** por parte de **UNE EPM Telecomunicaciones S.A.** “
- b. Segunda Principal”, en lo referente a la declaratoria de falta de pago relativo al cumplimiento de **obligaciones provenientes de la regulación** por parte de **UNE EPM Telecomunicaciones S.A.** “
- c. Tercera Principal”. “
- d. Segunda Subsidiaria de la Tercera Principal” y su pretensión consecuencial marcada como “3.6”. “
- e. Tercera Subsidiaria de la Tercera Principal” y su pretensión consecuencial marcada como “3.8”. “
- f. Cuarta Principal”, en cuanto la condena allí reclamada tenga como origen el incumplimiento de **obligaciones provenientes de la regulación** por parte de **UNE EPM Telecomunicaciones S.A.** “
- g. Quinta Principal”, en cuanto la condena allí reclamada tenga como origen incumplimiento de **obligaciones provenientes de la regulación** por parte de **UNE EPM Telecomunicaciones S.A.** “
- h. Primera Subsidiaria de la Quinta Principal”. “
- i. Segunda Subsidiaria de la Quinta Principal”. “
- j. Tercera Subsidiaria de la Quinta Principal”, en cuanto la condena allí reclamada tenga como origen el **incumplimiento de obligaciones provenientes de la regulación** por parte de **UNE EPM Telecomunicaciones S.A.** “
- k. Sexta Principal”, en cuanto la condena por concepto de actualización y de intereses de mora tenga como origen el

incumplimiento de **obligaciones provenientes de la regulación** por parte de **UNE EPM Telecomunicaciones S.A.**

- l. Séptima Principal”. “
 - m. Décima Principal”, en cuanto la condena por concepto de intereses de mora tenga como **origen el incumplimiento de obligaciones provenientes de la regulación** por parte de **UNE EPM Telecomunicaciones S.A.** “
- 2. retenciones de UNE:** P
- a. retención marcada con el **número dos (2)**, en cuanto el cálculo de cargos de acceso tenga como origen **obligaciones provenientes de la regulación.** P
 - b. retención subsidiaria de la anterior y marcada con el **número tres (3)**, en cuanto el cálculo de cargos de acceso tenga como origen **obligaciones provenientes de la regulación.** P
 - c. retención consecencial marcada con el **número cinco (5)**, en cuanto el pago solicitado tenga origen en **obligaciones provenientes de la regulación.** P
 - d. retención marcada con el **número seis (6)**, en cuanto el pago solicitado tenga origen en **obligaciones provenientes de la regulación.** P
- C. obre las objeciones al dictamen técnico y la tacha de testigos:** S
- 1. **eclarar** no probadas las objeciones contra el dictamen técnico formuladas por las partes. D
 - 2. **eclarar** procedentes las tachas formuladas por la **Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.** contra los testigos Gustavo Adolfo Cala y Oscar Sánchez, con el efecto señalado en la C.2 del Capítulo IV de este Laudo. D
- D. Sobre las pretensiones de la demanda:**
- 1. **enegar** la denominada “Primera Principal”, en lo tocante con la declaratoria de **incumplimiento contractual** allí solicitado. D
 - 2. **enegar** la denominada “Segunda Principal”, en lo tocante con la declaratoria de **falta de pago** proveniente de un incumplimiento contractual. D

3. **denegar** la denominada “Primera Subsidiaria de la Tercera Principal” y sus pretensiones consecuenciales, numeradas como “3.2” “3.3” y “3.4”. **D**
4. **denegar** la denominada “Cuarta Principal” en cuanto la condena allí reclamada provenga de un **incumplimiento contractual** de **UNE EPM Telecomunicaciones S.A.** **D**
5. **denegar** la denominada “**Quinta Principal**” en cuanto la condena allí reclamada provenga de un **incumplimiento contractual** de **UNE EPM Telecomunicaciones S.A.** **D**
6. **denegar** la denominada “Tercera Subsidiaria de la Quinta Principal” en cuanto la condena allí reclamada provenga de un **incumplimiento contractual** de **UNE EPM Telecomunicaciones S.A.** **D**
7. **denegar** la denominada “Sexta Principal”, en cuanto la condena base de la actualización allí reclamada provenga de un **incumplimiento contractual** de **UNE EPM Telecomunicaciones S.A.** **D**
8. **denegar** la denominada “Octava Principal”. **D**
9. **denegar** la denominada “Décima Principal”, en cuanto la condena base de los intereses moratorios allí reclamados provenga de un **incumplimiento contractual** de **UNE EPM Telecomunicaciones S.A.** **D**
- E. sobre las pretensiones de la Reconvención: S**
1. **declarar** la prosperidad de la marcada con el número **uno (1)**, esto es, que se halla vigente el Contrato, incluyendo el Acuerdo y los Otrosíes, celebrado entre la **Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.** y **UNE EPM Telecomunicaciones S.A.** **D**
2. **denegar** la marcada con el número **dos (2)**, en cuanto los cálculos de los cargos de acceso local – local deban hacerse, **en los términos del Contrato**, en la forma indicada en la pretensión. **D**
3. **denegar** la marcada con el número **tres (3)**, en cuanto los cálculos de los cargos de acceso local – local deban hacerse, **en los términos del Contrato**, en la forma indicada en la pretensión. **D**
4. **denegar** la marcada con el número **cuatro (4)**. **D**
5. **denegar** la marcada con el número cinco **(5)**, en cuanto el pago allí solicitado tenga origen en **obligaciones contractuales**. **D**

F. **S**
obre las excepciones:

Estar a lo señalado en el inciso **F del Capítulo V** de este laudo en cuanto resulta innecesario pronunciarse sobre las excepciones debido, por una parte, a lo resuelto sobre las pretensiones y, por otra parte, a la restricción de la competencia del Tribunal Arbitral a raíz de la Interpretación Prejudicial.

G. **S**
obre los juramentos estimatorios:

Abstenerse de imponer condenas a las partes por razón de las valoraciones realizadas en los juramentos estimatorios presentados en la demanda y en la reconvención.

H. **S**
obre costas del proceso:

Abstenerse de imponer condena en costas a las partes por los motivos señalados en el inciso **H del Capítulo V** de este laudo.

I. **S**
obre aspectos administrativos:

- 1.** **O**
rdonar la liquidación final y, si a ello hubiere lugar, la devolución a las partes, en proporciones iguales, de las sumas no utilizadas de la partida "Gastos".
- 2.** **O**
rdonar la expedición de copias auténticas de este laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las partes.
- 3.** **O**
rdonar la expedición de copias auténticas de este laudo con destino al Tribunal Andino y al Ministerio Público.
- 4.** **O**
rdonar la protocolización del expediente del proceso en una de las notarías de Bogotá, cuyo costo se cubrirá con las sumas dispuestas por el Tribunal para tal fin.

