

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá, nueve (9) de septiembre de dos mil veinte (2020)

REPARACIÓN DIRECTA

Radicado:	25000 – 23 – 26 – 000 – 2014 – 00024 - 00
Actor:	EMPRESAS PÚBLICAS DE CALI E.I.C.E. E.S.P. – EMCALI
Demandado:	MINISTERIO DE TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES – COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES – EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.
Instancia:	PRIMERA
Sistema:	ESCRITURAL
Tema:	PRETENSIÓN DE REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL ANULADO POR EL CONSEJO DE ESTADO QUE TRATABA SOBRE LAS MODALIDADES DE LIQUIDACIÓN DE CARGOS DE ACCESO EN CONTRATOS DE INTERCONEXIÓN, REPRESENTADO EN LOS MENORES VALORES RECIBIDOS POR EL OPERADOR DEMANDANTE – NO HAY PRUEBA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO – LIBERTAD DE NEGOCIACIÓN CONTRACTUAL INALTERADA POR LA SENTENCIA DE ANULACIÓN – EFECTOS FUTUROS DE LA ANULACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE TRATAN DE SERVICIOS PÚBLICOS
Sentencia No.	SC03 – 09 – 20 – 2483

Asunto: FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro de la presente acción, conforme con los siguientes:

I. ANTECEDENTES

EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E. S.P. (antes EMCATEL) interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la NACIÓN – MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES, la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES “CRC” (antes COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES “CRT”) y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. – ETB.

II. DEMANDA

2.1. Pretensiones

Constan como pretensiones de la demanda las siguientes:

“2.1. Declarar administrativamente responsables a la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, de los perjuicios causados de orden material a la demandante EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI “EMCALI EICE ESP” y cuyo fundamento radica en la nulidad que declaró la Sección Primera (1) del H. Consejo de Estado Exp. 2003 – 00047 del 2 de agosto de 2008 Magistrado Ponente Dr. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, de los artículos 2 numerales 4.2.2.19 y 4.3.8. de la Resolución CRT 489 de 12 de abril de 2002 y del artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y la aclaración a dicha sentencia.

2.2. Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, la Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá a pagar a EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI “EMCALI EICE E.S.P.” o a quienes representen sus derechos: Como reparación o indemnización del daño ocasionado, los perjuicios de orden material, así:

PERJUICIOS MATERIALES:

2.2.1.1. Daño emergente. Causados hasta la fecha de presentación de esta demanda, consistentes en los menores valores cobrados por cargos de acceso por capacidad desde el 24 de abril de 2002 (fecha en que fue publicada en el diario oficial la resolución CRT 489) hasta el 4 de febrero de 2011 (fecha de presentación de la demanda) por concepto de devolución de los dineros dejados de cobrar de los cargos de acceso por minutos (como debió haber sido realmente liquidados), y como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Honorable Consejo de Estado, y que ascienden a la suma de \$46.504.450.703.00 Mcte. conforme a las certificaciones generadas y debidamente conciliadas por EMCALI EICE ESP.

2.2.1.2. Lucro Cesante. Por las sumas de dinero correspondiente a los menores valores cobrados (entiéndase las diferencias resultantes entre los cargos de acceso por capacidad frente a los cargos de acceso por minuto) y que se generen con posterioridad a la presentación de esta demanda.

Para su actualización se debe aplicar la fórmula jurisprudencialmente aceptada, además de los intereses compensatorios desde la fecha de su causación hasta cuando se produzca el pago total de la indemnización.

Los valores del daño emergente y lucro cesante de acuerdo a las fórmulas matemáticas financieras y cálculos actuariales, utilizados por el Honorable Consejo de Estado y al IPC deben ser actualizados a la fecha de ejecutoria de la sentencia y en la misma manera se liquidarán los perjuicios inmateriales de acuerdo al salario mínimo legal vigente al momento del fallo.

TOTAL PERJUICIOS MATERIAL (sic)

2.3. Los anteriores valores se actualizarán de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del CCA y se reconocerán los intereses legales desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta cuando se le dé cabal cumplimiento al acuerdo

conciliatorio prejudicial si a ello se llegare, de conformidad con el artículo 1653 del Código Civil, todo paso se imputará primero a intereses.

2.4. La Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC y la empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, dará cumplimiento al acuerdo conciliatorio prejudicial en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.”

2.2. Hechos

Como fundamentos fácticos de la demanda, la parte demandante expuso los siguientes:

- El 21 de octubre de 1998, EMCALI EICE ESP y EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ celebraron un contrato con el objeto de establecer las condiciones de carácter legal, técnico, comercial, operativo y económico que gobernarían el acceso, uso e interconexión entre las redes de telecomunicaciones de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ (ETB) Y EMCATEL (Hoy EMCALI EICE ESP), pactándose que los cargos de acceso se cobrarían bajo la modalidad de MINUTO.
- Para el momento de celebración del Contrato de Interconexión de 21 de octubre de 1998 estaba vigente la Resolución CRT 087 de 1997.
- Mediante la Resolución No. 463 de 2001, compilada en la Resolución 489 de 2002, la Comisión de Regulación de Comunicaciones otorgó a los operadores de TPBLD y TMC la opción de solicitar a los operadores locales con los cuales tuvieran contratos de interconexión, modificar el esquema de pago de cargos de acceso por minuto a cargos de acceso por capacidad.
- A través de Sentencia de 2 de agosto de 2008, el Consejo de Estado declaró la nulidad de los artículos 2, numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 de la Resolución CRT 489 de 12 de abril de 2002 y del artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificada por la resolución CRT 463 de 2001. La sentencia fue aclarada en providencia del 29 de enero de 2009, en la que señaló.
- La anulación de las disposiciones precitadas se produjo por falsa motivación, porque su verdadera finalidad fue revivir normas derogadas, y vulneración del principio de no retroactividad de los actos administrativos, porque se dispuso que rigieran 4 meses antes de su publicación en el diario oficial.
- La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones desconoció la validez de los contratos celebrados con antelación a la vigencia de la Resolución CRT 489 de 2002 y la Resolución CRT 463 de 2001, así como la plena vigencia de la Resolución CRT 087 de 1997. De este modo, autorizó por vía administrativa a los operadores a que incumplieran las obligaciones contractuales adquiridas previamente.

- La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones inició actuaciones administrativas a las que se vinculó a EMCALI y a varios operadores, con fundamento en las Resoluciones 463 y 489, teniendo en cuenta las modificaciones realizadas a los contratos celebrados por los operadores telefónicos locales.
- El 9 de enero de 2013, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá solicitó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones intervenir para solucionar las diferencias con EMCALI EICE, surgidas por la aplicación de la opción de cargos de acceso por capacidad establecida en la Resolución CRT 463 de 2001.
- La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones inició actuación administrativa, pero no a título de mediación, porque no concurría la voluntad de las partes.
- Para EMCALI EICE ESP no se presentaba conflicto alguno y no era procedente adelantar un proceso de mediación. Sin embargo, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones justificó la actuación con lo previsto en el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994, del que señaló le permitía solucionar las controversias contractuales si al menos una de las empresas solicitaba su intervención.
- La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá resultó beneficiada con la liquidación de cargos de acceso por capacidad y no por minutos como se había pactado en el contrato, tras el correlativo empobrecimiento de EMCALI EICE ESP.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Por acta individual de reparto del 8 de febrero de 2011 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, correspondió el conocimiento del asunto de la referencia al Magistrado Franklin Pérez Camargo, que mediante el auto del 23 de febrero del 2011 decidió admitir la demanda.

3.2. La Comisión de Regulación de Comunicaciones interpuso recurso de reposición en contra del auto admisorio y a través de Auto de 24 de febrero de 2014, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca revocó la decisión y dispuso remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por falta de competencia territorial.

3.3. El apoderado de EMCALI EICE ESP presentó recurso de apelación en contra del Auto de 24 de febrero de 2014, el cual fue negado en providencia del 8 de mayo de 2014 por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

3.4. Por reparto de 4 de junio de 2014, el proceso le correspondió a la Magistrada Corina Duque Ayala, que mediante auto de 12 de agosto de 2014 rechazó la demanda, por haber operado la caducidad de la acción de reparación directa.

3.5. Posteriormente, mediante Auto de 2 de septiembre de 2014, la Magistrada dejó sin efectos el auto que rechazó la demanda por no haberse proferido por la Sala de la Subsección “C” en descongestión y admitió la demanda.

3.6. La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá y la Comisión de Regulación de Comunicaciones interpusieron recursos de reposición contra el auto admisorio de la demanda. Mediante Auto de 24 de febrero de 2015, la Magistrada Corina Duque Ayala confirmó el auto y sostuvo que el proceso estaba regido por las disposiciones del Decreto 01 de 1984, que la acción precedente era la de reparación directa y que la demanda se había interpuesto oportunamente.

IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones¹.

El apoderado del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones funda su defensa en los siguientes aspectos principales:

- i. La indebida integración del contradictorio, por falta de legitimación en la causa por pasiva.
- ii. La ausencia de soporte probatorio, fáctico y legal en contra de la Cartera Ministerial.
- iii. La inexistencia de disposición legal o contrato que justifique la solidaridad de su representada con las restantes partes demandadas.
- iv. Lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 142 de 1994, sobre los efectos futuros de la nulidad de actos y contratos relacionados con servicios públicos.

En este orden, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, por inexistencia de relación sustancial entre el Ministerio y la parte demandante; presunción de legalidad de los actos administrativos acusados; cobro de lo no debido, por ausencia de relación sustancial con la Comisión de Regulación de Comunicaciones y con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá.

4.2. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones²

El apoderado de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones precisó que la parte demandante erró al consignar los servicios prestados por la Empresa de

¹ Fls 780 a 787, cuaderno 1 principal.

² Fls. 796 a 858, cuaderno 1 principal.

Telecomunicaciones de Bogotá, pues solo se limitaban a los servicios de Telefonía Pública Básica de Larga Distancia y Local –TPBCLD y TPBCL-.

Destacó que en todo momento los operadores tuvieron la opción de mantener las condiciones y los valores acordados antes de la expedición de la Resolución 463 de 2001, de modo que los cambios en el contrato obedecieron a su autonomía de la voluntad.

En todo caso, señaló que la consagración de las dos opciones de cobro de cargos de acceso en cabeza de los operadores de TMC y TPBCLD, cargos por acceso y cargos por capacidad, estuvieron vigentes y produjeron efectos desde la fecha de publicación de la Resolución CRT 489 de 24 de abril de 2002, hasta la de su derogación a través de la Resolución CRT 1763 de 2007, sin que la decisión del Consejo de Estado afectara estas alternativas. En este sentido, destacó el aparte del artículo 9 de la Resolución CRT 489 de 24 de abril de 2002 que prevé que los operadores “...podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución CRT 463 de 2001”, del que señaló que no había sido anulado.

Agregó que la Resolución CRT 489 de 2002 no desconoció la regla conforme a la cual los contratos se rigen por las leyes vigentes al momento de su celebración, porque otorgó la posibilidad de mantener las condiciones pactadas, de modo que las modificaciones se hicieron en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

Frente a la afirmación de la parte demandante, en cuanto a que lo pactado por las partes no podía ser desconocido, ni violado mediante la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, destacó que la autonomía de la voluntad tiene límites que se enmarcan dentro del bien común.

Así mismo, colocó de presente la Resolución CRT 885 de 2003, mediante la cual finalizó la actuación administrativa de solución de conflicto que determinó el esquema de remuneración de los cargos de acceso entre las partes bajo el esquema de capacidad y el contrato de transacción celebrado entre EMCALI EICE ESP y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ, para regular el acceso, uso e interconexión entre sus redes.

Propuso las siguientes excepciones:

- i. Ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción, porque entre la Resolución CRT 489 de 2002 -acto administrativo general anulado por el Consejo de Estado- y el daño reclamado por la parte actora, median las Resoluciones CRT 807 y 885 de 2002, expedidas en la actuación administrativa de solución del conflicto entre la ETB y EMCALI, en las cuales fue definido el valor de los cargos de acceso.
- ii. Inexistencia de daño antijurídico indemnizable, porque no está probado que EMCALI perdió la oportunidad de recibir ingresos superiores por los

contratos de interconexión que había celebrado, de modo que el daño alegado es eventual o hipotético.

Agregó que la Empresa demandante no contaba con un derecho adquirido sobre los resultados económicos derivados de la relación contractual, porque existía la posibilidad de alteración de las condiciones a través de un acuerdo común entre las partes o por un acto administrativo de la CRC, teniendo en cuenta que el valor de los cargos de acceso es un instrumento para la promoción de los servicios de telecomunicaciones.

Finalmente, señaló que las partes celebraron un contrato de transacción sobre los efectos económicos derivados de la controversia por el esquema de remuneración de cargos de acceso, con la expresa estipulación de que los fallos judiciales emitidos en los procesos de nulidad contra las Resoluciones CRT 463 de 2001 y 489 de 2002 no afectarían el acuerdo.

iii. Inexistencia de nexo de causalidad entre la actuación de la CRC y el presunto daño reclamado por EMCALI, debido a que aún de aceptarse la ocurrencia del daño, no hay prueba de que éste derivó de las expresiones de la Resolución CRT 489 de 2002 declaradas nulas por el Consejo de Estado, porque:

- La anulación parcial de la Resolución CRT 489 de 2002 sólo produjo efectos a partir del 10 de febrero de 2009, fecha de ejecutoria de la Sentencia del Consejo de Estado, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 142 de 1995, y las modificaciones a los contratos de interconexión celebradas con anterioridad.

- De considerarse que la sentencia de anulación del Consejo de Estado tiene efectos retroactivos, debe tenerse en cuenta que el único período en el que estuvo vigente la libertad de determinación de la forma de remuneración de los cargos de acceso, de forma independiente a las alternativas de uso y capacidad, fue entre el 12 de enero de 2002 (fecha de publicación de la Resolución CRT 469 de 2002) y el 24 de abril de 2002 (fecha de publicación de la Resolución CRT 489 de 2002), y no como lo sostiene la parte demandante, en el sentido de que la sentencia de anulación del Consejo de Estado ocasionó que entre el 1 de enero de 2002 y la fecha de presentación de la demanda debieran respetarse las condiciones de interconexión inicialmente pactadas.

- EMCALI modificó los contratos de interconexión a través de la transacción celebrada en el año 2004, escogiendo libremente entre las posibilidades de cargos de acceso cobrados por uso o por capacidad, y de acoger las nuevas reglas o mantener las condiciones de los contratos previamente celebrados, alternativas otorgadas por la Resolución CRT 489 de 24 de abril de 2002.