I. ANTECEDENTES

1. El contrato

El 30 de octubre de 1997, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. – ETB- y Empresas Públicas de Medellín –EPM- celebraron el contrato de acceso, uso e interconexión n.º 97014005, cuyo objeto,

conforme a la cláusula tercera, se dispuso de la siguiente manera (fls. 68 a 93, c. de pruebas n.º 1):

El presente contrato tiene por objeto exclusivo regular los derechos y obligaciones de las partes en el acceso, uso e interconexión de sus respectivas redes para la prestación del servicio de TPBCL en la ciudad de Santa Fe de Bogotá y Soacha y las condiciones de carácter legal, técnico, comercial, operativo y económico relacionadas con dicha interconexión.

Por otro lado, mediante otrosíes del 16 de julio, 29 de agosto de 2001, 30 de enero de 2003, y el otrosí n.º 4, sin reporte de fecha, las partes acordaron modificar la cláusula tercera del contrato, en la cual se amplió la regulación de los derechos y obligaciones de las partes en el acceso, uso e interconexión de sus respectivas redes para la prestación del servicio de TPBCL a los municipios de Chía, Funza, Madrid, Cota, Mosquera, y Facatativá, así como manifestaron que para este último municipio la ampliación de la cobertura para la prestación del servicio quedaba sujeta a las definiciones que la CRT u otra autoridad administrativa o jurisdiccional establecieran durante la vigencia del contrato. Por último, se modificó el costo de provisión de la capacidad de interconexión y las cláusulas primera a la sexta del anexo financiero comercial (fls. 169 a 177, c. de pruebas n.º 1).

Por otro lado, el 13 de septiembre del 2000, los presidentes de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., y de UNE EPM BOGOTÁ suscribieron un Acuerdo de Transacción, Compensación y Modificación del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión n.º 97014005, en el que acordaron cómo sería la liquidación de la capacidad ociosa y de los cargos de acceso, así como la modificación al contrato de interconexión, que dio cuenta de la obligación contractual de realizar análisis del estado del tráfico en cada una de las redes y dejó sin efectos algunas cláusulas del contrato (fls. 183 a 190, c. de pruebas n.º 1). Las decisiones tomadas fueron las siguientes:

CAPÍTULO II. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

OCTAVO: Con fundamento en las Resoluciones 104 y 253 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones las partes acuerdan que desde el

primero de agosto de 2000 no habrá lugar a pago de cargos de acceso por la utilización de sus respectivas redes de TPBCL en Bogotá D.C.

NOVENO: Desde el primero de agosto de 2000 no habrá lugar a la causación ni al pago de capacidad ociosa.

Las partes acuerdan que para efectos de la ampliación de la interconexión, el procedimiento será el siguiente:

1. EPM BOGOTÁ presentará semestralmente a ETB un plan de dimensionamiento que incluye las proyecciones de tráfico y la cantidad de enlaces requeridos en cada una de sus rutas durante el año inmediatamente siguiente. Dichas proyecciones se desagregarán para cada uno de los dos semestres del año.
2. Mensualmente, el Subcomité Técnico revisará el dimensionamiento de cada una de las rutas que hacen parte de la interconexión entre ETB y EPM BOGOTÁ. Para tal fin, se tomará como base el plan de dimensionamiento del semestre correspondiente entregado por EMP BOGOTÁ y adicionalmente se analizarán los perfiles de tráfico del mes inmediatamente anterior presentado por las partes.
3. Si el promedio de ocupación de la ruta de acuerdo con los perfiles de tráfico, que registra el valor pico de todos los días del mes inmediatamente anterior, supera el 65% de la capacidad de la ruta, las partes acordarán la aplicación en la misma (...).
4. La instalación de los enlaces acordados como parte de la ampliación deberá realizarse por parte de ETB durante los treinta (30) días siguientes al Subcomité Técnico en el que se acuerde la ampliación a la solicitud (...).

DÉCIMO: Quedan sin efecto las siguientes cláusulas del contrato y de los anexos Financiero – Comercial y Técnico:

Contrato:

- Cláusula Octava Numerales: 8.1.6, 8.1.11, 8.3.1 y 8.3.2
- Cláusula Décima Segunda Primera y Segunda
- Cláusula Vigésima Tercera (...).

2. El pacto arbitral

Las partes contratantes, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. – ETB y Empresas Públicas de Medellín –EPM, acordaron pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria, de conformidad con la cláusula décima novena del contrato de acceso, uso e interconexión n.º 97014005, en los siguientes términos (fl. 87, c. de pruebas n.º 1):

DÉCIMA NOVENA: SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Las diferencias relativas a interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato se intentarán solucionar de forma ágil, rápida y directa por las partes. Cuando sea necesario se acudirá a los medios de solución de controversias contractuales siguientes: **a) Comité de Interconexión:** El Comité de Interconexión queda facultado para que en un término de treinta (30) días procure solucionar directa y amigablemente los conflictos derivados del contrato. **b) Representantes legales de las partes:** Si a nivel del Comité de Interconexión no se logra llegar a un acuerdo, el Comité acudirá a una segunda instancia conformada por los representantes legales, quienes buscarán una solución aceptable al conflicto planteado dentro de los treinta (30) días siguientes al plazo previsto en el numeral anterior. **c) Arbitramento:** Si los representantes legales, no logran llegar a ningún acuerdo, el asunto se resolverá definitiva y exclusivamente mediante arbitramento bajo las leyes colombianas. Los procedimientos de arbitraje tendrán lugar en Santa Fe de Bogotá, entre tres (3) árbitros que decidirán en derecho, La parte interesada en la convocatoria del Tribunal de Arbitramento notificará a la otra por escrito, su intención en tal sentido.

Una vez recibida esta comunicación, las partes tendrán cinco (5) días para escoger y nombrar los árbitros de común acuerdo. Si vencido este plazo no se llega a dicho acuerdo, cualquiera de las partes o ambas podrán acudir para el nombramiento de los árbitros y convocatoria del Tribunal, al Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá. En la solicitud respectiva, se detallarán la naturaleza y los asuntos sujetos al proceso arbitral. Lo anterior, se aplicará siempre que no se oponga a las normas de arbitraje vigentes en Colombia.

PARÁGRAFO: Mientras se resuelve definitivamente la diferencia planteada, se mantendrán la ejecución del Contrato y la prestación del servicio.

3. La demanda arbitral

El día 6 de julio de 2011, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. – ETB, a través de apoderado judicial, presentó, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento para dirimir las controversias surgidas entre ella y UNE EPM Telecomunicaciones S.A., con ocasión del contrato de acceso, uso e interconexión n.º 97014005 celebrado el 30 de octubre de 1997. (fl. 1, c. ppl n.º1).

Para la misma fecha, la parte convocante presentó demanda arbitral, la cual se reformó (fls. 1 a 84, c.ppl n.º 2).

En ella, formuló las siguientes pretensiones:

I. PRIMERA PRINCIPAL. Declarar que como consecuencia de las acciones y omisiones que se exponen en los hechos de la presente demanda, la sociedad demandada UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. incumplió las obligaciones contractuales y legales a su cargo, derivadas del “Contrato de acceso, uso e interconexión entre la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá S.A. E.S.P. – ETB y Empresas Públicas de Medellín – EE.PP.MM.” celebrado el 30 de octubre de 1997 y posteriormente cedido a la demandada por Empresas Públicas de Medellín – EE.PP.MM.

II. SEGUNDA PRINCIPAL. Declarar que **UNE EPM BOGOTÁ** no ha pagado a ETB el valor de los cargos de acceso por la interconexión local – local en la ciudad de Bogotá por el tráfico asimétrico, medido en minutos, cursado por la red de **ETB** desde agosto de 2001 y hasta la fecha de presentación de la demanda reformada o las más próxima al laudo.

III. TERCERA PRINCIPAL. Declarar que lo pactado entre **UNE EPM BOGOTÁ y ETB** en la cláusula del numeral octavo capítulo II del acuerdo de transacción, compensación y modificación del contrato celebrado por las partes el 13 de septiembre de 2000 para la remuneración de sus redes locales en Bogotá es el sistema Sender Keeps All (SKA).

3.1. PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL: En caso de que se entienda que se pactó “no pago”, declarar la nulidad absoluta por objeto ilícito del numeral octavo del Capítulo II del “Acuerdo de Transacción, Compensación y Modificación del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión n.º 97014005 suscrito el 30 de octubre de 1997”, celebrado entre **UNE EPM BOGOTÁ** y la **ETB** el 13 de septiembre de 2013.

3.2. Declarar que, como consecuencia de la pretensión subsidiaria señalada en el numeral 3.1, anterior, **UNE EPM BOGOTÁ** debe pagar a la **ETB** todas las sumas de dinero causadas no pagadas por concepto del cargo de acceso local – local, derivado del acceso, uso e interconexión entre las redes de las dos compañías en la ciudad de Bogotá. Correspondiente al tráfico asimétrico medido en minutos cursado desde la red de UNE EPM BOGOTÁ hacia la red de ETB desde el mes de agosto de 2001 y hasta la fecha en que se profiera el laudo o la más próxima a él.

3.3. De manera **subsidiaria** a la consecencial 3.2. anterior, declarar que **UNE EPM BOGOTÁ debe** pagar las sumas de dinero causadas no pagadas por concepto del cargo de acceso local – local derivado del acceso, uso e interconexión entre las redes de las dos compañías en la ciudad de Bogotá, correspondiente al tráfico asimétrico medido en minutos cursado desde la red de UNE EPM BOGOTÁ hacia la red de ETB desde la entrada en vigor de la Resolución CRT 463 de 2001 y hasta la fecha en que se profiera el laudo o la más próxima a él.

3.4. De manera **subsidiaria** a la consecucional 3.2. anterior, declarar que **UNE EPM BOGOTÁ debe** pagar las sumas de dinero causadas no pagadas por concepto del cargo de acceso local – local derivado del acceso, uso e interconexión entre las redes de las dos compañías en la ciudad de Bogotá, correspondiente al tráfico asimétrico medido en minutos cursado desde la red de UNE EPM BOGOTÁ hacia la red de ETB desde la entrada en vigor de la Resolución CRT 1763 de 2007 y hasta la fecha en que se profiera el laudo o la más próxima a él.

3.5. SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL.

Declarar que la obligación contenida en el numeral octavo del Capítulo II del “Acuerdo de Transacción, Compensación y Modificación del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión n.º 97014005 suscrito el 30 de octubre de 1997”, celebrado entre UNE EPM BOGOTÁ y la ETB el 13 de septiembre de 2000, se modificó como consecuencia de la expedición del artículo 1º de la Resolución CRT 463 de 2001 en el sistema de remuneración Sender Keeps All SKA.

3.6. Como consecuencia de la anterior declaración 3.5., condenar a UNE EPM BOGOTÁ a pagar las sumas de dinero causadas no pagadas por concepto del cargo de acceso local – local derivado del acceso, uso e interconexión entre las redes de las dos compañías en la ciudad de Bogotá, correspondiente al tráfico asimétrico medido en minutos cursado desde la red de UNE EPM BOGOTÁ hacia la red de ETB desde la entrada en vigencia de la Resolución CRT 463 de 2001 y hasta la fecha en que se profiera el laudo o la más próxima a él.

3.7. TERCERA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL.

Declarar que la obligación contenida en el numeral octavo del Capítulo II del “Acuerdo de Transacción, Compensación y Modificación del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión n.º 97014005 suscrito el 30 de octubre de 1997”, celebrado entre UNE EPM BOGOTÁ y la ETB el 13 de septiembre de 2000, se modificó como consecuencia de la expedición del artículo 3º de la Resolución CRT 1763 de 2007 en el sistema de remuneración Sender Keeps All SKA.

3.8. Como consecuencia de la anterior declaración 3.5., condenar a UNE EPM BOGOTÁ a pagar las sumas de dinero causadas no pagadas por concepto del cargo de acceso local – local derivado del acceso, uso e interconexión entre las redes de las dos compañías en la ciudad de Bogotá, correspondiente al tráfico asimétrico medido en minutos cursado desde la red de UNE EPM BOGOTÁ hacia la red de ETB desde la entrada en vigencia de la Resolución CRT 1763 de 2007 y hasta la fecha en que se profiera el laudo o la más próxima a él.

PARÁGRAFO: En todos los casos de declaración y/o condena, el valor a pagar por concepto del cargo de acceso será liquidado por uso (minuto real), sobre el tráfico asimétrico cursado por la red local de **ETB** en la ciudad de Bogotá desde de la red de **UNE EPM BOGOTÁ** liquidado de acuerdo con el valor inicialmente pactado en el contrato, actualizado conforme al Índice de Actualización Tarifaria (IAT).

Subsidiariamente si se considera que esos valores no son aplicables, el valor a pagar por concepto del cargo de acceso será liquidado por uso (minuto real), sobre el tráfico asimétrico cursado por la red local de ETB

en la ciudad de Bogotá, desde la red de UNE EPM BOGOTÁ, liquidado de acuerdo con el valor eficiente de cargos de acceso previsto en la Resolución CRT 087 de 1997 y las resoluciones posteriores que han modificado dicho valor para la terminación de llamadas en redes de TPBCL ajustado con el IAT según el caso hasta la fecha del laudo o la más próxima a él.

IV. CUARTA PRINCIPAL: Condenar a la sociedad demandada **UNE EPM BOGOTÁ** a pagar a la demandante, **ETB**, todos los perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, causados con los incumplimientos señalados en los hechos de la demanda.

V. QUINTA PRINCIPAL: Condenar a UNE EPM BOGOTÁ a pagar a la ETB, por concepto de cargo de acceso local – local, derivado del acceso, uso e interconexión entre las redes de las dos compañías en la ciudad de Bogotá, el valor total del tráfico asimétrico medido en minutos cursado por la red de ETB, que la demandada ha dejado de pagar desde el mes de agosto de 2001 y hasta la fecha en que se profiera el laudo o las más próxima a él.

5.1. PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRINCIPAL: Condenar a UNE EPM BOGOTÁ a pagar las sumas de dinero causadas no pagadas por concepto del cargo de acceso local – local derivado del acceso, uso e interconexión entre las redes de las dos compañías en la ciudad de Bogotá, correspondiente al tráfico asimétrico medido en minutos cursado desde la red de UNE EPM BOGOTÁ hacia la red de ETB desde la entrada en vigencia de la Resolución CRT 463 de 2001 y hasta la fecha en que se profiera el laudo o la más próxima a él.