- Las Resoluciones CRT 1763 de 2007 y CRC 2585 de 2010 impusieron nuevas condiciones y reglas a la determinación de los cargos de acceso, de modo que derogaron los artículos 4.2.2.19 y 4.3.8 de la Resolución CRT 087 de 1997. Con lo anterior, se descarta la pretensión indemnizatoria con posterioridad a la entrada en vigencia de la Resolución CRT 1763 de 2007.

- iv. Caducidad de la acción de reparación directa. La demanda se presentó extemporáneamente, porque la aplicación de los cargos de acceso conforme a la regla establecida en la Resolución CRT 489 de 2002, finalizó el 7 de diciembre de 2007, fecha en que fue derogada por la Resolución CRT 1763, de ahí que el término de caducidad de la acción expiraba el 8 de diciembre de 2009.
- v. No ocurrencia de los efectos *ex tunc* de la declaratoria de nulidad de los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 de los artículos 2 y 3 de la Resolución 489 de 2002, por tratarse de situaciones jurídicas consolidadas entre ETB y EMCALI a través del convenio de transacción y renovación del contrato de interconexión.
- vi. Inexistencia de causa con relación a los cargos de acceso generados desde el 24 de abril de 2002 hasta el 7 de diciembre de 2007, porque las opciones de cargos de acceso por minuto y cargos de acceso por capacidad se mantuvieron desde la fecha de publicación de la Resolución CRT 489 de 2002 hasta su derogación a través de la Resolución CRT 1763 de 2007.
- vii. Inexistencia de causa con relación a los cargos de acceso generados a partir del 7 de diciembre de 2007, porque los cargos de acceso han sido regulados por actos administrativos posteriores que no han sido anulados por el Consejo de Estado.

4.3. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá

El apoderado de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá destacó principalmente el contrato de transacción celebrado entre su representada y EMCALI, en el que optaron por una modalidad de cargos de acceso denominada *opción mixta* para el periodo comprendido entre el 21 de febrero de 2002 y el 31 de diciembre de 2005, y desde el 1 de enero de 2006 hasta la expedición de la Resolución 1763 de 2007, cuando la ETB acogió las opciones de cargos de acceso allí previstas, primero la modalidad de uso (minuto) y luego la modalidad de capacidad.

Señaló que la ETB pagó a EMCALI los cargos de acceso derivados de la relación de interconexión, según lo pactado o lo fijado en la regulación correspondiente:

- (i) Entre la fecha de expedición de la Resolución CRT 489 y hasta su anulación, la modalidad de cargos de acceso fue la prevista en el contrato de interconexión (minuto real).
- (ii) Entre el 21 de febrero de 2003 y el 31 de diciembre de 2005, con la modalidad prevista en el acuerdo de transacción celebrado con efectos hacia el pasado (opción mixta).
- (iii) Entre el 1 de enero de 2006 y el 13 de diciembre de 2007 la opción mixta, pactada en la transacción.
- (iv) A partir del 13 de diciembre de 2007 primero a través de la modalidad de cargos de acceso por minuto y luego la modalidad de cargos de acceso por capacidad, con fundamento en lo dispuesto en la Resolución 1763 de 2007 y lo acordado por las partes del contrato de interconexión.

Propuso las excepciones de:

- i. Falta de legitimación material en la causa por pasiva, porque las Resoluciones 807 y 885 de 2003, a través de las cuales la Comisión de Regulación de Comunicaciones modificó la modalidad de remuneración de los cargos de acceso de minuto real, pactada en el contrato, por la de capacidad, nunca se aplicaron y, de haber surtido efectos, éstos no serían imputables a la ETB, pues no participó en su elaboración.
- ii. Exceptio non adimpleti contractus y cosa juzgada, derivada del acuerdo de transacción celebrado entre EMCALI y la ETB
- iii. Indebida escogencia de la acción, porque EMCALI debió ejercer la acción de controversias contractuales en contra de la ETB o, aceptando que su inconformidad radica en la aplicación de las Resoluciones 463 de 2001, 489 de 2002 y 1763 de 2007 de la CRC, debió acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para sostener que son ilegales.
- iv. Transacción, porque la ETB y EMCALI celebraron un contrato de transacción y de modificación del contrato de interconexión, acogiendo la opción mixta como modalidad de cargos de acceso, y la demanda desconoce dicho pacto, que representa una situación consolidada.
- v. Falta de competencia para resolver los conflictos que se generen en materia de interconexión, incluida la remuneración de los cargos de acceso, porque los conflictos entre las partes de un contrato de interconexión deben ser resueltos por la Autoridad de Telecomunicaciones, en este caso la CRC, de acuerdo con lo previsto en el literal b) del artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994, el numeral 14 del artículo 37 del Decreto 1130 de 1999, el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, la Resolución 432 de 2000 y la Decisión 462 de la Comunidad Andina de Naciones.

V. CONTINUACIÓN TRÁMITE PROCESAL

5.1. A través de auto de 7 de abril de 2015, se corrió traslado de las excepciones propuestas³.

5.2. Mediante auto del 26 de mayo de 2015 se abrió el proceso a la etapa probatoria, siendo decretados todos los medios probatorios solicitados por las partes⁴.

5.3. A través del auto de 25 de agosto de 2015, se decidió el recurso de reposición contra el auto que decretó las pruebas⁵.

5.4. Mediante el Auto de 10 de mayo de 2017, el Despacho impulsó el recaudo probatorio⁶.

5.5. Por medio del auto de 17 de mayo de 2019, continuó el recaudo de las pruebas, fijando fecha para recepción de un testimonio y dando traslado de las pruebas documentales⁷.

5.6. Presentado el desistimiento de la prueba testimonial por el apoderado de la ETB, fue aceptado⁸.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Vencido el término probatorio, el 5 de julio de 2019 el Tribunal resolvió correr traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días para que presentaran los alegatos de conclusión y concepto, respectivamente.

6.1. Alegatos de conclusión del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones⁹

El 15 de julio de 2019, la apoderada del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reafirmó los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda, principalmente la falta de legitimación en la causa por pasiva de su representada, teniendo en cuenta que la controversia tuvo origen en las actuaciones adelantadas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, Unidad Administrativa Especial que debe acudir al proceso representada por su Director Ejecutivo.

6.2. Alegatos de conclusión de la Comisión de Regulación de Comunicaciones

³ Fl. 859, c. 2

⁴ Fl 94 a 96.

⁵ Fl. 1009 c. 2

⁶ Fls. 935 y 936, c.2

⁷ Fl. 115, cuaderno 3 principal

⁸ Fl. 121, cuaderno 3 principal

⁹ Fls. 122 a 126, cuaderno 3 principal

El apoderado de la Comisión de Regulación de Comunicaciones reiteró los argumentos de la contestación de la demanda y fue enfático en (i) que la parte demandante pretende revivir términos para debatir la legalidad de las Resoluciones CRT 807 y 885 de 2003, actos administrativos particulares mediante los cuales su representada al resolver las controversias entre EMCALI y la ETB dispuso que debía aplicarse la modalidad de cargos de acceso por capacidad, y (ii) que no está probado el daño antijurídico por el cual se exige la reparación, porque la sentencia de nulidad del Consejo de Estado no impidió la aplicación de un esquema alternativo de remuneración de la interconexión por capacidad o por uso.

6.3. Alegatos de conclusión de EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

El apoderado Judicial de EMCALI E.I.C.E. señaló que el daño está representado en los menores valores cobrados por cargos de acceso en ejecución del contrato de interconexión con la ETB, a causa de la indebida reglamentación expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, y que tal disminución puede advertirse de las liquidaciones presentadas, las cuales no fueron refutadas.

Sostuvo que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, como autoridad adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tiene las funciones descritas en el artículo 22 de la Ley 1341 de 2010, entre las cuales se encuentra la de proferir las resoluciones que el Consejo de Estado anuló y de las cuales se predica el origen del daño.

Señaló que el daño antijurídico reclamado proviene de las resoluciones proferidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, pero se estructuró de forma definitiva desde la ejecutoria de la Sentencia de 2 de agosto de 2008, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado.

Considera que el nexo causal está dado con la expulsión del ordenamiento jurídico de las resoluciones a las cuales atribuye el daño y resaltó como elementos jurídicos relevantes para la controversia el enriquecimiento sin justa causa, porque afirmó que durante la vigencia de las Resoluciones 463/01 y 489/02, la demandante dejó de recibir \$46.504.450.703, mientras que la ETB se benefició con el cobro de los cargos de acceso por capacidad, de modo que tales actos administrativos constriñeron la voluntad de su representada.

6.4. Alegatos de ETB S.A. E.S.P.

El apoderado de la ETB reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda que asegura está corroborado con las pruebas recaudadas en el proceso. Particularmente, señaló que las condiciones iniciales de la relación de interconexión con EMCALI fueron modificadas por diferentes acuerdos, como el convenio de modificación y de transacción del contrato celebrado para regular el acceso, uso e interconexión entre sus redes y el otrosí a dicho convenio.

Sostuvo que la Comisión de Regulación de Comunicaciones erradamente revivió la derogada Resolución CRT 463 de 2001, mediante la Resolución compilatoria CRT

489 de 2002, lo cual ocasionó incertidumbre jurídica en materia de cargos de acceso, que a su vez conllevó a que los proveedores de redes y servicios de comunicaciones suscribieran acuerdos de transacción para modificar las condiciones de remuneración de la interconexión entre sus redes.

En resumen, resaltó que en el contrato de interconexión celebrado entre EMCALI y ETB no fue acogida la modalidad de capacidad para la remuneración de los cargos de acceso, pese a las regulaciones expedidas por Comisión de Regulación de Comunicaciones y los actos particulares emitidos respecto de la controversia alrededor del tema entre las partes del negocio, y reiteró las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Presupuestos procesales de la acción

7.1.1. Jurisdicción y competencia

Conforme con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la competente para juzgar las controversias originadas como consecuencia de la actuación de las entidades públicas, y dado el criterio orgánico establecido, en atención a la naturaleza jurídica de las demandadas, es ésta la encargada de conocer el proceso.

Asimismo, esta Corporación es la competente para conocer en primera instancia del proceso de la referencia, de acuerdo con el artículo 132 numeral 6 del Código Contencioso Administrativo que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los procesos de reparación directa cuando la cuantía exceda de los 500 SMLMV.

7.1.2. Escogencia de la acción.

La demandante alega como daño que, en el marco del contrato de interconexión celebrado con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, sufrió pérdidas patrimoniales, porque a causa de un acto administrativo general expedido por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, varió la modalidad de liquidación del valor de los cargos de acceso que había sido pactada, y dicho acto fue anulado posteriormente por el Consejo de Estado.

En efecto, de acuerdo con lo relatado en los hechos, se involucra (i) un contrato de interconexión entre EMCALI –antes EMCATEL- y la ETB, (ii) los actos administrativos generales expedidos por la CRC -antes CRT- sobre las modalidades de cobro de los cargos de acceso, (iii) los actos administrativos particulares expedidos por la CRC, con el fin de dilucidar la disputa entre la ETB y EMCALI, en torno a la modalidad de cargos de acceso que debía acogerse en el contrato de interconexión, y (iv) el convenio de transacción celebrado entre EMCALI y ETB en lo relativo al pago de los cargos de acceso derivados de la relación de interconexión.

En consecuencia, lo decisivo para establecer la acción procedente es la interpretación de la *causa petendi* de la demanda, para a partir de ella, establecer el origen del daño cuya reparación persigue la demandante; al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

“El deber de interpretación de la demanda tiene como finalidad que las autoridades judiciales determinen lo realmente pretendido por quien acude a esta jurisdicción, sin llegar a suplantar su voluntad, al punto de modificar la causa petendi y el petitum. Al operador judicial le corresponde confrontar lo materialmente pretendido por quien demanda con la finalidad propia del medio de control que invoca, comparación que permite determinar si el petitum es o no susceptible de ser tramitado en los términos planteados por el actor (...). La labor de interpretación del juez se debe ejercer con la precaución de no tergiversar la litis, sino que el marco de referencia debe ser la voluntad del demandante, se debe atender el daño que se pide indemnizar y la fuente del que proviene”¹⁰.

Si bien está probado que se expedieron actos administrativos particulares en torno a la modalidad de cargos de acceso aplicable al contrato de interconexión entre EMCALI y la ETB, lo pretendido trasciende el cuestionamiento de estas decisiones y, conforme a lo evidenciado en el proceso, no constituyen la fuente del daño por cuya reparación se demanda, porque no se aplicaron sus disposiciones, en tanto que luego de su expedición las partes transaron la modalidad de cargos de acceso del contrato de interconexión.

En particular, la parte demandante concentra el fundamento de la demanda en la anulación de la Resolución CRT 489 de 2002, acto general al que atribuye el resultado dañoso, en la medida que considera que el mismo representó una habilitación para desconocer lo estipulado en el contrato de interconexión celebrado con la ETB, al brindarle la alternativa a dicho operador de optar por la modalidad de cargos de acceso por capacidad.

La demandante tampoco alega, propiamente, un incumplimiento del contrato de interconexión entre EMCALI y la ETB, pero frente a la ETB plantea un enriquecimiento sin justa causa, que en todo caso se tramita a través de la acción de reparación directa.

Como quiera que la parte actora presentó la demanda por considerar que se configuró un daño proveniente de un acto administrativo general anulado por la Sección Primera del Consejo de Estado y que si bien median actos administrativos relacionados con el acto general, éstos no constituyen la fuente del daño reclamado, procede la acción de reparación directa, en aplicación de la excepción relativa a cuando la fuente del daño proviene de la ejecución de un acto administrativo general que haya sido objeto de revocatoria directa o de anulación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹¹.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 5 de marzo de 2020, Rad. No. 52.962.

¹¹ “[L]a reparación directa es pertinente en los casos en los que la afectación se deriva de un hecho, omisión, operación administrativa o en un acto administrativo, siempre que no se cuestione su legalidad. En este contexto, la reparación directa tiene como finalidad la indemnización de los perjuicios derivados de: i) un acto administrativo particular que haya sido objeto de revocatoria

Lo anterior, sin perjuicio de la incidencia que puedan tener estos actos administrativos y los contratos celebrados entre EMCALI y ETB en las definiciones que, respecto de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, se imputa a las demandadas.

Esta interpretación es la que mayormente comulga la integridad de lo expresado en la demanda, garantiza el acceso a la administración de justicia y evita proferir una sentencia inhibitoria.

La conclusión expuesta releva a la Sala de resolver excepciones relativas a la caducidad y falta de competencia formuladas por la parte demandada sobre la base de que la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho o la acción contractual.