5.2. SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRINCIPAL: Condenar a UNE EPM BOGOTÁ a pagar las sumas de dinero causadas no pagadas por concepto del cargo de acceso local – local derivado del acceso, uso e interconexión entre las redes de las dos compañías en la ciudad de Bogotá, correspondiente al tráfico asimétrico medido en minutos cursado desde la red de UNE EPM BOGOTÁ hacia la red de ETB desde la entrada en vigencia de la Resolución CRT 1763 de 2007 y hasta la fecha en que se profiera el laudo o la más próxima a él.

5.3. TERCERA SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRINCIPAL: Condenar a UNE EPM a pagar a la ETB, por concepto del cargo de acceso local – local, derivado del acceso, uso e interconexión entre las redes de las dos compañías en la ciudad de Bogotá, el valor total del tráfico asimétrico medido en minutos cursado por la red de ETB, que la demandada ha dejado de pagar desde la primera convocatoria de ETB a UNE EPM BOGOTÁ para tratar de resolver las diferencias que aquí se ventilan y hasta la fecha en que se profiera el laudo o la más próxima a él.

PARÁGRAFO: En todos los casos de declaración y/o condena, el valor a pagar por concepto del cargo de acceso será liquidado por uso (minuto real), sobre el tráfico asimétrico cursado por la red local de **ETB** en la ciudad de Bogotá desde de la red de **UNE EPM BOGOTÁ** liquidado de acuerdo con el valor inicialmente pactado en el contrato, actualizado conforme al Índice de Actualización Tarifaria (IAT).

Subsidiariamente si se considera que esos valores no son aplicables, el valor a pagar por concepto del cargo de acceso será liquidado por uso (minuto real), sobre el tráfico asimétrico cursado por la red local de ETB en la ciudad de Bogotá, desde la red de UNE EPM BOGOTÁ, liquidado de acuerdo con el valor eficiente de cargos de acceso previsto en la Resolución CRT 087 de 1997 y las resoluciones posteriores que han modificado dicho valor para la terminación de llamadas en redes de TPBCL ajustado con el IAT según el caso hasta la fecha del laudo o la más próxima a él.

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

SÉPTIMA PRINCIPAL: Ordenar a **UNE EPM** a cumplir el contrato de que tratan las anteriores pretensiones, debiendo proceder a conciliar, liquidar y pagar trimestralmente a **ETB** desde la fecha de ejecutoria del laudo que decida la controversia, el valor regulado eficiente previsto por la CRT (hoy CRC) de los cargos de acceso por uso para TPBCL y sus actualizaciones mensuales conforme al IAT, cada vez que se establezca que el tráfico en la interconexión de la ciudad de Bogotá fuese asimétrico en ese período.

OCTAVA PRINCIPAL: Declarar que **UNE EPM** actuó de mala fe en la instancia de representantes legales de la etapa de arreglo directo, al intentar obstruir de manera injustificada el inicio y desarrollo normal de esta fase, a través de maniobras manifiestamente dilatorias y contrarias a la buena fe contractual.

NOVENA PRINCIPAL: Condenar a **UNE EPM** a pagar los gastos y costas del proceso arbitral

DÉCIMA PRINCIPAL: Condenar a **UNE EPM BOGOTÁ** a pagar intereses comerciales moratorios sobre el valor de las condenas, desde la fecha en la que se pronuncie el laudo y hasta aquella en que esas sumas sean efectivamente canceladas.

4. La causa de la solicitud

Las pretensiones formuladas se sustentaron en la siguiente situación fáctica (fls.12 a 36, c. ppl n.º 2):

La convocante, después de hacer referencia a los antecedentes del contrato de acceso, uso e interconexión, a lo estipulado en las cláusulas de conciliación y cruce de cuentas, a las diferentes modificaciones al contrato respecto del sistema remuneración al SKA, al objeto del contrato, al acuerdo

de transacción, compensación y modificación del contrato de acceso, uso e interconexión, a la aplicabilidad de las Resoluciones 104 de 1998 y 253 de 2000, a la ejecución del contrato, entre otros aspectos, indicó que UNE EPM BOGOTÁ incumplió el contrato por negarse a pagar los cargos de acceso que correspondían a la remuneración por todo el uso que ésta hacía de su red, por engrosar su patrimonio desde el desbalance de tráfico sin pago pues el tráfico asimétrico no había sido cancelado. Así, no fue contemplada la utilidad que le correspondía a la ETB por la prestación del servicio.

Señaló, igualmente, que al comparar los estudios financieros de la interconexión local – local para cada operador, desde agosto de 2001, la ETB había dejado de recibir por el uso de la red la suma de \$40.553.459.636,17, al dejar de percibir el precio total de los costos del servicio y a pesar de la obligación de medir el tráfico en minutos local – local en la ciudad de Bogotá, UNE EPM no entregó dicha información en minutos.

Indicó que el incumplimiento versaba también sobre lo dispuesto en la normatividad regulatoria, toda vez que, en el contrato y sus distintas modificaciones, se pactó el sistema de pago SKA y se aceptó la regulación establecida en el Decreto 1900 de 1990, la Decisión Andina 462 y la Resolución Andina 4332, normas donde se señala a los operadores los límites de la autonomía de la voluntad y obligaciones esenciales como lo es el pago de cargos de acceso. Estas, según la convocante, no fueron respetadas por UNE EPM BOGOTÁ.

5. Integración del Tribunal de Arbitramento y admisión de la demanda

El día 4 de noviembre de 2011 se celebró la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento. En esta se designaron los árbitros de común acuerdo, se estableció como lugar de funcionamiento del Tribunal el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, se admitió la demanda inicial y el convocante, entre otras cosas, precisó que la cuantía de las pretensiones se encontraba estimadas por \$43.000.000.000 (fls. 300 a 303, c.ppl n.º1).

El auto admisorio de la demanda fue notificado a las partes el 21 de noviembre de 2011. De este se surtió el traslado correspondiente al convocado.

6. La oposición de la convocada

En la contestación de la demanda (fls. 381 a 493, c.ppl n.º 1), la convocada negó algunos hechos, aceptó otros y frente a los demás indicó que se atenía a lo estipulado en el contrato de acceso, uso e interconexión celebrado, a los dictámenes n.º 02 -2007, 08 – 2007, a la Ley 1341 de 2009 y las Resoluciones CRC 1763 de 2007 y 3101 de 2001 con sus respectivas modificaciones. Así mismo, formuló como excepciones de mérito las siguientes:

6.1. Inexistencia de incumplimiento por ausencia de obligación: La obligación que ETB aduce no existe, pues la modificación contractual no introdujo ningún condicionamiento en función de la simetría o asimetría del tráfico.

6.2. Inexistencia de las obligaciones de conciliación y pago: Conforme a la cláusula décima del contrato las obligaciones que el contratante alega fueron declaradas por las partes sin efecto, por ende no pueden exigirse.