7.1.3. Caducidad

El numeral 8 del artículo 136 del CCA dispone que la acción de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

En ese contexto, las disposiciones de la Resolución CRT 489 de 2001 fueron anuladas mediante sentencia de la Sección Primera Consejo de Estado y obra constancia según la cual respecto de la sentencia de 21 de agosto de 2008 fue negada una solicitud de aclaración mediante providencia de 29 de enero de 2009, por lo que quedó ejecutoriada el 10 de febrero de 2009¹². Por ende, el término de caducidad de 2 años para demandar en acción de reparación directa empezó a contar el 11 de febrero de 2009 y se extendió hasta el 11 de febrero de 2011.

La solicitud de conciliación extrajudicial fue presentada el 21 de septiembre de 2010, la audiencia se celebró el 9 de noviembre de 2010 y la demanda se presentó oportunamente el 8 de febrero de 2011¹³.

7.1.4. Legitimación en la causa

La legitimación de hecho de las partes está acreditada, porque surgió de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda; por activa, de EMCALI quien presenta el escrito inicial y, por pasiva, del Ministerio de Tecnología

directa o ii) de uno de carácter general que hubiese sido anulado, con todo, “si la causa directa del perjuicio no es el acto administrativo anulado, sino un acto administrativo particular expedido a su amparo, debe acudirse a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho debido [a] que sólo a través de ella puede destruirse la presunción de ilegalidad que lo caracteriza”. La Sección también ha señalado que este medio de control -reparación directa- es el mecanismo procesal idóneo para obtener el resarcimiento de los perjuicios derivados de la revocatoria o de la nulidad de un acto administrativo favorable para su destinatario” (Consejo de Estado, providencia de 5 de marzo de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Radicación número: 52.962).

¹² Fl. 78, c. 1 principal

¹³ Fls. 30 a 37, c. 1 principal

de la Información y Comunicaciones, la Comisión de Regulación de Comunicaciones y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, a quienes les le imputa el daño.

En cuanto a la legitimación material, al entenderse como condición necesaria para establecer la prosperidad de las pretensiones y las excepciones, se abordará con el fondo del asunto, a partir de la valoración de las pruebas recaudadas, en caso de que sea necesario.

7.2. Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si procede declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, en cabeza del Ministerio de Tecnología de la Información y Comunicaciones, la Comisión de Regulación de Comunicaciones y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, por el daño que EMCALI alega representado en el detrimento patrimonial sufrido al no recibir lo esperado por el contrato de interconexión celebrado con la ETB a partir del cobro de los cargos de acceso en la modalidad de uso (minutos), en su tesis, atribuible a los efectos de la Resolución CRT 463 de 2002, anulada por la Sección Primera del Consejo de Estado, con fundamento en la cual la ETB podía acogerse a la modalidad de cargos de acceso por capacidad.

En caso de que la respuesta al interrogante anterior sea afirmativa, ¿cuáles son los perjuicios indemnizables y en que monto deben reconocerse?

7.3. TESIS

Procede negar las pretensiones de la demanda, porque no está probado el daño antijurídico. La forma de remuneración de los cargos de acceso fue pactada por las partes del contrato de interconexión, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, teniendo en cuenta que las regulaciones expedidas por Comisión de Regulación de Comunicaciones así lo permitían, pese a que en algunos momentos se dispuso que debían ofrecerse por lo menos dos alternativas al operador que demandara la interconexión. En este sentido, de la anulación de la Resolución CRT 489 de 2002 no puede deducirse la antijuridicidad del daño, pues al mediar un acuerdo entre las partes, la demandante debe soportar sus efectos.

Con todo, la antijuridicidad del daño también se descarta por el hecho de que la anulación de la Resolución CRT 489 de 2002 sólo tendría efectos futuros, porque tratándose de un acto administrativo relacionado con un servicio público, así lo dispone el artículo 38 de la Ley 142 de 1994, de modo que las situaciones ocurridas bajo su amparo se entenderían válidas.

7.4. Responsabilidad del Estado por daños causados por actos administrativos generales declarados nulos

Conforme a la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de reparación por los daños

antijurídicos causados por quienes ejercen funciones, tanto administrativas, como jurisdiccionales y legislativas. De este modo, los actos administrativos generales pueden ocasionar afectaciones que rompen el principio de igualdad frente a las cargas públicas y que por su carácter antijurídico deben ser objeto de reparación integral¹⁴.

Ahora bien, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo general no es un supuesto automático de la responsabilidad del Estado, puesto que corresponde:

- i. Corroborar que estén probados cada uno de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, inicialmente el daño, porque de este elemento parte el juicio de imputabilidad.
- ii. Determinar si el daño tiene el carácter de antijurídico: a) Partiendo del juicio de legalidad de acto administrativo general que se presenta como causa resultado dañoso, b) Teniendo en cuenta que la ruptura del principio de las cargas públicas no es una consecuencia directa, automática o indefectible de la declaratoria de nulidad.

Sobre el carácter antijurídico del daño que haya podido tener origen en un acto administrativo general anulado, el Consejo de Estado ha señalado:

“Los juicios de legalidad entendidos en sentido amplio, esto es, comprendiendo por tales los de la constitucionalidad de la ley, como los de la legalidad de actos administrativos, tienen objetos distintos a los juicios de responsabilidad estatal. En efecto, mientras en los primeros se busca una decisión judicial en torno a la adecuación de una norma o acto al ordenamiento jurídico, pronunciamiento que tendrá efectos sobre su validez y eficacia, en los juicios de responsabilidad se pretende, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la reparación de un daño antijurídico imputable a una autoridad pública; diferenciación que es cierta aun para las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho pues en estos eventos el restablecimiento o reparación solicitado está supeditado a la constatación de la ilegalidad del acto y a la consecuente declaratoria de nulidad, de modo que, sin esta, aquél resulta improcedente. (...) Mientras los juicios de legalidad se centran en la verificación, de manera abstracta, de la supuesta contrariedad existente entre las normas -para el juicio de constitucionalidad- o de si se verifica alguna de las causales de nulidad del acto -para los juicios de nulidad de actos administrativos-, con el fin de determinar la validez y vigencia de las normas o actos cuestionados, los de responsabilidad deben partir de la situación concreta del demandante y, particularmente, de la determinación de si se configura o no un daño antijurídico y, consecuentemente, si este resulta imputable a la autoridad pública demandada. De allí que, como lo haya sostenido la Sección Tercera, Subsección B, “una eventual inconstitucionalidad (...) no siempre impone la obligación de reparar y (...) tampoco la impide, dada la independencia de la responsabilidad en cuanto medida de aplicación concreta, respecto de decisiones judiciales o administrativas de carácter general”, conclusión que también sería predicable de la nulidad de un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, pues también allí habría que analizar si en el caso concreto se configura cada uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad. En otros términos, una decisión de inexequibilidad o de nulidad adoptada en sede de legalidad no podría considerarse como suficiente

¹⁴ Sentencia C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto y C-149 de 1993, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

para fundar la responsabilidad del Estado por la expedición de la norma o acto declarado inexecutable o nulo, pues en sede de reparación directa siempre será necesario verificar cada uno de los elementos estructurantes del juicio de responsabilidad: la existencia efectiva de un daño antijurídico y su imputabilidad a la demandada, análisis este último dentro del cual bien pueden operar causales eximentes de responsabilidad. (...) Ahora bien, la existencia de esta opción también evidencia que el análisis de juridicidad/antijuridicidad de un daño no es idéntico al de la legalidad/ilegalidad de la norma o acto que lo causaría pues, en realidad, el primero supone un paso lógico adicional, a saber, la adopción del criterio de antijuridicidad a partir del cual se aprehenden o califican las conclusiones del segundo. Así pues, aunque materialmente los dos juicios pueden ser coincidentes, dicha coincidencia es resultado de la decisión adoptada por el juez de la reparación directa sobre la manera de calificar, en términos de antijuridicidad, un juicio de legalidad que, si bien no puede ignorar o eludir, no lo determina completamente”¹⁵.

7.5. Del enriquecimiento sin justa causa

La pretensión de enriquecimiento sin causa justa tiene su fundamento en la prestación de un servicio, el suministro de bienes o la confección de alguna obra en beneficio de un ente público, sin que el prestador de tales servicios, suministrador de bienes o constructor de la obra hubiere obtenido la contraprestación equitativa que gobierna el intercambio de bienes y servicios. Así las cosas, el administrado ve disminuido su patrimonio, en tanto que la administración verá aumentado el suyo, y ésta se favorecerá por contera al no pagar las sumas correspondientes, **sin que exista para ello fundamento ni causas legales.**

Los elementos señalados por la jurisprudencia¹⁶ para que sea procedente la pretensión de enriquecimiento sin justa causa, son los siguientes:

- 1) Un enriquecimiento que conlleva un aumento económico patrimonial en la parte enriquecida, bien porque recibe nuevos bienes o porque no tiene que gastar los que poseía.
- 2) El empobrecimiento correlativo, que se traduce en la disminución patrimonial del actor en cualquier forma que negativamente afecte su patrimonio económico.
- 3) Una relación de causalidad, es decir, que el enriquecimiento de una de las partes sea consecuencia del empobrecimiento de la otra;
- 4) **Ausencia de causa, es decir, que ese enriquecimiento no tenga justificación de ninguna naturaleza, porque si la tiene, no se podría estructurar la figura;**
- 5) Que el demandante no pueda ejercer otra acción diferente.

¹⁵ Consejo de Estado, Sentencia de 13 de marzo de 2018, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, Radicación No. 28769.

¹⁶ Consejo de Estado, sentencia de 5 de octubre de 2016, Exp. No. 2008-00689-01(49973), C.P. Hernán Andrade Rincón.

7.6. Valor probatorio de las documentales aportadas al expediente

Los documentos aportados al expediente en copia simple tienen valor probatorio, teniendo en cuenta que no fueron tachados de falsedad y de conformidad con el criterio de unificación del Consejo de Estado¹⁷.

7.7. De las pruebas aportadas y los hechos relevantes probados

7.7.1. El 21 de octubre de 1998, la Empresa de Telecomunicaciones de Cali S.A. E.S.P. y la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá S.A. E.S.P. celebraron contrato de acceso, uso e interconexión, del cual se destacan las siguientes estipulaciones:

“CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO.- El objeto del presente contrato es establecer las condiciones de carácter legal, técnico, comercial, operativo y económico que gobernarán el acceso, uso e interconexión entre las redes de telecomunicaciones de ETB y EMCATEL.

PARÁGRAFO PRIMERO: Es entendido que el acceso, uso e interconexión de las redes de que trata este contrato, se regula por la Ley y por este documento, de cual hacen parte las adiciones, modificaciones y/o aclaraciones que se realicen al mismo y sus anexos TÉCNICO, COMERCIAL, FINANCIERO, COMITÉ MIXTO DE INTERCONEXIÓN Y CONFIDENCIALIDAD.

PARÁGRAFO SEGUNDO: El presente contrato contiene el acuerdo íntegro entre las partes, rige en su totalidad las relaciones entre ellas que estén directamente relacionadas con el objeto consagrado en la presente cláusula. Este contrato deja sin validez y efecto alguno contratos, acuerdos, convenios, cartas de intención y comunicaciones preexistentes verbales o escritas (...)

CLÁUSULA CUARTA: OBLIGACIONES DE ETB

Todas aquéllas determinadas en las normas aplicables y en especial:

1. Asumir el valor de las inversiones y gastos necesarios para interconectar su red de TPBCLD con la red de TPBC de EMCATEL de acuerdo con los parámetros establecidos en el anexo técnico de este contrato.

2. Pagar a EMCATEL el cargo de acceso y uso, instalaciones esenciales y otros rubros acordados en el presente contrato y en el anexo financiero comercial

(...)

CLÁUSULA SEXTA: VALOR.- El valor del presente contrato está compuesto por los siguientes factores:

1. El valor por concepto del cargo de acceso y uso de la red de EMCATEL que hace ETB y que será cancelado por esta última de conformidad con las condiciones establecidas en los Anexos Técnico y Comercial Financiero. Este valor por concepto de cargos de acceso y uso se regirá por las normas establecidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

¹⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 28 de agosto del 2013. Expediente: 25.022. M.P.: Dr. Enrique Gil Botero.

2. El valor correspondiente al uso por parte de ETB de las instalaciones esenciales y suplementarias de propiedad de EMCATEL definidas en los anexos técnico y comercial financiero.

3. El valor correspondiente a los costos por concepto de servicios adicionales prestados por EMCATEL y que cancelará ETB en los términos indicados en los anexos Técnico y Comercial Financiero.

CLÁUSULA SÉPTIMA: DURACIÓN Y MODIFICACIONES AL CONTRATO.- El presente contrato tendrá una duración de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento. Ante el silencio de las partes al expirar el término principal estipulado, el contrato se prorrogará automáticamente en forma sucesiva por períodos iguales al inicialmente pactado. Con cuarenta y cinco (45) días hábiles de antelación al vencimiento del término principal o de cualquiera de sus prórrogas tácitas, ETB o EMCATEL podrán comunicarse, por telegrama o carta certificada, su decisión de revisar las condiciones del contrato.

(...)

CLÁUSULA OCTAVA.- 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 (...)
2. REPRESENTANTES LEGALES DE LAS EMPRESAS CONTRATANTES (...)
3. CENTRO DE CONCILIACIÓN (...)
4. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES- Vencido el plazo de cinco (5) días hábiles para determinar el centro de conciliación y su sede son que ello hubiere acontecido o transcurridos quince (15) días calendario de mediación por parte del centro de conciliación sin que existiere acuerdo, las partes deberán decidir conjuntamente, dentro del término de tres (3) días hábiles siguientes, si solicitan a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, de conformidad con los artículos 74.3 de la Ley 142 de 1994 y 8.5.8 de la Resolución 087 de la CRT, resolver el conflicto, siempre que dicho conflicto no corresponda definirlo a otra autoridad administrativa.
5. TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO: En los casos en que las partes estén de acuerdo en no acudir a la CRT, o de vencimiento del plazo establecido para decidir si se solicita a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la solución del conflicto, circunstancia en que se entenderá que la decisión de las partes es negativa; se acudirá a la decisión del (sic) un Tribunal de Arbitramento, para lo cual se procederá a la designación de los árbitros (...)

PARÁGRAFO: Mientras se resuelve definitivamente la diferencia planteada, se mantendrá en ejecución el contrato y la prestación del servicio.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: RÉGIMEN LEGAL.- De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, el presente contrato se rige por las normas del derecho privado en lo no regulado específicamente por las disposiciones establecidas en la ley citada y por las demás normas emanadas de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y/o demás autoridades competentes¹⁸.

¹⁸ Fls. 88 a 91, c. 1 principal

En el Anexo No. 2, de Aspectos Comerciales y Financieros, se estableció lo siguiente:

“2. CARGOS DE ACCESO

2.1. SISTEMA DE TASACIÓN Y RECONOCIMIENTO DEL CARGO DE ACCESO

Los operadores tasarán el número de minutos o fracción de minuto entrantes y salientes conforme a lo especificado en el anexo técnico, correspondientes a las llamadas completadas que usen la interconexión con la RTPC de larga distancia de ETB S.A. E.S.P., diferenciando las llamadas con terminación local, las terminadas en el área metropolitana y las terminadas en los demás municipios cuando ello aplique por haberse informado previamente.

Cada parte reportará a la otra el resultado de su medición antes del inicio de la fecha de inicio del proceso de facturación del mes objeto de la medición, para que se realice al interior de cada empresa la verificación y análisis en un plazo de 5 días hábiles, en el último de los cuales se intercambiarán los datos. En caso de incumplimiento de tales plazos por alguno de los operadores, el valor del tráfico se establecerá inicialmente a partir de los datos del operador que haya entregado la información y el análisis dentro del plazo indicado. Una vez se tenga la información del operador faltante, se analizarán las cifras conciliadas y si la diferencia supera el 1%, se procederá a efectuar los ajustes correspondientes (...)

2.3. VALOR DEL CARGO DE ACCESO.

*El valor a pagar mensualmente a EMCATEL S.A. E.S.P. por concepto de la interconexión, acceso y uso de su red, por parte de ETB S.A. E.S.P., **se hará de conformidad con lo dispuesto por la reglamentación vigente.***

Cuando EMCATEL S.A. E.S.P. reajuste el cargo de acceso, en desarrollo del artículo 5.30 de la Resolución 87 de 1997 de la CRT, el nuevo valor será informado a ETB S.A. E.S.P. y entrará a regir para la liquidación y pago de los cargos de acceso el mes siguiente a aquel en que haya sido informado el reajuste”¹⁹

7.7.2. Para el momento en que se celebró el Contrato de Interconexión de 21 de octubre de 1998, estaba vigente la Resolución CRT 087 de 1997, que en torno a los cargos de acceso disponía lo siguiente²⁰:

“ARTÍCULO 4.2.6. REMUNERACIÓN

Los operadores tienen derecho a recibir una contraprestación razonable por el uso de su infraestructura y por la prestación de servicios a otros operadores con motivo de la interconexión. El valor de los cargos relacionados con la interconexión debe estar orientado a costos eficientes más una utilidad razonable, de acuerdo con el régimen de prestación de cada servicio.

ARTÍCULO 4.2.17 COSTOS DE ACCESO, USO E INTERCONEXIÓN

Los operadores podrán renegociar libremente los costos de acceso, uso e interconexión a sus redes. En caso de no llegar a acuerdo, el operador que solicita la interconexión asumirá los costos de inversión, adecuación, operación

¹⁹ Fl. 105 y vto., c. 1 principal.

²⁰ Cuaderno 2 principal.

y mantenimiento necesarios para llegar hasta el punto o los puntos de interconexión del operador interconectante.

La CRT puede determinar aquellos casos en que dichos costos deben ser pagados por ambas partes, cuando se establezca que los beneficios que implicará dicha interconexión son equivalentes”

7.7.3. El 27 de diciembre de 2001, la CRT expidió la Resolución No. 463, a través de la cual modificó los títulos IV y V de la Resolución 087 de 1997, con la adición de los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8, en la forma que sigue²¹:

ARTICULO 1: La sección II del capítulo II del Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997. (Obligaciones Tipo B), tendrá los siguientes artículos adicionales:

ARTÍCULO 4.2.2.19. CARGO DE ACCESO A LAS REDES DE TELEFONIA: a partir del primero de enero de 2002, los operadores telefónicos deberán ofrecer por lo menos las siguientes dos opciones de cargos de acceso a los operadores que les demanden interconexión:

T. REDES DE TPBCL (1)	Grupos de empresas	Opción de cargos de acceso por minutos de capacidad (2)			
		Al menos	Al menos	Al menos	Al menos
1.	UNO	\$ 49.35	\$ 43.26	\$ 37.16	\$ 31.07
	DOS	\$ 50.98	\$ 46.50	\$ 42.03	\$ 37.56
	TRES	\$ 53.59	\$ 51.73	\$ 49.87	\$ 48.01
2.	Redes de TMC y PCS (3)	\$ 66.92	\$ 97.49	\$ 142.02	\$ 206.90

(1) Expresado en pesos constantes de junio 30 de 2001. Corresponde al valor de los cargos de acceso que los operadores de TPBCL reciben de los operadores de otros servicios cuando estos hacen uso de sus redes, tanto en sentido entrante como saliente.
 (2) En el Anexo No. 008 se definen las empresas operadoras de TPBCL que conforman cada uno de los grupos aquí señalados. Los valores que contempla esta opción corresponden a la remuneración por minuto. Todas las fracciones se aproximan al minuto siguiente.
 (3) No se podrá cobrar el cargo de acceso a las redes y al mismo tiempo tarifa por tiempo al aire. Aplica para las llamadas entrantes del servicio de TPBCLDI y cualquier otro que defina la regulación.

T. REDES DE TPBCL (1)	Grupos de empresas	Opción de cargos de acceso por capacidad (2)			
		Al menos	Al menos	Al menos	Al menos
1.	UNO	\$ 11,230,000	\$ 9,920,000	\$ 8,760,000	\$ 7,740,000
	DOS	\$ 11,540,000	\$ 10,760,000	\$ 10,030,000	\$ 9,350,000
	TRES	\$ 11,960,000	\$ 11,960,000	\$ 11,960,000	\$ 11,960,000
2.	Redes de TMC y PCS (3)	\$ 14,700,000	\$ 22,180,000	\$ 33,480,000	\$ 50,520,000

(1) Expresado en pesos constantes de junio 30 de 2001. Los valores que contempla esta opción prevén el arrendamiento mensual de enlaces E1 de 2.048 kbps/mes o su equivalente. Los operadores podrán pactar valores diferentes dependiendo del ancho de banda que se requiera. Para efectos del bloqueo medio en los puntos de interconexión los operadores se ceñirán al 1%.
 (2) En el Anexo No. 008 se definen las empresas operadoras de TPBCL que conforman cada uno de los grupos aquí señalados.
 (3) No se podrá cobrar el cargo de acceso a las redes y al mismo tiempo tarifa por tiempo al aire. Aplica para las llamadas entrantes del servicio de TPBCLDI y cualquier otro que defina la regulación.

PARAGRAFO 1: Cuando la interconexión no se efectúe directamente en los nodos de conmutación de la parte superior de la organización jerárquica de la red del operador de TPBCL, el operador interconectante tendrá derecho a recibir el pago por el transporte del tráfico a los demás puntos del mismo nivel en donde debe realizarse la interconexión. Los cargos de acceso que se presentan aquí incluyen la dispersión local y la dispersión nacional para los servicios de TMC y PCS.

PARAGRAFO 2. Los operadores podrán fijar cargos de acceso diferenciales en la opción por minuto, teniendo en cuenta las horas de mayor tráfico de su red, siempre que se demuestre que la ponderación de los mismos corresponde al valor previsto en este artículo.

PARAGRAFO 3. El operador interconectante podrá exigir en la opción de cargos de acceso por capacidad un periodo de permanencia mínima, el cual solo podrá extenderse el tiempo necesario para recuperar la inversión que se haya efectuado para adecuar la interconexión. En caso que se presente un conflicto, el operador interconectante debe suministrar de inmediato la interconexión a los valores que se encuentran en la tabla correspondiente a la opción de cargos de acceso por capacidad, mientras se logra un acuerdo de las partes o la CRT define los puntos de diferencia. Si la interconexión se encuentra sobredimensionada, los operadores podrán solicitar a la CRT que resuelva las diferencias que por concepto de una eventual devolución de enlaces pueda presentarse.

²¹ Fls. 143 a 149, cuaderno 1 principal.

ARTÍCULO 4. El capítulo III del Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997, (Aplicación de las Obligaciones de Interconexión), tendrá los siguientes artículos adicionales:

ARTÍCULO 4.3.8. ESQUEMA DE ACTUALIZACIÓN DE LOS CARGOS DE ACCESO: A partir del primero de enero de 2002 los cargos de acceso por uso y por capacidad de que trata la presente Resolución se actualizarán mensualmente de acuerdo con el Anexo 008 de la presente Resolución y con la siguiente expresión:

$$\text{Cargos de acceso}_{(t+1)} = \text{Cargos de acceso}_t * (1 + \text{IAT}_t) * (1 - \text{Productividad}_{(t+1)} \%)$$

En donde:

Cargos de acceso $_{(t+1)}$ = Cargos de acceso en el mes $t + 1$
Cargos de acceso $_t$ = Cargos de Acceso en el mes t
Productividad $_{(t+1)} \%$ = Productividad de la industria igual al 2% anual. Este índice se incluirá en la anterior expresión en los meses de enero de cada año
IAT $_t$ = Variación en el Índice de Actualización Tarifaria en el mes t

PARAGRAFO.- Para la actualización de los cargos de acceso, la variación en el IAT se calculará con los promedios aritméticos de los últimos doce meses de cada índice.

ARTÍCULO 5. Los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores vigentes en las interconexiones actualmente existentes a la fecha de expedición de la presente resolución o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en la presente resolución para todas sus interconexiones.

ARTÍCULO 6. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y deroga las disposiciones que le sean contrarias, particularmente el Capítulo X del Título V de la Resolución CRT 087 de 1997. A partir del primero de enero de 2002, el Anexo 008 que hace parte integral de la presente Resolución, reemplaza al Anexo 008 de la Resolución CRT 087 de 1997.

7.7.4. El 4 de enero de 2002, la CRT derogó el Título IV de la Resolución 087 de 1997, a través de lo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución 469, que es del siguiente tenor²²:

“DEROGATORIA Y VIGENCIA

La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las normas expedidas con anterioridad, EN PARTICULAR EL TÍTULO IV DE LA RESOLUCIÓN 087 DE 1997”

En el artículo 2 de la Resolución 469 de 2002, la CRT dispuso “...en adelante el Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997 dirá así”, y en el mismo incluyó los siguientes artículos:

“Artículo 4.2.1.6. Remuneración. Los operadores tienen derecho a recibir una contraprestación razonable por el uso de su infraestructura y por la prestación de servicios a otros operadores con motivo de la interconexión. El valor de los cargos relacionados con la interconexión debe estar orientado a costos eficientes más una utilidad razonable, de acuerdo con el régimen de prestación de cada servicio

Artículo 4.2.1.7. Costos de acceso, uso e interconexión: Los operadores podrán negociar libremente los costos de acceso, uso e interconexión a sus redes. En caso de no llegar a acuerdo, el operador que solicita la interconexión asumirá los costos de inversión, adecuación, operación y mantenimiento

²² Diario Oficial No. 44.674 de 12 de enero de 2002.
<http://svrpubindc.imprenta.gov.co/diario/index.xhtml?jsessionid=aba1985f2233accda10160c116fb>

necesarios para llegar hasta el punto o los puntos de interconexión del operador interconectante”

7.7.5. Mediante la Resolución No. 489 de 12 de abril de 2002, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió el Régimen General de Protección a los Suscriptores y Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y compiló los títulos I, IV, V y VII de la Resolución 087 de 1997 de la CRT, entre sus artículos se encuentran los siguientes:

ARTÍCULO 4.2.2.19. CARGO DE ACCESO A LAS REDES DE TELEFONIA: a partir del primero de enero de 2002, los operadores telefónicos deberán ofrecer por lo menos las siguientes dos opciones de cargos de acceso a los operadores que les demanden interconexión:

1. REDES DE TPBCL (2)	Grupo de empresas	Opción 2. Cargos de acceso máximos por capacidad (1)			
		Al 1-01-02	Al 1-01-03	Al 1-01-04	Al 1-01-05
	UNO	\$ 49.35	\$ 43.26	\$ 37.16	\$ 31.07
	DOS	\$ 50.98	\$ 46.50	\$ 42.03	\$ 37.56
	TRES	\$ 53.59	\$ 51.73	\$ 49.87	\$ 48.01
2.	Redes de TMC y PCS (3)	\$ 66.92	\$ 97.49	\$ 142.02	\$ 206.90

- (1) Expresado en pesos constantes de junio 30 de 2001. La actualización de los pesos constantes a pesos corrientes se realizará conforme al artículo 4.3.B. Corresponde al valor de los cargos de acceso que los operadores de TPBCL reciben de los operadores de otros servicios cuando estos hacen uso de sus redes, tanto en sentido entrante como saliente.
- (2) En el Anexo No. 008 se definen las empresas operadoras de TPBCL que conforman cada uno de los grupos aquí señalados. Los valores que contempla esta opción corresponden a la remuneración por minuto. Todas las fracciones se aproximan al minuto siguiente.
- (3) No se podrá cobrar el cargo de acceso a las redes y al mismo tiempo tarifa por tiempo al aire. Aplica para las llamadas entrantes del servicio de TPBCLDI y cualquier otro que defina la regulación.

1. REDES DE TPBCL (2)	Grupo de empresas	Opción 2. Cargos de acceso máximos por capacidad (1)			
		Al 1-01-02	Al 1-01-03	Al 1-01-04	Al 1-01-05
	UNO	\$ 11,230,000	\$ 9,920,000	\$ 8,760,000	\$ 7,740,000
	DOS	\$ 11,540,000	\$ 10,760,000	\$ 10,030,000	\$ 9,350,000
	TRES	\$ 11,960,000	\$ 11,960,000	\$ 11,960,000	\$ 11,960,000
2.	Redes de TMC y PCS (3)	\$ 14,700,000	\$ 22,180,000	\$ 33,480,000	\$ 50,520,000

- (1) Expresado en pesos constantes de junio 30 de 2001. La actualización de los pesos constantes a pesos corrientes se realizará conforme al artículo 4.3.B. Los valores que contempla esta opción prevén el arrendamiento mensual de enlaces E1 de 2.048 kbps/mes o su equivalente. Los operadores podrán pactar valores diferentes dependiendo del ancho de banda que se requiera. Para efectos del bloqueo medio en los puntos de interconexión los operadores se ceñirán al 1%.
- (2) En el Anexo No. 008 se definen las empresas operadoras de TPBCL que conforman cada uno de los grupos aquí señalados.
- (3) No se podrá cobrar el cargo de acceso a las redes y al mismo tiempo tarifa por tiempo al aire. Aplica para las llamadas entrantes del servicio de TPBCLDI y cualquier otro que defina la regulación.

PARAGRAFO 1: Cuando la interconexión no se efectúe directamente en los nodos de conmutación de la parte superior de la organización jerárquica de la red del operador de TPBCL, el operador interconectante tendrá derecho a recibir el pago por el transporte del tráfico a los demás puntos del mismo nivel en donde debe realizarse la interconexión. Los cargos de acceso que se presentan aquí incluyen la dispersión local y la dispersión nacional para los servicios de TMC y PCS.