6.3. No hay mora “debitoris” sin incumplimiento

6.4. Transacción y cosa juzgada: Existió transacción y cosa juzgada sobre el objeto de la Litis, puesto que el Acuerdo de Transacción del 13 de septiembre de 2000 tiene fuerza vinculante válida, respecto de la imposibilidad que tiene ETB de instaurar demanda por hechos que ya fueron objeto de arreglo directo.

6.5. ETB atenta contra el principio de buena fe contractual

6.6. Improcedencia de restituciones – inaplicación del artículo 1746 del Código Civil

6.7. Prescripción: Operó la prescripción, toda vez que entre el 13 de septiembre de 2000 fecha de suscripción del Acuerdo y el 6 de julio de 2011, fecha de presentación de la demanda, transcurrieron 10 años.

6.8. Saneamiento de la acción de nulidad: Se advierte que la acción ya quedó saneada como consecuencia de su inactividad

6.9. Pago

6.10. Excepción de contrato no cumplido:

6.11. Enriquecimiento sin causa: No se concibe traslado patrimonial entre dos o más personas, sin que exista una causa eficiente y justa para ello.

6.12. Indebida tasación de los cargos de acceso y excepción genérica.

Igualmente, la parte convocada presentó demanda de reconvención la cual se reformó posteriormente. En ella presentó las siguientes pretensiones (fls. 498 a 525, c.ppl n.º 1):

- 1. Que entre las partes del proceso se encuentra vigente el Contrato de Acceso, Uso e Interconexión entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTÁ – ETB y EMPRESA PUBLICAS DE MEDELLÍN – EE.PP.MM. N.º 97014005, suscrito por el 30 de octubre de 1997, posteriormente cedido a EPM BOGOTÁ S.A., hoy UNE EPM BOGOTÁ S.A., modificado mediante Acuerdo de Transacción, Compensación y Modificación del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión N.º 97014005, de fecha 14 de septiembre de 2000; OTRO SI N.º 2 de fecha 29 de agosto de 2001, por virtud del cual se modificó la cláusula TERCERA: OBJETO DEL CONTRATO; OTRO SI N.º 3 de fecha 30 de enero de 2003 por virtud de la cual se establece el valor de la provisión de capacidad de transporte; OTRO SI N.º 4 de 29 de febrero de 2008 (fecha de remisión de la carta) por virtud de la cual se modificaron condiciones referidas a la capacidad de transporte para la interconexión y permanencia de enlaces; OTRO SI N.º 5 de fecha 4 de mayo de 2010 por virtud del cual se modificó la cláusula TERCERA: OBJETO DEL CONTRATO; OTRO SI N.º 6 de fecha de 6 de julio de 2011, por virtud del cual se modificaron condiciones referidas a la capacidad de transporte para la interconexión y OTRO SI de fecha de 23 de agosto de 2011, por virtud del cual se modificó la cláusula DÉCIMA NOVENA: Solución de conflictos.*
- 2. Que como consecuencia de lo anterior, desde agosto de 2000 y hasta la fecha del laudo o la fecha más próxima a él, los cargos de acceso LOCAL – LOCAL dentro del contrato de que trata la pretensión primera anterior, deben ser calculados **en función de los costos reales de la Red de Telefonía Pública Básica Conmutada (RTPBCL) de ETB y de la Red de Telefonía Pública Básica Conmutada (RTPBCL) de UNE EPM BOGOTÁ, así como del tráfico total cursado entre las redes locales de UNE EPM BOGOTÁ y ETB que se prueben dentro del proceso.***
- 3. En subsidio de la pretensión 2 anterior solicito que, como consecuencia, se declare que desde agosto de 2000 y hasta la fecha del laudo o la fecha más próxima a él, los cargos de acceso LOCAL – LOCAL dentro del contrato de que trata la pretensión primera anterior, deben ser calculados **en función de los costos de la Red de Telefonía Pública Básica Conmutada (RTPBCL) de ETB y de la Red de Telefonía Pública Básica Conmutada (RTPBCL) de EPM***

BOGOTÁ, así como del tráfico total cursado entre las redes locales de UNE EPM BOGOTÁ y ETB, utilizando el “MODELO DE COSTOS DE RED FIJA MCRF V2.0” desarrollado para la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT – (hoy CRC) por la Unión Temporal CINTEL – ECONÓMICA CONSULTORES mediante el CONTRATO CRT-0292002 “ASESORIA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO DE DETERMINACIÓN DE COSTOS DE REDES DE TELECOMUNICACIONES Y LA DEFINICIÓN DE LOS LINEAMIENTOS GENERALES DEL NUEVO REGIMEN TARIFARIO PARA LOS OPERADORES DE TPBCL” y las estimaciones de tráfico total cursado entre ambas redes para el período demandado y que establezca el dictamen técnico.

4. Que el costo de interconexión local – local por minutos de la red de UNE EPM BOGOTÁ es mayor que el de ETB, desde agosto de 2000 hasta la fecha del laudo o la fecha más próxima a él **en la proporción que se pruebe dentro del trámite arbitral.**
5. Que como consecuencia de las declaraciones 2 o 3 y la 4, anteriores, ETB deberá pagar, **las sumas que resulten probadas dentro del proceso,** a UNE EPM BOGOTÁ S.A. desde el mes de agosto de 2000 y hasta la fecha del laudo o la fecha más próxima a él, el mayor valor en los cargos de acceso local – local a que tiene derecho UNE EPM BOGOTÁ **en función de los costos de la red de acceso y del tráfico total cursado entre las redes locales de UNE EPM BOGOTÁ Y ETB.**
6. Que las sumas resultantes de las declaraciones se actualizarán desde la fecha de su causación hasta la fecha del laudo y sobre ellas se liquidarán intereses moratorios comerciales durante el mismo período.
7. Que ETB deberá pagar los gastos y costas del proceso arbitral.

La convocada se refirió inicialmente a la celebración del contrato y las distintas modificaciones suscritas por las partes, así como a las particularidades del objeto del contrato, para luego resaltar la normatividad aplicable al caso en concreto.

Luego hizo hincapié en que las partes suscribieron el Acuerdo de Transacción, Compensación y Modificación del contrato con el fin de dar solución a la controversia suscitada respecto de la liquidación de la capacidad ociosa, la liquidación de cargos de acceso local, la vigencia de la Resolución 087 de 1997 que establecía que le correspondía al operador

solicitante de la interconexión asumir los costos de tender su red desde sus nodos hasta el distribuidor digital.

Manifestó que darle una interpretación aislada al Acuerdo desnaturalizaba lo acordado y se dejaría sin efectos la negociación integral.

Así mismo, consideró que, atendiendo a lo pactado en la cláusula décima del Acuerdo de Transacción, ninguna de las partes tenía la obligación de pagar a la otra ni conciliar cargos de uso de las redes locales (i); UNE EPM BOGOTÁ no tenía obligación de preparar, ni entregar información de mediciones de cargos de acceso (ii); y no había lugar a liquidar valor alguno por concepto de cargos de acceso local y, por ende, tampoco referirse a los valores establecidos por la CRC (iii).