PARAGRAFO 2. Los operadores podrán fijar cargos de acceso diferenciales en la opción por minuto, teniendo en cuenta las horas de mayor tráfico de su red, siempre que se demuestre que la ponderación de los mismos corresponde al valor previsto en este artículo.

PARAGRAFO 3. El operador interconectante podrá exigir en la opción de cargos de acceso por capacidad un periodo de permanencia mínima, el cual solo podrá extenderse el tiempo necesario para recuperar la inversión que se haya efectuado para adecuar la interconexión. En caso que se presente un conflicto, el operador interconectante debe suministrar de inmediato la interconexión a los valores que se encuentran en la tabla correspondiente a la opción de cargos de acceso por capacidad, mientras se logra un acuerdo de las partes o la CRT define los puntos de diferencia. Si la interconexión se encuentra sobredimensionada, los operadores podrán solicitar a la CRT que resuelva las diferencias que por concepto de una eventual devolución de enlaces pueda presentarse. Para el efecto, el operador interconectante podrá exigir que se mantengan activados los enlaces necesarios para cumplir con el nivel mínimo de calidad de 1% del bloqueo medio, incluso para la hora de mayor tráfico.

ARTÍCULO 4.3.8. ESQUEMA DE ACTUALIZACIÓN DE LOS CARGOS DE ACCESO:
A partir del primero de enero de 2002 los cargos de acceso por uso y por capacidad de que trata la presente Resolución se actualizarán mensualmente de acuerdo con el Anexo 008 de la presente Resolución y con la siguiente expresión:

$$\text{Cargo de acceso}_{(t+1)} = \text{Cargo de acceso}_t * (1 + \Delta\text{IAT}_t) * (1 - \text{Productividad}_{(t+1)} \%)$$

En donde:

Cargo de acceso $(t+1)$	=	Cargo de acceso en el mes $t + 1$
Cargo de acceso t	=	Cargo de Acceso en el mes t
Productividad $(t+1) \%$	=	Productividad de la industria igual al 2% anual. Este índice se incluirá en la anterior expresión únicamente en los meses de enero de cada año
ΔIAT_t	=	Variación porcentual en el índice de Actualización Tarifaria en el mes t

PARAQUAFO.- Para la actualización de los cargos de acceso, la variación en el IAT se calculará con los promedios aritméticos de los últimos doce meses de cada índice.

ARTÍCULO 9º Los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución CRT 463 de 2001 o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones.

7.7.6. A través de la Resolución No. 807 de 26 de agosto de 2003, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, al pronunciarse sobre el conflicto generado entre EMCALI y la ETB, en torno a la modalidad de liquidación de los cargos de acceso, resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO.- Fijar el dimensionamiento de la interconexión de las redes de Telefonía Pública Básica Conmutada Local Extendida de EMCALI E.I.C.E. con la red de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia de ETB S.A. E.S.P., en cuarenta y tres (43) Els.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ETB S.A. E.S.P. deberá reconocer mensualmente a EMCALI E.I.C.E. la suma establecida en la tabla “Opción 2: Cargos de acceso máximo por capacidad” contemplada en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463 de 2001, para el grupo de empresas número dos (2), según lo explicado en el numeral 2.2. de la presente resolución, es decir, diez millones setecientos sesenta mil pesos (\$10.760.000), expresados en pesos de junio 30 de 2001.

PARÁGRAFO.- El valor establecido en el presente artículo deberá pagarse desde el 9 de enero de 2003, fecha de radicación de la solicitud de solución de conflicto presentada por ETB S.A. E.S.P.

ARTÍCULO TERCERO.- ETB S.A. E.S.P. deberá reconocer mensualmente a EMCALI E.I.C.E. por el enlace que será activado por las partes, diez millones setecientos sesenta mil pesos (\$10.760.000,00) expresados en pesos del 30 de junio de 2001, desde la fecha de activación del mismo.

PARÁGRAFO.- Para efectos de recuperar la inversión realizada por EMCALI EICE se fija una cláusula de permanencia mínima por el término de cinco (5) años, contados a partir de la activación el Enlace adicional”

Entre las consideraciones expuestas en la Resolución 807 de 2003, se encuentran las siguientes:

“La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones mediante Resolución CRT 463 de 2001 estableció en cabeza de todos los operadores telefónicos la obligación de ofrecer a los demás operadores de telecomunicaciones que demanden interconexión, al menos las opciones de cargos por minuto o por capacidad para remunerar el uso de la misma.

Mediante comunicación con radicación interna número 200330059 de fecha 9 de enero de 2003, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB S.A. E.S.P. en adelante ETB solicitó a la CRT su intervención para la solución de las diferencias presentadas con la empresa EMCALI EICE en adelante EMCALI por la aplicación de la opción de cargos de acceso por capacidad, contemplada en la mencionada Resolución.

*En dicha comunicación ETB manifestó que de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 463 de 2001, eligió la modalidad No. 2, es decir, la liquidación de cargos de acceso por capacidad, proponiendo mantener la misma cantidad de enlaces que posee en funcionamiento para la interconexión que tiene con EMCALI. **La decisión de acogerse a la modalidad de cargos de acceso por capacidad, se había comunicado previamente al representante legal de EMCALI, mediante comunicación del 22 de mayo de 2002,** radicación interna No. 303284 (...)*

En este estado de la actuación, la CRT citó a audiencia de mediación, tal y como consta en los folios 20 a 27 del expediente 3000-4-2-52. En dicha audiencia, celebrada el 24 de abril de 2003, las partes no llegaron a acuerdo, solicitando a la CRT que decidiera de fondo (...)

Así las cosas, debe concluirse que el precio establecido como tope en la Resolución CRT 463 de 2001, únicamente define el valor de un elemento de la infraestructura necesario para efectos de la interconexión, el cual es independientemente del grado de calidad, que se insiste, se predica de toda la interconexión y no de uno de sus elementos analizados aisladamente. Interpretarlo de otra manera, sería tanto como asumir que por el hecho de adquirir un número mayor de enlaces, a esta infraestructura debe reconocérsele un mayor valor por unidad adicional al ya remunerado a toda la interconexión con ocasión de la activación de un mayor número de enlaces”²³

7.7.7. Mediante la Resolución No. 885 de 4 de noviembre de 2003, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones confirmó la Resolución CRT 807 de 26 de agosto de 2003.²⁴

7.7.8. Posteriormente (no hay registro de la fecha exacta), EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y LA ETB celebraron un convenio de modificación y transacción del contrato para regular el acceso, uso e interconexión entre sus redes, sustentado con, entre otras, las siguientes consideraciones:

*“...teniendo en cuenta que mediante el presente documento se modifica el Contrato de Interconexión celebrado entre las partes y se transigen unas diferencias, manifestando su voluntad libre, expresa e inequívoca de celebrar el presente convenio de transacción, **con el objeto de resolver de manera definitiva los aspectos económicos asociados a las discrepancias surgidas con motivo de***

²³ Fls. 132 a 139, cuaderno 1 principal

²⁴ Fls. 140 a 142, cuaderno 1 principal

la aplicación del régimen de cargos de acceso expedido por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) mediante las resoluciones números 463 de 2001, 489 de 2002 y 575 de 2002, en relación con el contrato de interconexión, existente, concretamente, en lo concerniente a la remuneración de dichos cargos, así como introducir modificaciones a los términos establecidos en el contrato. Este convenio se celebra tomando en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES

(...)

Que a pesar de la existencia de las Resoluciones 807 y 885 de fechas 26 de agosto de 2003 y 4 de noviembre del mismo año, proferidas por la CRT, las partes teniendo en cuenta la facultad que tienen los operadores de pactar sistemas y valores de cargos de acceso diferentes a los contemplados en la regulación han acordado modificar el contrato de interconexión según los términos previstos en el presente acuerdo.

Que debido a la incertidumbre inherente al resultado de los procesos jurisdiccionales en curso unida a la circunstancia que la definición de los mismos comporta además un tiempo eventualmente considerable, las partes han definido, de común acuerdo, la forma en que liquidarán los cargos de acceso y uso para el período comprendido entre el 21 de febrero de 2003 y al 31 de diciembre de 2005, inclusive, cuya suma de dinero resultante y su reconocimiento y pago por parte de EMCALI EICE ESP a ETB ponga fin a la controversia en lo que respecta a la liquidación de los cargos de acceso y uso de la red de TBCL/LE de EMCALI y a su saldo pendiente. De la misma manera, las partes han convenido incluir la forma de liquidación aplicada como forma para liquidar la remuneración por la utilización de la RTPBCL/LE propiedad de EMCALI por ETB, hacia el futuro, a tono con el término de vigencia que se pacta en el Contrato de Interconexión y sus eventuales prórrogas o renovaciones, según sea el caso (...)²⁵

Las cláusulas relevantes de dicho Convenio son las siguientes:

“Cláusula Primera: Transacción y Efectos: Las partes acuerdan transigir de manera definitiva los efectos económicos de la controversia surgida entre ellas, con motivo de la aplicación del sistema de cargos de acceso por capacidad seleccionado por ETB para remunerar el acceso, uso e interconexión entre la RTBCLD de esta última las redes TPBCL y TPBCLE de EMCALI, con fundamento en la Resolución CRT 087 de 1997, modificada en este aspecto por la Resolución CRT 463 de 2001, recogida esta última en la distinguida con el No CRT 489 de 2002, y compiladas todas ellas en la Resolución CRT 575 también de 2002. Esta transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, en los términos del artículo 2483 del Código Civil. En consecuencia, una vez perfeccionada esta transacción ETB renuncia expresamente a reclamar cualquier derecho económico que puede derivarse de la aplicación de las resoluciones CRT 807 de 26 de agosto y 885 del 04 de noviembre, ambas de 2003. ETB se compromete a remitir memorial a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, desistiendo de las peticiones de investigación y aplicación de las sanciones presentadas ante dichas autoridades en el marco de sus competencias, en contra de EMCALI EICE ESP.

Las partes informaron del presente Convenio tanto a la CRT como a las demás autoridades de control y vigilancia del Estado que conocen de las peticiones de investigación presentadas por ETB en contra de EMCALI. Los fallos relacionados con los procesos de nulidad contra las resoluciones CRT 463 y 489 de 2002, no afectarán el presente Convenio.

²⁵ Fls. 116 a 120, c. 1 principal.

Por contener una obligación dineraria clara, expresa y exigible debidamente reconocida por la deudora, el presente convenio presta mérito ejecutivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil.

Cláusula Segunda.- Valor a Transar: En desarrollo de la Transacción convenida en cláusula precedente, EMCALI EICE ESP reconocerá y pagará a ETB la suma de: OCHO MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SEIS PESOS MCTE (\$8.228.846.006), devolución del período comprendido entre el 21 de febrero de 2003 al 31 de diciembre de 2005, incluyendo el IVA y el timbre.

La suma anterior se calculó aplicando la fórmula del presente Convenio, y tomando en cuenta las siguientes reglas especiales: (i) Una remuneración básica por el número de enlaces E1 que debieron integrar la interconexión, de acuerdo con la fórmula definida en este convenio. Dicho número de enlaces E1 se calculó tomando el cociente entre el promedio de minutos mensuales del año inmediatamente anterior, y el número de minutos definido como tope (363.500 minutos por E1). Este número de E1s se remuneró con el precio de la Opción de Capacidad establecido para el grupo de empresas a las que pertenece EMCALI, en la resolución CRT 087 de 1997, modificada en este aspecto por las distinguidas con los números CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002, compilada y remunerada por la Resolución CRT 575 también de 2002. Con excepción del número de E1 calculados para el año 2003 situación que tuvo en cuentas el tráfico cursado. (ii) Una remuneración adicional que considera una utilización eficiente de los enlaces y toma como referencia el rango de minutos definido en el literal anterior, así como el precio de la opción por usos o minutos cursados dispuesta para el mismo grupo por la referida Resolución 087 de 1997, con sus modificaciones (...)

*Cláusula Cuarta.- Modificaciones al Contrato de Interconexión. Las partes acuerdan modificar algunas estipulaciones del contrato de interconexión celebrado el 21 de octubre de 1998, cuyo texto quedará del siguiente tenor literal: El numeral 2 del anexo No. 2 Aspectos Comerciales y Financieros, denominados cargos de acceso: “Por concepto de los cargos de acceso que se causen en razón del tráfico que se curse a partir del 1 de enero de 2006, ETB pagará a EMCALI el valor del cargo de acceso que remunera la utilización de su red local extendida, según sea el caso, en sentido entrante o saliente, por cada minuto real por minuto de cada llamada completada, mediante un sistema mixto que combina tanto el de capacidad como el de uso o minutos cursados (...) 2.1. **Sistema de capacidad:** Todos los enlaces E1 que funciones en la interconexión se remunerarán con una suma igual a la tarifa por E1 establecida en la opción de capacidad correspondiente al grupo de empresas en que se encuentra clasificada EMCALI por la Resolución CRT 087 de 1997, tomando en cuenta sus actualizaciones y modificaciones, hasta que por cada enlace se haya cursado un número de minutos igual al cociente entre el valor de la referida tarifa por E1 y el correspondiente a la tarifa por minuto establecida en la misma resolución para la opción de uso o de minutos cursados, también para el grupo de empresas ya señalado. Cada vez que se modifiquen las tarifas de cualquiera de estas dos (2) opciones se calculará y aplicará el nuevo cociente sin necesidad de acuerdo adicional alguno. 2.2. **Sistema de Uso o Minutos Cursados:** Los minutos cursados por cada E1, que excedan el cociente señalado en el numeral anterior, se remunerarán a una tarifa equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la fijada en la opción de uso o minutos cursados, también para el grupo de empresas en que se encuentra clasificada EMCALI, de la Resolución CRT 087 de 1997, tomando en cuenta sus actualizaciones y modificaciones, y hasta un tope máximo de trescientos sesenta y tres mil quinientos (363.500) minutos. Los minutos que superan dicho tope no estarán sujetos a remuneración alguna. B) PARÁGRADO TERCERO de la cláusula SÉPTIMA del contrato: “Salvo lo señalado en relación con las actualizaciones o modificaciones de tarifas a que*

se refiere el numeral 2 anterior, la aplicación de leyes, decretos o disposiciones de la autoridad competente, que sean de obligatorio cumplimiento en las relaciones que regula este contrato, y que comporten modificaciones o ajustes en sus estipulaciones o en las de sus anexos, serán incorporadas al contrato mediante un acta de modificación bilateral que se suscribirá dentro los treinta (30) días calendario siguientes a la vigencia de la disposición, y serán aplicables a partir de la fecha que para el efecto determine la autoridad que la profirió. El esquema de remuneración de cargos de acceso en particular descrito en los numerales 2.1. y 2.2. del numeral segundo del anexo 2 aspectos comerciales y financieros, regirá hasta tanto la autoridad competente dicte nuevas disposiciones que hagan inaplicable el mismo, por eliminación de al menos una de las dos opciones de remuneración de cargos de acceso vigentes a la fecha de suscripción del presente convenio, es decir, minutos o capacidad, en dicho evento las partes introducirán las modificaciones que sean pertinentes. El esquema o las tarifas que replacen al sistema mixto que quedó inaplicable entrarán en vigencia a partir de la fecha que haya sido dispuesta por el órgano regulador (...)

Cláusula Quinta. Fuerza Vinculante del Contrato de Interconexión: Las modificaciones introducidas mediante el presente documento forman parte integral del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre las partes el día 21 de octubre de 1998 y tienen fuerza vinculante para las partes. Las demás cláusulas del contrato continúan vigentes²⁶

7.7.9. El 20 de junio de 2007, entre EMCALI EICE ESP y LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB se pactó un Otrosí al Convenio de Modificación y Transacción del Contrato para regular el acceso, uso e interconexión entre sus redes, modificando las cláusulas segunda y tercera. En cuanto a la cláusula segunda, esta quedó así:

“CLÁUSULA SEGUNDA – Valor a transar: En desarrollo de la transacción acordada en el presente convenio, EMCALI EICE ESP reconocerá y pagará a ETB la suma de: SIETE MIL CUARENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$7.048.281.247,00), por concepto de devolución de cargos de acceso, que corresponde al periodo comprendido entre el 21 de febrero de 2003 al 31 de diciembre de 2005 y la suma de: MIL CIENTO OCHENTA MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS MCTE (\$1.189.583.759,00) por concepto de impuestos de IVA y Timbre.

A suma por concepto de cargos de acceso se calculó aplicando la fórmula del presente Convenio, y tomando en cuenta las siguientes reglas especiales: (i) Una remuneración básica por el número de enlaces E1 que debieron integrar la interconexión, de acuerdo con la fórmula definida en este convenio. Dicho número de enlaces E1 se calculó tomando el cociente entre el promedio de minutos mensuales del año inmediatamente anterior y el número de minutos definido como tope (363.500 minutos por E1). Este número de E1s se remuneró con el precio de la opción de capacidad establecido para el grupo de empresas a las que pertenece EMCALI, en la Resolución CRT 087 de 1998, modificada en este aspecto por las distinguidas con los números CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002, compilada y remunerada por la Resolución CRT 575 también de 2002. Con excepción del número de E1 calculados para el año 2003 situación que tuvo en cuenta el tráfico cursado, (ii) Una remuneración adicional que considera una utilización eficiente de los enlaces y toma como referencia el rango de minutos definido en el literal anterior, así como el precio de la opción por uso o minutos

²⁶ Fls. 116 a 127, cuaderno 1 principal

*cursados dispuesta para el mismo grupo por la referida Resolución 087 de 1997, con sus modificaciones*²⁷.

7.7.10. A través de la Resolución 1763 de 5 de diciembre de 2017, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones estableció lo siguiente frente a los cargos de acceso a redes de TPBCL²⁸:

ARTÍCULO 2. CARGOS DE ACCESO A REDES DE TPBCL. A partir de la entrada en vigencia de la presente resolución, todos los operadores de TPBCL entrantes o establecidos, deberán ofrecer por lo menos las siguientes dos opciones de cargos de acceso para remunerar la interconexión:

Tabla 1. Cargos de acceso máximos por uso a redes de TPBCL ⁽¹⁾

Redes de TPBCL (2)	Grupo de operadores	A partir de la vigencia de la presente resolución
	Uno	\$ 24,27
	Dos	\$ 34,70

⁽¹⁾ Expresado en pesos constantes de 30 de junio de 2007. La actualización de los pesos constantes a pesos corrientes se realizará, a partir del 01 de enero de 2009, conforme al Anexo 01 de la presente resolución. Corresponde al valor de los cargos de acceso que los operadores de TPBCL reciben de los operadores de otros servicios cuando estos hacen uso de sus redes, tanto en sentido entrante como saliente.

⁽²⁾ En el Anexo 02 de la presente resolución se definen los operadores de TPBCL que conforman cada uno de los grupos aquí señalados. Los valores que contempla esta opción corresponden a la remuneración por minuto real.

Tabla 2. Cargos de acceso máximos por capacidad a redes de TPBCL ⁽¹⁾

Redes de TPBCL (2)	Grupo de operadores	A partir de la vigencia de la presente resolución
	Uno	\$ 7.383.345
	Dos	\$ 8.733.451

⁽¹⁾ Expresado en pesos constantes de 30 de junio de 2007. La actualización de los pesos constantes a pesos corrientes se realizará, a partir del 01 de enero de 2009, conforme al Anexo 01 de la presente resolución. Los valores que contempla esta opción prevén el arrendamiento mensual por E1 de interconexión de 2.048 kbps/mes o su equivalente.

⁽²⁾ En el Anexo 02 de la presente resolución se definen los operadores de TPBCL que conforman cada uno de los grupos aquí señalados.

PARÁGRAFO 1. Los operadores de TPBCLD, TMC, PCS y Trunking podrán elegir libremente, para cada una de las interconexiones, entre las opciones de cargos de acceso a las que hace referencia el presente artículo. La respectiva interconexión será remunerada bajo la opción de cargos de acceso escogida, a partir de la fecha en la que se le informe al operador de TPBCL sobre su elección.

En caso que se presente un conflicto, el operador de TPBCL debe suministrar de inmediato la interconexión a los valores que se encuentran en la tabla correspondiente a la opción de cargos de acceso elegida, mientras se logra un acuerdo de las partes, o la CRT define los puntos de diferencia.

PARÁGRAFO 2. En todo caso, los operadores de TPBCLD, TMC, PCS y Trunking podrán exigir la opción de cargos de acceso por capacidad, caso en el cual, el operador de TPBCL podrá requerir un período de permanencia mínima, que sólo podrá extenderse el tiempo necesario para recuperar la inversión que se haya efectuado para adecuar la interconexión. Dicho período de permanencia mínima en ningún caso podrá ser superior a 1 año.

PARÁGRAFO 3. Cuando en un mismo mercado concurren dos o más prestadores de servicios de TPBCL, todos los operadores deberán aplicar el cargo de acceso del grupo definido en el Anexo 02 del presente acto administrativo, al cual pertenece el operador establecido que tenga la mayor participación en dicho mercado, en términos de líneas en servicio.

PARAGRAFO 4. Los valores a que hace alusión la presente resolución no podrán tener ningún efecto en el esquema de subsidios y contribuciones, previsto en la normatividad.

²⁷ Fls. 129 y 130, cuaderno 1 principal.

²⁸ Fls. 27 a 42, cuaderno 3.

7.7.11. El 8 de agosto de 2008, el Vicepresidente de Regulación, Calidad y Negocios con Operadores de la ETB, comunicó a la Representante Legal de EMCALI, que de conformidad con lo establecido en la Resolución CRT 1763 de 5 de diciembre de 2007, la ETB como operador del servicio TPBCLD había optado por la modalidad de capacidad para la remuneración de la relación de interconexión, con aplicación desde el 15 de agosto de 2008, por lo cual solicitaba la relación de un Comité Mixto de Interconexión el 14 de agosto de 2008²⁹.

7.7.12. Obra acta de CMI celebrada entre ETB y EMCALI de 20 de agosto de 2008, en la que se consignó lo siguiente:

“ETB menciona que el cambio de la modalidad se ha hecho con base en la regulación vigente, para su aplicación desde la fecha de envío de la solicitud y el ajuste se considera procedente realizarlo a través de la presente acta de comité mixto de interconexión.

EMCALI considera que debido a que en la actualidad tanto el esquema de remuneración de cargos de acceso como el dimensionamiento de la interconexión se realiza de acuerdo a lo dispuesto en el otrosí “CONVENIO DE MODIFICACIÓN Y TRANSACCIÓN DEL CONTRATO ENTRE EMCALI EICE Y ESP Y LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ - ETB” suscrito entre las partes, consultará a su área jurídica la forma legal como se podría incluir en el contrato de interconexión el cambio en la modalidad de remuneración de cargos de acceso solicitada por ETB y se compromete a dar respuesta el 28 de agosto de 2008.

ETB aclara que en diciembre de 2007 comunicó a EMCALI la decisión de acogerse a la opción de uso (minuto) opción que ha decidido cambiar al esquema de capacidad de acuerdo a lo previsto en la Resolución 1763.

EMCALI no ha analizado las cifras de tráfico con el objeto de hacer la depuración del dimensionamiento y ajuste de los enlaces de acuerdo a la metodología de dimensionamiento establecida en la regulación y por lo tanto se compromete a revisar las cifras enviadas por ETB en su comunicado del 8 de agosto y enviará respuesta el 28 de agosto de 2008”³⁰

7.7.13. Mediante Sentencia de 21 de agosto de 2008, la Sección Primera del Consejo de Estado declaró la nulidad de la expresión “a partir del primero de enero de 2002”, contenida en el artículo 2, numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 de la **Resolución CRT 489 de 12 de abril de 2002**, y de la expresión “o acogerse, en su totalidad a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2. 19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones”, contenida en el artículo 9. Entre las consideraciones de la decisión, la Corporación señaló:

“Para la Sala, contrario a lo expresado por la empresa ORBITEL S.A. E.S.P., resulta contradictorio que el artículo 2º de la Resolución 489, contenido de los numerales acusados, esté refiriéndose al título IV de la Resolución 087 de 1997, para disponer obligaciones a los operadores telefónicos, con retroactividad al primero de enero de 2002, siendo que el 4 de enero de 2002 se expidió la Resolución 469, cuyo artículo 3º transcrito derogó expresamente EL TÍTULO IV

²⁹ Fl. 43, cuaderno 3.

³⁰ Fls. 40 a 42, cuaderno 3.

DE LA RESOLUCIÓN 087 DE 1997, título éste que, a su vez, había sido modificado y adicionado por la Resolución 463.

Ahora, si bien es cierto que la Circular 40 de 2002, expedida por la CRT explica las razones por las cuales no puede predicarse la derogatoria, a pesar de lo expresado en el texto que la contiene, tal acto no tiene la capacidad jurídica suficiente de revivir las disposiciones expresamente derogadas y menos aún sobre la base de una compilación de normas, pues este fenómeno solo puede darse frente a normas vigentes.

En lo que respecta al artículo 9º de la Resolución núm. 489, también acusado, cabe tener en cuenta lo siguiente:

Prevé el citado artículo:

“Los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución 463 de 2001 o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones”.

Teniendo en cuenta que, como ya se dijo, la expresión “a partir del primero de enero de 2002”, contenida en los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8. del artículo 2º de la Resolución 489, no está llamada a producir efectos, pues los mismos fueron regulados por la Resolución 463 de 2001, derogada en lo que a dicho título se refiere por la Resolución 469, artículo 3º, necesariamente la nulidad de tal expresión incide en el artículo 9º, también acusado, particularmente, en el aparte que dispone “o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones”, pues, precisamente, respecto de estas condiciones es que la CRT pretende hacer producir efectos desde “el primero de enero de 2002”, no obstante el referido numeral fue adicionado mediante la Resolución 463, que conforme al artículo 3º de la Resolución 469, debe entenderse derogada, ya que su objeto recae sobre el título IV de la Resolución 087, expresamente derogado. En consecuencia, el párrafo del artículo 9º relativo a que “Los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución 463 de 2001, se entiende ajustado a la legalidad, pues el mismo se sustrae de los alcances de la citada Resolución 463, cuyos numerales adicionados, que fueron compilados por la Resolución 489 acusados, no podían producir efectos, por las razones antes anotadas.

No así el párrafo siguiente relativo a la opción de: “o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones”, pues, como ya se dijo, en el mismo tiene incidencia directa el numeral 4.2.2.19 de la resolución CRT 087 de 1997, el cual no está llamado a producir efectos, como se dejó establecido precedentemente”³¹.

7.7.14. Mediante auto de 29 de enero de 2009, la Sección Primera del Consejo de Estado negó la solicitud de aclaración de la Sentencia de 21 de agosto de 2008, con fundamento en lo siguiente:

“Concretamente los actores solicitaron la nulidad integral del artículo 9 de la Resolución 489 de 24 de abril a través de la cual se brinda la opción a algunos operadores de mantener vigentes los contratos de interconexión que hayan celebrado o acogerse en su totalidad a las condiciones previstas en dicha Resolución.

³¹ Fls. 44 a 77, cuaderno 1 principal

Y al fijar el alcance de la violación, sostuvieron que el numeral 4.2.2.19 del artículo 1 de la Resolución 463 de 29 de diciembre de 2001 fue expresamente derogado por los artículos 2 y 3 de la Resolución 469 de 12 de enero de 2001, de manera que no puede ser objeto de compilación en la Resolución 489.

Que el motivo determinante para la expedición de la Resolución 489 es revivir con efectos retroactivos una norma anterior que había sido expresamente derogada y adicionalmente modificarla también con efectos anteriores a la norma que la modifica.

Igualmente se destaca en la demanda que el objetivo compilatorio de la Resolución CRT 489 está viciado de nulidad, porque revivió por vía de la compilación normas contenidas en la Resolución 463 que se encontraban derogadas expresamente por la Resolución 469; agregó textos nuevos a las que supuestamente compilaba y se encontraban expresamente derogadas.