Concluyó que la ETB, al ampararse en el argumento de la asimetría de tráfico y la diferencia de la estructura de costos, desconoció el contrato y exigió el cumplimiento de una obligación inexistente. Por lo tanto, indicó que debía hacerse una correcta valoración del uso de la red local, en función de los costos de la red de acceso y del tráfico total cursado entre las redes de UNE EPM BOGOTÁ Y ETB.

El 13 de junio de 2012 la parte convocante presentó reforma a la demanda respecto de algunos hechos, pretensiones y solicitó la práctica de nuevas pruebas (fls. 1 a 84, c.ppl n.º 2); y la convocada reformó la reconvención en cuanto a los hechos y las pruebas aportadas (fls. 85 a 99, c.ppl n.º 2).

7. El laudo arbitral recurrido

El Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, profirió, el 3 de diciembre de 2014, el laudo arbitral que se recurre. En él se tomaron las decisiones arriba transcritas con base en las siguientes consideraciones (fls. 3 a 213, c.ppl):

Después de analizar los presupuestos procesales y poner de presente su cumplimiento, entre estos la solicitud de interpretación judicial al Tribunal de

Justicia de la Comunidad Andina, el Tribunal de Arbitramento analizó en conjunto las posiciones y pretensiones de las partes contenidas en la demanda, contestación, reconvencción y réplica respectivamente.

El problema jurídico planteado giró, después de dilucidar su competencia para conocer del asunto a la luz de la interpretación prejudicial hecha por el Tribunal Andino, en torno al incumplimiento del contrato de uso, acceso e interconexión por parte de UNE EPM BOGOTÁ por negarse al pago de los cargos de acceso.

Así, el Tribunal consideró que era indispensable, conforme a la interpretación judicial, que indicó que era la autoridad nacional de regulación la competente para conocer de la controversia, establecer la naturaleza de las pretensiones puestas a su consideración para fines de esclarecer su competencia. Para ello indicó que debía definirse si la controversia derivaba del incumplimiento del contrato o si se suscitaba con ocasión de aspectos regulatorios de la relación de interconexión. Así, expresó:

Por consiguiente, aquellas controversias que no se refieren a la regulación misma y sus alcances sino a otros aspectos, no son competencia de la CRC.

Conforme a lo anterior, se expresó en el laudo que la interpretación judicial hecha por el Tribunal Andino (fl. 5 a 41) si bien indicaba que la autoridad competente para resolver este asunto era la CRC, esta conocería solamente de los conflictos surgidos en la ejecución de la interconexión pues correspondía a la jurisdicción permanente del Estado o los tribunales arbitrales pronunciarse sobre aspectos contractuales o extracontractuales entre los diferentes operadores.

En este sentido, para el Tribunal el hecho de que algunas pretensiones de la demanda y reconvencción buscaran declarar el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales, así como declarar la nulidad por objeto ilícito, lo revestía de competencia, y fue sobre ello que recayó su decisión. Respecto de las pretensiones relacionadas con aspectos regulatorios, indicó

que estas escapaban del espectro de su competencia, conforme a lo señalado por el Tribunal Andino.

Posteriormente, evaluó las pretensiones de cada una de las partes reiterando que su competencia recaía sobre aquellas circunscritas a lo contractual.

Así, abordó en acápite diferente el incumplimiento contractual de UNE planteado por ETB. En este, concluyó que contrato en su integridad se encontraba vigente y estipuló que de acuerdo con el dictamen técnico aportado no existía información suficiente para establecer los costos eficientes por lo que no se encontraba acreditado que el costo de interconexión local – local por minutos de la red de UNE era mayor que el de ETB.

Finalmente, al referirse a las excepciones planteadas manifestó:

a. Es patente que no se requiere adentrarse en el estudio de las excepciones vinculadas a las pretensiones denegadas tanto a ETB como a UNE;

b. Con referencia a la primera pretensión de UNE, única con prosperidad cabe anotar que dicha prosperidad no se ve afectada por las excepciones planteadas por ETB, puesto que ellas conciernen, de un lado, al eventual cargo de incumplimiento planteado por la convocada; y, de otro, a la eventual determinación de que los cargos de acceso tuvieran un carácter diferencial, asuntos que no tienen conexión con la conclusión sobre vigencia del contrato”.

En este orden, accedió a declarar la prosperidad de la pretensión número de uno de la reconvención, esto es que se encontraba vigente el contrato, incluyendo el Acuerdo y los Otrosíes celebrado entre las partes y denegó las demás pretensiones sometidas a su decisión.

8. La impugnación

La convocante, el día 17 de diciembre de 2014, formuló recurso de anulación frente al laudo arbitral (fl.253, c, ppl), el cual se sustentó el 26 de marzo de 2016 (fls.267 a 293, c.ppl). En él propuso las siguientes causales de anulación: i) causal andina: violación de los artículos 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 127 de la Decisión 500 y ii) las causales contenidas en los numerales 1, 6, 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989.

Respecto a las causales señaladas, el recurrente manifestó lo siguiente:

El numeral 1 establece como causal la nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa lícita. Para el actor el pacto arbitral está afectado de nulidad por ilicitud en el objeto, toda vez que la competencia exclusiva y excluyente corresponde a la CRC, tal como lo estipula el artículo 32 de la Resolución 432 y se indicó en la interpretación vía prejudicial emitida por el TJCA. En este orden, sostuvo que el pacto era contrario a las normas de orden público y que los árbitros declararon su competencia sin justificación legal válida.

Respecto de la causal sexta que establece *“Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”*, expresó el recurrente que el Tribunal no decidió con apoyo en el marco normativo aplicable al caso, es decir el derecho andino, que no puede desplazarse en virtud del principio de prevalencia y obligatoriedad.

En cuanto a la causal octava que estipula *“haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”* el convocante expresó que el Tribunal incurrió en exceso al decidir una Litis que estaba fuera de su competencia.

Finalmente, la causal novena es invocada concretamente porque, según el actor, los árbitros inaplicaron las Decisiones 462 y 432 de la Comunidad Andina.

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

9. Admisión del recurso

El apoderado de la convocada UNE EPM BOGOTÁ, el 30 de marzo de 2016, interpuso recurso de reposición contra el auto del 11 de marzo de 2016, mediante el cual se decidió avocar el conocimiento del presente asunto. Fundamentó su objeción en que el actor impugnó el laudo con base en una norma que no era aplicable al asunto por no encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico colombiano y puso de presente que el juez en materia judicial no tenía facultades para sustituir las manifestaciones de las partes.

El auto impugnado se confirmó mediante providencia del 30 de mayo de 2017.

10. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público intervino en su calidad de sujeto procesal y emitió concepto el día 22 de abril de 2016 (fls. 344 a 363, c.ppl).

Consideró que debía accederse a la anulación del laudo arbitral impugnado y del auto que decidió sobre su aclaración y adición, pues ambas providencias desconocieron la primacía de las normas del derecho andino y su interpretación autorizada y vinculante por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, desestimando que la competencia exclusiva y excluyente para dirimir los conflictos de interconexión es la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones – Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC.

11. Alegatos de Conclusión

UNE EPM BOGOTÁ el 24 de julio de 2017 allegó los alegatos de conclusión en los que solicitó negar la anulación del laudo y, a efectos de evitar conflictos, sentar jurisprudencia respecto de la competencia de la CRC así como de la competencia eventual de los jueces ordinarios y los tribunales arbitrales en asuntos de interconexión.

II. CONSIDERACIONES

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

i) Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación, en los términos del numeral 7 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, en consideración a que se interpone contra un laudo arbitral proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión de un contrato en el que ambas partes son entidades públicas.

ii) El arbitramento y su recurso de anulación

La Sala¹ tiene determinado que el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratase de una segunda instancia, de ahí que no sea admisible que con su interposición se intente continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En tal virtud, mediante este recurso no

¹ *Vid.* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 29.476 y sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 32.398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

es posible infirmar decisiones del juez arbitral fundadas en razonamientos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al entrar a decidir el fondo de la litis, como tampoco relativas a errores de hecho o de derecho en el ámbito probatorio.

Ahora bien, a la luz del texto original del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación de laudos arbitrales estaban consignadas en dos textos legales. Por un lado en el precepto citado cuyo ámbito de acción era la contratación del Estado y, por otro, en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 respecto de la contratación sometida al derecho común, los cuales se compilaron, respectivamente, en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998.

Ahora, con arreglo a la jurisprudencia las causales de anulación aplicables en tratándose de entidades públicas sometidas al derecho privado (i.e. prestadores de servicios públicos domiciliarios de naturaleza pública) eran las previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998².

Esta dualidad de causales desapareció por virtud de lo prescrito por el artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, que modificó el artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 al disponer:

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

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

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

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

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de mayo de 2006, exp. 31.024, C.P. Alier Hernández Enríquez.

En tal virtud, a partir de la vigencia del texto legal transcrito, esto es el 17 de enero de 2008 –seis meses después de la promulgación de la ley-, el legislador unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos arbitrales en sede contencioso - administrativa.

Ahora bien, a pesar de estar vigente la Ley 1563 de 2012, en tanto entró a regir el 12 de octubre de ese año, no aplica al *sub examine* pues a pesar de que el laudo se profirió el 3 de diciembre de 2014 el artículo 119 de la citada norma indica que esta “*se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigor*”. En este caso, el proceso arbitral comenzó el 6 de julio de 2011.

En este sentido, la Sala ha señalado que si el proceso arbitral se inició y tramitó frente a la anterior normatividad, el recurso de anulación se someterá a ese marco jurídico³.

En ese orden de ideas las causales de anulación aplicables son las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989.

iii) El recurso de anulación en el caso concreto (estudio de los cargos formulados).

Sobre las causales invocadas en el recurso extraordinario

Primera causal invocada: Causal Andina

Sustentación

El recurrente señaló que en el laudo arbitral se infringieron las disposiciones del derecho de la Comunidad Andina pues los árbitros incumplieron la obligación a ellos impuesta por dicha normatividad en el sentido de acoger

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 6 de junio de 2013, exp. 45922, CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

en su decisión la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal Andino de Justicia.

Indicó, después de expresar sus consideraciones respecto de la obligación del tribunal de acoger en su laudo lo dispuesto en la interpretación prejudicial en razón de la integración de las normas andinas al orden nacional, que el laudo arbitral estaba viciado de ilegalidad “*por inobservancia de la obligación de adoptar la sentencia 161-iP-2013*” y a que “*los árbitros se declararon competentes a pesar de la conclusión del TJCA*” y de “*las conclusiones del TJCA en relación con las características de los cargos de interconexión*”.

Oposición

La convocada se opuso a los argumentos expuestos por el recurrente. Esto por las siguientes razones:

Manifestó que dentro del catálogo de causales de anulación de laudos arbitrales, la ley no contempla la causal andina. Pretender que existe dicha causal sería desconocer la naturaleza del recurso extraordinario de anulación y convertirlo en una apelación.

Indicó que la interpretación prejudicial no es un fallo sino “*un concepto emitido sobre las normas en controversia*”.

Señaló que los árbitros sí adoptaron la interpretación prejudicial del TJCA. Por ello solo se pronunciaron respecto a “*a acceder a la continuidad contractual, hechas las precisiones respecto a lo de su competencia*”.

Consideró que si fuera necesaria la aplicación literal de lo interpretado por el Tribunal Andino, este sería un “*tribunal supremo de única instancia que desconocería el derecho interno propio de cada legislación*”.

Sostuvo que la interpretación prejudicial sirve como sustento argumentativo al tribunal arbitral, dentro de otros, y ellos fue lo que se hizo en el laudo

pues los árbitros adoptaron *“los puntos más determinantes de la interpretación prejudicial del TJCA”*.

Resaltó que la interpretación prejudicial busca, conforme a la normatividad andina, los pronunciamientos del Tribunal Andino y a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencias como la C 228 de 1995, *“precisar el sentido de las normas comunitarias, ejercicio que no solo fue reafirmado en el trámite del tribunal arbitral, sino que los propios árbitros, al momento de dirimir la controversia mediante el laudo arbitral, tuvieron el papel que la autoridad andina versaba sobre el alcance normativo”*.

Consideraciones de la Sala

Ha señalado el Consejo de Estado que esta causal tiene su origen en las prescripciones del ordenamiento jurídico comunitario y que ella hace parte de las previstas en el estatuto arbitral. Así, ha indicado la Corporación que la omisión de la solicitud de la interpretación prejudicial de las normas comunitarias, cuando esto sea un deber constituye una causal de anulación de los laudos arbitrales:

Por consiguiente, al catálogo de causales en las cuales puede sustentarse la formulación del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales debe añadirse aquella consistente en la omisión del deber de solicitar la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso, por parte del Tribunal de Arbitramento que tenga conocimiento del mismo; dicha causal de anulación es, precisamente, la que servirá de fundamento, según se expondrá a continuación, para que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en desarrollo del derecho comunitario andino y en cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en sus plurimencionadas decisiones de agosto 26 y noviembre 15 de 2011, deba declarar la nulidad del también antes mencionado laudo arbitral que, dentro del presente asunto, se profirió en diciembre 15 de 2006⁴

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 9 de agosto de 2012, exp. 43045, M.P Mauricio Fajardo

Y ha precisado la Corporación que el no acatamiento de la referida interpretación prejudicial también constituye un vicio de anulación. Así, ha considerado⁵:

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

En este orden, dentro de cualquier proceso arbitral es menester solicitar, en los casos indicados por la normatividad Andina, la interpretación prejudicial del Tribunal Andino y los árbitros nacionales, por ser esta obligatoria, deben acatarla so pena de que su decisión sea declarada nula.

En el caso concreto, la Sala, respetando las disposiciones e interpretaciones emanadas por los órganos comunitarios y siguiendo los precedentes de esta Corporación anulará el laudo arbitral porque en él se desconoció el derecho andino, específicamente la interpretación prejudicial emanada del Tribunal Andino.

En efecto, en la interpretación del Tribunal Andino se estatuyó sobre quién era el órgano competente para solucionar las controversias derivadas del contrato de interconexión que suscitó el proceso arbitral y los árbitros llegaron a conclusiones diferentes, lo que les estaba proscrito.