*De lo anterior colige la Sala que, de una parte, como quedó visto, en la demanda sí se cuestiona la compilación de normas derogadas que se hace en la Resolución 489; y, de la otra, los vicios encontrados en las normas demandadas no se refieren exclusivamente a la retroactividad de las mismas, **sino que en la sentencia se deja claro que los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 del artículo 2 de la Resolución 489, no están llamados a producir efectos, pues fueron regulados por la Resolución 463 de 2001, derogada en lo que a dicho título se refiere por la Resolución 469, artículo 3,** y necesariamente la nulidad de tal expresión incide en el artículo 9, también acusado, particularmente, en el aparte que dispone “o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones”, pues, precisamente, respecto de estas condiciones es que la CRT pretende hacer producir efectos desde “el primero de enero de 2002”, no obstante el referido adicional fue adicionado mediante la Resolución 463, que conforme al artículo 3 de la Resolución 469, debe entenderse derogada, ya que su objeto recae sobre el título IV de la Resolución 087, expresamente derogado.*

En consecuencia, no se dan los presupuestos que reclama el artículo 309 del C. de P.C., para que proceda la aclaración de la sentencia, pues ésta guarda consonancia con las pretensiones de la demanda y el concepto de la violación, violación que al haber sido demostrado es congruente con lo dispuesto en la parte resolutive de aquella”³²

7.7.15. En el proceso, rindió declaración la señora María Helena Martínez Zamora, de la que se resalta lo siguiente

“CONTESTADO: En la compañía la gerencia de defensa jurídica me puso al tanto de la demanda que presentó el operador EMCALI en la medida que el área bajo mi dirección que es la Dirección de Negocios con Operadores se encarga de la negociación, gestión y control de los contratos de interconexión suscritos con los diferentes operadores nacionales entre ellos el operador EMCALI y tengo entendido que el operador EMCALI solicita la remuneración de la RED en la modalidad acordada en el contrato inicial desconociendo la suscripción del acuerdo de transacción firmado entre las partes (...) PREGUNTADO: ¿Respecto a la interconexión a la que se refiere la pregunta inmediatamente anterior, por favor informe al Despacho cómo se ha remunerado por parte de ETB a EMCALI los cargos de acceso desde el año 2002 a la fecha? CONTESTADO: No recuerdo con exactitud los períodos y la metodología de remuneración por lo que solicitó al Despacho tenga en cuenta un cuadro resumen que se soporta en las conciliaciones y demás pruebas documentales (Anexo 1 folio copia simple), sin

³² Fls. 79 a 87, cuaderno 1 principal

embargo me permito complementar que desde febrero del 2011 a la fecha, la metodología de remuneración es capacidad de la Resolución CRC 1763 del 2007. PREGUNTADO: ¿Por favor infórmele el Despacho que conocimiento tiene usted respecto de la suscripción de un acuerdo de transacción entre EMCALI y ETB que afectaba el esquema de remuneración de la interconexión entre estos dos proveedores? CONTESTADO: Como lo mencioné anteriormente con la expedición de la Resolución 463 del 2001, y algunos inconvenientes que tenía esta resolución sobre la vigencia, se generaron múltiples conflictos entre diferentes proveedores uno de ellos EMCALI Y ETB como operador de larga distancia en el cual el conflicto se generaba porque cada parte tenía un interés diferente. EMCALI quería seguir remunerando su red en la modalidad de capacidad establecida en la resolución 463, por lo anterior esta divergencia fue solucionada por el regulador en el año 2003 y le dijo a los señores de EMCALI que la metodología de remuneración era capacidad, o sea les dio la razón a ETB, pese a lo anterior EMCALI no cumplió con lo establecido por el ente regulador y ETB pues prácticamente le toco seguir remunerando la RED de EMCALI en la modalidad de minutos, pasados varios años esto es el 2007, las partes acordaron firmar un acuerdo de transacción el cual establecía una metodología de remuneración diferente a las preestablecidas por el regulador en la resolución 463. Esta metodología es conocida como rampa o mejor práctica que en conclusión mezcla la metodología de capacidad con la metodología de uso. O sea incluye los intereses de la dos partes, la metodología uso que quería EMCALI y la metodología de capacidad que había elegido ETB a través de un acuerdo de pago los cuales finalizaron en el año 2014 (...) PREGUNTADO: ¿Podría explicarle al Despacho en qué consiste la llamada opción mixta, mejor práctica o rampa, como remuneración de cargos de acceso? CONTESTADO: Esta opción de remuneración en una opción diferente a las previstas en la resolución CRT 463 de 2001, en la medida que combina las dos opciones de remuneración establecidas por el regulador en la resolución 463 de 2001 las cuales son, modalidad de remuneración de capacidad y uso. La opción de mejor práctica consiste en que se establece un tope máximo de minutos por E1, para el caso de EMCALI ese tope si mal no recuerdo debe estar en los 363.000 minutos por E1, los minutos cursados que sobrepasen este límite de minutos serán remunerados por ETB al 50% del valor a cargo de acceso establecido en la resolución 463 (...) CONTESTADO: Sí en efecto, EMCALI y ETB suscribieron otro sí en junio de 2007 en el cual se aclara la manera como EMCALI devolverá los dineros que le adeuda y modifica el esquema de remuneración hacia el futuro estableciendo la mejor práctica desde enero del 2006 hasta diciembre de 2007 fecha en la cual ETB solicitó la metodología de remuneración por uso de la resolución 1763 de 2007 (Anexo 1 folio en copia simple que contiene la solicitud de ETB a EMCALI acogiendo la resolución 1763 de 2007 en la modalidad de uso)³³

7.7.16. La testigo María Helena Martínez Zamora aportó los siguientes documentos:

- Comunicación de 14 de diciembre de 2007 del Vicepresidente de Regulación, Calidad y Negocios con Operadores de la ETB, dirigida al Representante Legal de EMCALI, informándole que de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución CRT 1763 de 5 de diciembre de 2007, la ETB había elegido la opción de minuto real, la cual tendría aplicación desde el 13 de diciembre de 2007³⁴.

³³ Fls. 909 a 913, c. 2 principal.

³⁴ Fl. 914, c. 2 principal.

- Cuadro de resumen de remuneración de cargos de acceso, entre la ETB y EMCALI³⁵:

AÑO	REMUNERACIÓN CARGOS DE ACCESO	OBSERVACIÓN
01 de enero de 2002 a 20 de febrero de 2003	MINUTOS RES CRC 087 DE 1997	No se incluyó el 2002 en el Acuerdo de Transacción
21 de febrero de 2003 a 31 de diciembre de 2005	MINUTOS RES CRC 087 DE 1997	Se incluyó en el Acuerdo de Transacción por valor \$7.048.261.247
1 de enero de 2006 a 6 de diciembre de 2007	MEJOR PRÁCTICA	Cálculo mixto minutos y capacidad establecido acuerdo de transacción
7 al 13 de diciembre de 2007	Capacidad Res. CRC 1763 de 2007	Resolución CRC 1763 de 2007
14 de diciembre de 2007 al 30 de agosto de 2008	Minutos Res. CRC 1763 de 2007	Resolución CRC 1763 de 2007
1 de septiembre de 2008 a 4 de febrero de 2011	Capacidad Res. CRC 1763 de 2007	Resolución CRC 1763 de 2007

7.7.17. En el proceso se recibió la Declaración de Gloria del Pilar Narváez Troya, quien señaló:

“CONTESTADO: Soy conciliadora financiera de la ETB y tengo a mi cargo dentro de los operadores que están a mi cargo el operador EMCALI. El área de asesoría jurídica de ETB nos dio a conocer sobre la demanda presentada por EMCALI sobre la remuneración de los cargos de acceso de febrero del 2003 a diciembre del 2005 que fueron remuneradas inicialmente de acuerdo al contrato y después estos estuvieron inmersos en el acuerdo de transacción firmado entre las partes. (...) PREGUNTADO ¿Respecto a esta interconexión por favor informe al Despacho como se ha conciliado financieramente por parte de ETB a EMCALI los cargos de acceso desde el año 2002 a la fecha? CONTESTADO: Como lapso del tiempo preguntado es largo quiero anexar un cuadro donde se detalla periódicamente cómo se remuneraron los cargos de acceso a EMCALI por parte de ETB (...) CONTESTADO (...) El acuerdo de transacción incluye los cargos de acceso del 21 de febrero del 2003 al 31 de diciembre de 2005. Posteriormente al acuerdo transacción el cual modificó el contrato de interconexión se siguió remunerando la red de EMCALI con la modalidad de mejor práctica en las conciliaciones corrientes realizadas entre las partes, EMCALI en el mes de julio de 2014 solicitó a ETB la expedición del paz y salvo por la 19 cuotas semestrales e intereses cancelados en su totalidad a ETB del acuerdo de transacción (Anexo 87 folios en copia simple de las cartas enviadas por EMCALI sobre las cuotas del acuerdo de transacción e intereses y la liquidación de los intereses, las respuestas de ETB sobre los requerimientos de actualización de datos y el envío de las cuentas de cobro, solicitud de PAZ y Salvo por parte de EMCALI el envío de la carta remisoria con el paz y salvo por parte de ETB a EMCALI) (...) PREGUNTADO: ¿Por favor infórmele al Despacho si EMCALI en el proceso de conciliación financiera ha dejado anotaciones o ha hecho manifestaciones relacionadas con su desacuerdo con el esquema de remuneración de cargos de acceso conciliado? CONTESTADO: No, ninguna”³⁶

La testigo aportó copias de comunicaciones entre representantes de la ETB y EMCALI sobre el convenio para regular el acceso, uso e interconexión entre sus

³⁵ Fl. 915, c. 2 principal.

³⁶ Fls. 916 a 919, cuaderno 2 principal.

redes, entre los cuales se encuentran el paz y salvo de la obligación relacionada con el Convenio de Ajuste Financiero Operativo y Laboral para la Reestructuración de Acreencias; facturas, cuentas de cobro y, en general, documentos financieros de la relación de interconexión entre las partes³⁷.

7.7.18. Obra certificación de la Empresa Deloitte & Touche Ltda., en calidad de revisor fiscal principal de la ETB, sobre el valor cancelado por concepto de cargos de acceso entre el 2002 y el 2017 y los pagos realizados por el acuerdo de transacción entre la ETB y EMCALI. Al documento se acompaña un CD con las actas de conciliación mensuales entre las partes.

7.7.19. La apoderada de la parte demandante presentó tabla de liquidación de los cargos de acceso pagados por la ETB, conforme al cual el valor de la diferencia de lo que dejó de recibir **entre febrero de 2003 y abril de 2010** es de 25.403.856.021 por capital, y \$21.100.594.682 por intereses, para un total de \$46.504.450.703³⁸.

7.8. Caso concreto: No se encuentra probado el daño antijurídico por el cual se exige la reparación.

EMCALI formuló demanda de reparación directa en contra de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, el Ministerio de Tecnología de la Información y Telecomunicaciones y la ETB, porque considera que sufrió un daño antijurídico con la expedición de la Resolución CRT – 489 de 2002 en materia de la regulación de un esquema alternativo en las modalidades de cargos de acceso de los contratos de interconexión, en la medida que el acto administrativo general fue parcialmente anulado por el Consejo de Estado.

Consideró que el daño antijurídico sufrido está representado en los menores valores recibidos del contrato de interconexión celebrado con la ETB, porque en el contrato de interconexión habían pactado la remuneración a través de la modalidad de uso (minutos), pero con ocasión de lo dispuesto en la Resolución CRT – 489 de 2002, se otorgó a la ETB la posibilidad de optar por la modalidad de cargos de acceso por capacidad, lo cual determinó la variación de las condiciones inicialmente pactadas y, por lo tanto, un beneficio para dicho operador, con el consecuencial desmedro económico de EMCALI.

Dirigió la imputación en contra de la Comisión de Regulación de Comunicaciones porque expidió los actos administrativos generales regulatorio de las modalidades de cargos de acceso en los contratos de interconexión, así como los actos particulares en contexto de la controversia surgida en cuanto a la forma en que debían liquidarse dichos cargos. En lo relativo al Ministerio de Tecnología de la Información y Telecomunicaciones, la imputación estuvo fundamentada en su relación con la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en calidad de Unidad Administrativa Especial sin personería jurídica. Frente a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, su vinculación estuvo motivada en lo que

³⁷ Fls. 920 a 1006, cuaderno 2 principal.

³⁸ Cuaderno 1 principal, fls. 3A a 1.

consideró un enriquecimiento sin justa causa, en tanto la liquidación de los cargos de acceso en la modalidad de capacidad se tradujo en un beneficio a su favor, correlativo al empobrecimiento que presenta como resultado dañoso.

Las partes demandadas, entre otros aspectos, cuestionaron la existencia de un daño antijurídico, puesto que consideraron que EMCALI siempre mantuvo la posibilidad de acordar la modalidad de cargos de acceso por uso (minutos) con arreglo a lo pactado inicialmente en el contrato de interconexión, y que en todo caso mediaba un contrato de transacción entre las partes en el que pactaron la forma en que se liquidarían los cargos de acceso, al margen de las decisiones judiciales que pudieran expedirse respecto de la nulidad de los actos administrativos generales expedidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, y obviando lo dispuesto en los actos particulares también expedidos por dicha Comisión.

Con el fin de probar la existencia del daño, la parte demandante aportó una liquidación **entre febrero de 2003 y abril de 2010**, en la que calcula lo que hubiera recibido por el contrato de interconexión celebrado con la ETB, de mantenerse la modalidad de cargos de acceso por uso (minutos), de modo que la diferencia entre este resultado y lo realmente obtenido es presentado como detrimento económico por el cual exige la indemnización.

De este modo, en atención a que el estudio de la acción de reparación directa se contrae a establecer si la anulación del acto administrativo general, Resolución CRT 489 de 2002 revela la antijuridicidad del daño reclamado, la Sala destaca que en este caso la parte demandante atribuye a sus efectos el cambio en la modalidad de liquidación de cargos de acceso en el contrato de interconexión celebrado con la ETB, por lo cual resulta relevante esquematizar lo sucedido al respecto de las condiciones del contrato frente a dicho cobro, confrontado con los actos administrativos generales regulatorios expedidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones:

LO PROBADO EN TORNO AL CONTRATO DE INTERCONEXIÓN ENTRE EMCALI Y LA ETB	ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES EXPEDIDOS POR LA CRC –ANTES CRT- EN RELACIÓN CON LOS CARGOS DE ACCESO DE LOS CONTRATOS DE INTERCONEXIÓN
Contrato de interconexión celebrado entre las partes el 21 de octubre de 1997. EMCALI y la ETB pactaron el valor de los cargos de acceso conforme a la regulación vigente y acordaron el cobro por minutos.	Resolución CRT 087 de 5 de septiembre de 1997, en el Título IV, artículo 4.2.2.19 establecía un régimen de libertad contractual.
Controversia entre la ETB y EMCALI sobre la modalidad aplicable para la liquidación de los cargos de acceso de la relación de interconexión.	Resolución CRT 463 de 2001, modificó el artículo 4.2.19 y señaló que a partir del 1° de enero de 2002, los operadores telefónicos debían ofrecer a los operadores que requirieran la interconexión las alternativas de cobro de los cargos de acceso por minutos o capacidad.
	Resolución CRT 469 de 4 de enero de 2002, en el artículo 3 derogó el Título IV de la Resolución CRT/97 y consagra el régimen de libertad contractual frente al cobro de los cargos de acceso en los contratos de interconexión.

<p>La ETB informó al representante legal de EMCALI la decisión de acogerse a la modalidad de cargos de acceso por capacidad, mediante comunicación del 22 de mayo de 2002.</p> <p>La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió los actos administrativos particulares Resoluciones CRT 807 de 26 de agosto de 2003 y 885 de 4 de noviembre de 2003, en las que señaló que la remuneración debía hacerse a través de la modalidad de <i>Cargos de acceso máximo por capacidad</i>.</p> <p>La ETB y EMCALI celebraron un contrato de transacción sobre la forma de liquidación de los cargos de acceso y uso para el período comprendido entre el 21 de febrero de 2003 y al 31 de diciembre de 2005. A su vez, acordaron que desde el 1 de enero de 2006, ETB pagaría a EMCALI el valor del cargo de acceso que remuneraba la utilización de su red local extendida, según fuera el caso, en sentido entrante o saliente, por cada minuto real por minuto de cada llamada completada, mediante un sistema mixto que combinaba tanto el de capacidad como el de uso o minutos cursados.</p> <p>El 20 de junio de 2007, entre EMCALI EICE ESP y LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB se pactó un Otrosí al Convenio de Modificación y Transacción del Contrato para regular el acceso, uso e interconexión entre sus redes.</p>	<p>Resolución CRT 489 de 12 de abril de 2002, compiló el artículo 4.2.19 de Res. 087, modificado por la Res. CRT 463, relativo a las alternativas de cobro de los cargos de acceso por minuto o por capacidad. En el artículo 9 establece que los operadores que así lo desearan, podían mantener las condiciones y valores existentes antes de la publicación de la Resolución CRT 463 de 2001, o acogerse a las condiciones del artículo 4.2.19 de la Res. 087 de 1997, modificado por la Res. CRT 463.</p> <p>Resolución 469 de 4 de enero de 2002 derogó el Título IV de la Resolución 087 de 1997, establece el régimen de libertad de negociación contractual en la remuneración de los contratos de interconexión.</p>
	<p>El 21 de agosto de 2008, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la expresión “<i>a partir del primero de enero de 2002</i>”, contenida en el artículo 2, numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 de la Resolución CRT 489 de 12 de abril de 2002, y de la expresión “<i>o acogerse, en su totalidad a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones</i>”, contenida en el artículo 9.</p>
<p>Continúa el contrato de interconexión entre la ETB y EMCALI, manifestaciones de la ETB en torno a la escogencia de la modalidad de cobro de cargos de acceso, con fundamento en la Resolución 1763 de 2007</p>	<p>Resolución 1763 de 5 de diciembre de 2007, alternativas de remuneración de la interconexión de cargos de acceso máximo por uso o por capacidad.</p>

El primer punto de quiebre con lo pretendido por la parte demandante es que no podría señalarse que la anulación posterior de la Resolución CRT- 489 de 2002 revelaba que EMCALI no estaba en la obligación de soportar la aminoración de los ingresos por cargos de acceso en el contrato de interconexión, porque la razón de esta decisión no fue propiamente la consagración del esquema alternativo que debía ofrecerse al operador que demandaba la interconexión, incluyendo la modalidad de capacidad, sino la vulneración del principio de irretroactividad de la ley.

Expresamente, la Sección Primera del Consejo de Estado señaló que el aparte del artículo 9, referido a que “*los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen*

podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución 463 de 2001” estaba ajustado a la legalidad, tal como fue planteado por la defensa de las demandadas, y esta disposición colocaba de presente que en todo caso podían mantenerse las condiciones pactadas inicialmente para la relación de interconexión.

De igual manera, para la Sala es notable que a través de un contrato de transacción EMCALI y la ETB pactaron los cargos de acceso a redes entre el 21 de febrero de 2003 y 31 de diciembre de 2005 y la forma en que se remuneraría posteriormente; de manera que el detrimento patrimonial tasado por la parte demandante a partir de febrero de 2003, considerando que desde esa fecha dejó de recibir el pago de los cargos de acceso en la modalidad de uso (minutos), por los efectos de la Resolución CRT- 489 de 2002, está incluido en este arreglo contractual.

A su vez, según lo expuesto por los testigos y los soportes de su dicho, así como de la valoración de la liquidación presentada por la parte demandante y los documentos financieros del contrato, se advierte que el periodo anterior al del contrato de transacción fue liquidado conforme a la modalidad pactada en el contrato de uso (minutos). Posteriormente, se generó una disputa entre las partes del contrato de interconexión por lo previsto en la Resolución CRT – 463 de 2001, luego incluido en la Resolución CRT – 489 DE 2002, debido a que estos actos señalaban que debía brindarse a los operadores por lo menos dos alternativas para el cobro de los cargos de acceso, modalidad o uso, y la ETB manifestaba que optaba por la modalidad de capacidad, distinta a la establecida inicialmente en el contrato.

Sin embargo, la Sala no advierte que las condiciones de liquidación de los cargos de acceso del contrato de interconexión estuvieran marcadas por los efectos de las Resoluciones CRT – 463 de 2001 y 489 de 2002, ni mucho menos por los actos particulares, Resoluciones CRT 807 y 885 de 2003, expedidos para definir la controversia entre las partes contratantes; por el contrario, las partes hicieron frente a las diferencias respecto al cobro de la remuneración a través de la celebración de negociaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad, permitidas por las regulaciones vigentes que sobre la materia había expedido la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

En este sentido, es relevante destacar lo que el Consejo de Estado señaló en una controversia relativa a un contrato de interconexión telefónica con sistema de cargo inicial por minuto y luego por capacidad, en el que se suscitaron diferencias entre las partes en relación con la modificación de los cargos de acceso, con ocasión de la entrada en vigencia de la Resolución 463 de 2001, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones:

*“Aunque en este proceso no se plantearon divergencias sobre la vigencia de la Resolución 463 de 2001 – la cual se invocó en la modificación al contrato, junto con las Resoluciones 489 y 505 de 2002,- no sobra precisar que en el sub lite **la fuerza obligatoria para la aplicación de los cargos por capacidad se deriva del acuerdo al que llegaron las partes y no estriba en la citada Resolución,***

en la medida en que dicha regulación no imponía una modalidad única para los cargos de interconexión y solo refería al derecho y a la obligación de conceder al menos dos opciones de liquidación de los cargos correspondientes³⁹

De manera que cualquier disminución de las utilidades del contrato de interconexión sería atribuible a la demandante, pues las condiciones para la liquidación de los cargos de acceso fueron pactadas en arreglos privados entre las partes contratantes, en los que expresamente se apartaron de los dictados de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, incluso renunciaron a cualquier derecho que pudieran otorgarles las decisiones judiciales sobre la legalidad de los actos administrativos generales o particulares emitidos por dicha Comisión.

Lo contrario a lo expuesto, implicaría desconocer el alcance de los contratos entre las partes, en contravía de lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, teniendo en cuenta la fuerza vinculante de los acuerdos entre EMCALI y la ETB, marcada por la aplicabilidad del derecho privado al contrato de interconexión de las empresas de servicios públicos⁴⁰; así como pretermitir el principio general de derecho que establece la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos hechos con anterioridad.

En suma, la Sala no encuentra que el daño reclamado tenga el carácter de antijurídico por haber sido causado con la emisión de un acto general posteriormente anulado, dado que el esquema de remuneración de los cargos de acceso durante la ejecución del contrato de interconexión estuvo definido inicialmente por lo pactado en el contrato de modalidad de uso (minutos) y luego con arreglo a lo transado entre las partes contratantes (modalidad mixta de minutos y capacidad) y al amparo de nuevas regulaciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones que no han sido anuladas.

De ahí, que aun aceptando que EMCALI disminuyera sus utilidades al no mantener la modalidad de cargos de acceso por uso, tal daño no sería atribuible a los efectos de la Resolución CRT 489 de 2009, pues su declaratoria de nulidad no tuvo como sustento la previsión de la modalidad de capacidad para la remuneración de los cargos de acceso y, en todo caso, las partes optaron por diseñar su propia modalidad de remuneración y a esta debían atenerse en la relación de interconexión, de modo que, si representó afectación para alguna de las partes, estaba justificada en la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, la juridicidad del daño proviene del hecho de que la parte demandante debía soportar las consecuencias del contrato de transacción, al margen de la legalidad o ilegalidad de la Resolución CRT 489 de 2002.

³⁹ Consejo De Estado, Sección Tercera, Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, Sentencia de 29 de octubre de 2018, Rad. No. 05001-23-31-000-2005-05378-01(48611).

⁴⁰ Artículo 39 de la Ley 142 de 1994.

Por ende, las discusiones alrededor de las condiciones pactadas por las partes del contrato de interconexión son propias de una controversia contractual que excede el problema jurídico de este proceso, en el que solo es procedente descartar la responsabilidad de las demandadas en lo atinente a la causación del detrimento patrimonial con ocasión del acto administrativo general posteriormente anulado.

Ahora bien, aun valorando que la transacción estuviera motivada por la confianza de las partes de que las Resoluciones 463 de 2001 y CRT – 489 de 2002 estaban vigentes y revestidas de presunción de legalidad, de manera que se entendiera que la demandante atribuye el daño a que existiendo una relación contractual con condiciones de remuneración pactadas, la nueva regulación condujo a ajustar los términos del contrato, ocasionándole pérdidas económicas de alrededor del 60% de los ingresos en la relación contractual, se llegaría a la conclusión de que no está probada la antijuridicidad del daño.

En la hipótesis planteada, la atribución del daño no se limitaría a los efectos concretos y formales de los actos generales expedidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, sino también a las condiciones creadas para el desarrollo de la relación contractual, caso en el cual sería determinante establecer si las regulaciones ejercieron tal coerción sobre la parte demandante para celebrar el contrato de transacción.

A partir de lo probado, es claro que EMCALI libremente optó por un sistema mixto de liquidación de cargos de acceso y que siempre tuvo a su alcance la posibilidad de demandar los actos administrativos particulares a través de los cuales la Comisión de Regulación de Comunicaciones definió la controversia frente a la remuneración, atenerse al resultado de las demandas de nulidad contra los actos generales que regularon el esquema alternativo para la liquidación de los cargos de acceso, incluso demandar el incumplimiento contractual por la no remuneración conforme al sistema de uso (minutos) inicialmente pactado. Por el contrario, de manera libre y voluntaria pactó un sistema de liquidación de cargos de acceso de interconexión distinto, con expresa voluntad de renunciar a cualquier incidencia de los actos administrativos particulares expedidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones y de las decisiones judiciales en torno a la legalidad de las Resoluciones CRT 463 de 2001 y 489 de 2002.

En efecto, incluso considerando a la vigencia de la Resolución CRT 489 de 2002 como una causa mediata o remota de su decisión de pactar las obligaciones en los términos de la transacción, está claro que la demandante no fue forzada a mantener la modalidad de cargos de acceso por capacidad, ni a suscribir dicho acuerdo.

Por otro lado, pese a que la parte demandante señala como causa del daño los efectos de un acto administrativo general posteriormente anulado, vincula tanto a quien lo expidió, Comisión de Regulación de Comunicaciones, al Ministerio de las TICS, en consideración de que la ésta es una Unidad adscrita a esta Cartera Ministerial y a la ETB con quien sostenía la relación contractual en contexto de la cual se produjo la pérdida económica que presenta como daño, por considerar que frente a esta Empresa se produjo un enriquecimiento sin justa causa.

Está descartada la configuración de un enriquecimiento sin justa causa de la ETB, por la existencia del contrato de interconexión, la posterior transacción sobre la modalidad de liquidación de los cargos de acceso y sus modificaciones, que denotan la presencia del origen contractual de las obligaciones y, por ende, del monto de los pagos efectuados en la relación de interconexión.

Por último, y no menos importante, aúna en la definición de la controversia el efecto futuro de la sentencia de nulidad de los apartes de la Resolución CRT 489 de 2002. Por regla general, la declaratoria de nulidad de los actos administrativos implica retrotraer las cosas al estado anterior en que se hallarían, de no haber sido expedida la norma declarada nula; sin embargo, el artículo 38 de la Ley 142 de 1994 prevé lo siguiente:

“EFECTOS DE NULIDAD SOBRE ACTOS Y CONTRATOS RELACIONADOS CON SERVICIOS PÚBLICOS. *La anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos sólo producirá efectos hacia el futuro. Si al declararse la nulidad se ordena el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, ello se hará en dinero si es necesario, para no perjudicar la prestación del servicio al público ni los actos o contratos celebrados de buena fe.”*

En atención a que el artículo 1° de la Ley 142 de 1994 establece que el servicio público de telefonía fija básica conmutada es un servicio público, la sentencia de nulidad de los apartes de la Resolución CRT 489 de 2002 tiene efectos futuros, y las disposiciones anuladas produjeron efectos, amparadas en la presunción de legalidad que las cobijaba. Esto bastaría para afirmar que las situaciones ocurridas bajo su amparo son jurídicamente válidas, y de ellas no es predicable la responsabilidad extracontractual del Estado.

En conclusión, no está demostrado el daño antijurídico, porque la liquidación de los cargos de acceso del contrato de interconexión entre EMCALI y la ETB se efectuó con arreglo a lo estipulado contractualmente en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, lo cual estaba permitido por los actos administrativo generales emitidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones y, en todo caso, la nulidad de la Resolución CRT – 489 de 2002 tuvo efectos futuros, de acuerdo con lo señalado en el artículo 38 de la Ley 142 de 1994, por lo cual no es procedente alegar la antijuridicidad de situaciones ocurridas bajo su amparo.

7.9. CONDENA EN COSTAS

No habrá lugar a condenar en costas, por cuanto de conformidad con el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, no se observa que las partes hayan actuado con temeridad o mala fe en las actuaciones procesales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “C”**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

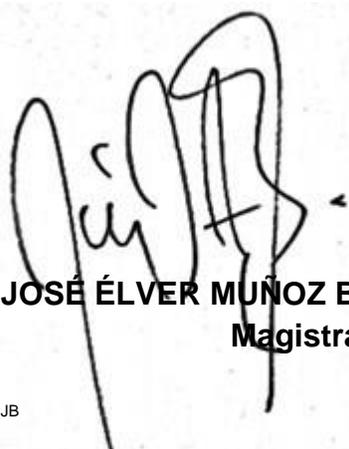
TERCERO: Por Secretaría, expídanse las copias de que trata el artículo 114 del Código General del Proceso.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente providencia, **ARCHIVAR** el expediente, previas anotaciones secretariales de rigor.

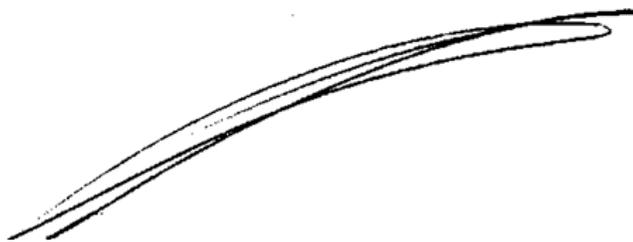
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobado en sesión de la fecha. Sala No.104)



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado



MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

JB