En la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con el fin de aclarar las dudas del Tribunal de Arbitramento consultante, se concluyó que la autoridad competente para resolver la controversia era la autoridad nacional de comunicaciones. En efecto, en dicha interpretación el Tribunal Andino concluyó:

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de diciembre de 2015, exp 53182, M.P. Hernan Andrade Rincón

PRIMERO: En el caso en concreto la autoridad nacional competente para dirimir el conflicto presentado entre la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB y la UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. es la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones

SEGUNDO: Una interpretación conjunta de los artículos 30 de la Decisión 462 y 18 y 20 de la Resolución, nos conduce a los siguientes elementos esenciales de los cargos de interconexión:

- *Obligatoriedad en la interconexión. (...) Si un proveedor se negara a la interconexión, el asunto se ventilará ante la autoridad nacional competente para que tome una decisión al respecto. De todas formas, la normativa comunitaria andina se sustenta sobre el principio de autonomía de la voluntad privada, en el sentido de que las partes pueden acordar las condiciones de interconexión, siempre y cuando se fijen sobre los parámetros establecidos. (...) fijar las condiciones generales, económicas y técnicas del enlace, pero todo bajo los parámetros establecidos en la normativa comunitaria y la regulación de la autoridad nacional de telecomunicaciones pertinente.*

Los cargos de interconexión deben estar orientados a costos. (...) Por lo tanto, el análisis de costos debe reflejar todas las variables que se presenten en un esquema de interconexión. Para una red de TPBCL, por ejemplo, es esencial el análisis de costos conjuntos y costos exclusivos involucrados en la interconexión. Por esta razón es que el artículo 18 de la Resolución 432 prevé que dentro del análisis se debe tener en cuenta una cuota de costos comunes o compartidos inherente a la interconexión y suficientemente desagregados.

Al analizar si se cubren los costos, las autoridad competente deberá hacer un análisis integral de todas las variables y elementos que afectan en los costos, teniendo en cuenta el comportamiento de la interconexión en periodos de tiempos razonables y considerables con la naturaleza de las redes que se enlazan; además deberá establecer de manera integral si los beneficios del sistema adoptado disminuye costos, y si la relación costo – ingreso es razonable para pensar en que hay un desbalanceo que justifique una revisión del esquema.

- *Complementados con un margen de utilidad razonable. (...) No nos podemos olvidar que la normativa estudiada tiene un piso axiológico, un esquema de principios que impone sobre los hombros de los dueños de redes una función social, es decir, más allá del simple lucro. Por lo tanto, al hablar de utilidad razonable se debe entender que la interconexión está destinada a permitir el establecimiento de la competencia para que redunde en calidad, eficiencia y precios convenientes para los usuarios.*

TERCERO: Si de alguna manera cualquier método para la fijación de cargos de interconexión, bajo la arena de una práctica restrictiva de la competencia, es el escenario para que un competidor distorsione el mercado, de conformidad con las normas internas sobre la materia, dicha práctica deber investigarse, perseguida y sancionada, sobre la base de lo previsto en los artículos 28 y 29 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina.

El tribunal arbitral, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial cuando dicte sentencia dentro del proceso interno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 128, párrafo tercero del Estatuto del Tribunal (negrilla fuera del texto).

A pesar de la conclusión del Tribunal Andino, los árbitros decidieron no acatarla sino interpretarla, lo que no les estaba permitido, para arribar a una conclusión distinta a la del tribunal y concluir que ellos seguían guardando competencia para resolver diferencias de orden contractual no relacionadas con la ejecución de asuntos regulatorios. Esto, violando la normatividad andina tal como también lo señaló el Ministerio Público.

Debe indicarse que en un caso similar, en el que se demandó la nulidad de un laudo arbitral en el que el tribunal de arbitramento, a pesar de haber solicitado la interpretación prejudicial decidió apartarse de ella, esta Corporación procedió a anular el laudo por ser contrario y desconocer el ordenamiento andino lo que podría comprometer la responsabilidad internacional del país⁶. En dicha providencia se consideró:

2.5.4 Atendiendo cabalmente a todas y cada una de las referidas características y postulados que distinguen al Derecho Comunitario Andino y a su interrelación con el Derecho interno colombiano, en reciente pronunciamiento esta Subsección concluyó –en precedente que resulta íntegramente aplicable al asunto *sub judice* comoquiera que el caso materia de la providencia en mención también se refería al recurso de anulación impetrado en contra de un laudo arbitral proferido con ocasión de una controversia originada en desacuerdos de naturaleza contractual en materia de interconexión, con la diferencia de que en aquella oportunidad el Tribunal Arbitral, acogiendo la antecitada postura asumida por el TJCA en estos eventos, se había declarado incompetente para pronunciarse de fondo– que las autoridades judiciales colombianas están en el deber de acatar y de aplicar la tesis del TJCA en el sentido de que **todo litigio** en materia de interconexión debe ser resuelto por la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones, sin que tales pleitos, por más que tengan origen en desacuerdos y/o en pretensiones de estirpe contractual, puedan ser sometidos a la decisión por parte de Tribunales de Arbitramento.

En la providencia que extensamente se citará a continuación comoquiera que los argumentos en ella esgrimidos son trasladables, *mutatis mutandi*, al presente caso concreto para resolverlo, esta Subsección se pronunció respecto de problemas jurídicos planteados por las partes en el presente encuadernamiento, como la pretendida

⁶ Ibidem

inconstitucionalidad que derivaría de entender que controversias como la *sub judice* no pueden ser dirimidas por un Tribunal Arbitral y sí por una autoridad administrativa a través de actos administrativos, los cuales, por supuesto, podrían ser cuestionados posteriormente en su legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

En este orden, dado que el desconocimiento del derecho andino es una causal de anulación de los laudos arbitrales y que en el laudo recurrido los árbitros no acataron lo señalado interpretación prejudicial del Tribunal Andino la cual era obligatoria, el laudo arbitral se anulará.

Dado que la causal andina se configuró y por sí sola conlleva a la anulación del laudo recurrido, la Sala se abstendrá de analizar las demás causales invocadas por el actor.

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

F A L L A

PRIMERO. - DECLÁRASE FUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá E.T.B. S.A. E.S.P., contra el laudo recurrido. En consecuencia, **DECLÁRASE LA NULIDAD** del mencionado laudo arbitral y del auto mediante el cual se resolvieron las solicitudes de aclaración, complementación y corrección de este, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- Por Secretaría de la Sección, **REMÍTASE** la totalidad del expediente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones –C.R.C.–, para que dentro del ámbito de sus competencias, decida sobre la demanda, su competencia, trámite y todo lo concerniente al conflicto suscitado entre los operadores Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá E.T.B. S.A. E.S.P., y UNE comunicaciones S.A. E.S.P., al cual se refería el laudo que se profirió el 3 de diciembre de 2014, cuya nulidad se declara mediante el presente pronunciamiento.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO **Impedido**
DANILO ROJAS BETANCORTH

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO