

TEMAS RECURRENTE ANTE TRIBUNALES ARBITRALES



TIPOS DE CONFLICTOS SOLUCIONADOS MEDIANTE LAUDOS ARBITRALES

1. Rupturas del Equilibrio contractual en las concesiones para la operación de TMC.
2. Rupturas de Equilibrio contractual en las concesiones de Canales Privados de Televisión.
3. Aplicación de los cargos de acceso definidos en la Regulación

RUPTURAS DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL EN LAS CONCESIONES PARA LA OPERACIÓN DE TMC y CANALES PRIVADOS DE TMC

ALCANCE DE LA CONTROVERSIA

¿ Son aplicables a los contratos de concesión para operar “servicios” y para operar canales privados de TV las disposiciones generales del equilibrio económico contractual cuando por causas ajenas a las partes el precio pagado por la concesión resulta excesivo?

Partes: Operadores de TMC Vs Mincomunicaciones
y Operadores de Canales Privados (RCN, CARACOL, EL TIEMPO vs CNTV)

FUNDAMENTOS DEL LOS LAUDOS EN EL CASO DE LA TMC

- Deben distinguirse dos relaciones jurídicas subyacentes en las denominadas concesiones de TMC
- **Uso del espectro.**
- **Explotación del servicio.**

- Los elementos esenciales de la concesión para explotación no son iguales a las de otras relaciones de concesión. No tienen carácter conmutativo **por lo tanto no es viable predicar situaciones de desequilibrio.**

FUNDAMENTOS DEL LOS LAUDOS EN EL CASO DE LOS CANALES PRIVADOS

- De 2000 A 2008.
- De 2009

RUPTURAS DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL EN LAS CONCESIONES PARA LA OPERACIÓN DE PCS POR ASIGNAR A LOS OPERADORES DE TMC FRECUENCIAS QUE ESTABAN DESTINADAS AL OPERADOR DE PCS

Las ventajas competitivas modificaron las condiciones de competencia y de mercado en los servicios de TMC y PCS, no sólo porque los tres (3) operadores que competían en los servicios móviles iban a enfrentarse en el mercado con diferente disponibilidad de espectro (40 Mhz los de TMC y 30 Mhz el operador de PCS), sino, fundamentalmente, porque la asignación de más espectro se hizo a dos (2) operadores de TMC que, amén de ser competidores de la convocante, gozaban de la ventaja adicional de haberse establecido en el mercado con diez (10) años de anticipación a la entrega adicional de espectro.

RUPTURA DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL EN LAS CONCESIONES PARA LA OPERACIÓN DE PCS POR ASIGNAR A LOS OPERADORES DE TMC FRECUENCIAS QUE ESTABAN DESTINADAS AL OPERADOR DE PCS

Al momento la concesión, el Ministerio entregó a los operadores de TMC igual cantidad de espectro, para garantizar la competencia en términos de igualdad efectiva.

Al entrar al mercado COLOMBIA MOVIL S.A., le otorgó más espectro que a los operadores de TMC.

Tal medida la entiende el Tribunal como una modalidad de discriminación positiva, cuya racionalidad podría ser explicada por el hecho de que había que compensar a favor del nuevo operador entrante, la ventaja resultante .

Después de la asignación de espectro adicional, la discriminación positiva pareció quedar en favor de los operadores móviles ya posicionados, los cuales no sólo pudieron acceder a una banda que no tenían (la de 1.900 Mhz), sino contar con más de 5 Mhz para competir con COLOMBIA MOVIL S.A., no obstante que éste sólo llevaba dos (2) años de operación.

Pero además de lo anterior, se alteró también en contra de COLOMBIA MOVIL S.A. la ecuación financiera o el equilibrio económico de los contratos

COMCEL VS MINCOMUNICACIONES

RECLAMACION POR DESEQUILIBRIO DERIVADO DE PERMITIR LA INTERCONEXION DIRECTA, NUMERACION Y SEÑALIZACION AL OPERADOR DE UN SISTEMA TRUNKING.

COMCEL CALIFICA LA CONDUCTA COMO EL PERMISO DE INGRESO DE UN NUEVO OPERADOR



COMCEL VS MINCOMUNICACIONES

COMCEL señala que la metamorfosis de AVANTELE por cambios regulatorios que permitieron interconexión directa,, numeración propia y señalización, se convirtió en un operador de un servicio idéntico al que prestan los operadores celulares, pero disfrutando de condiciones más favorables y beneficiosas que los celulares.

El Tribunal concluye a partir de lo probado que no hubo daño ninguno, que las utilidades de COMCEL crecieron que AVANTELE opera un sistema que no tiene posibilidad de crecimiento, que la interconexión directa y las demás consideradas ventajas por COMCEL se otorgaron vencido el periodo de exclusividad pactado



**LAUDOS QUE DEFINIERON
RECLAMACIONES DERIVADAS DE LA
INTERVENCIÓN DEL ESTADO MEDIANTE
DECISIONES ADMINISTRATIVAS.**

EL IMPACTO DE LA REGULACIÓN EN LOS CONTRATOS

¿La previsión según la cual los contratos se rigen por la ley vigente al momento de su celebración es imperativa respecto de las normas que disponen facultades de intervención?

CARACOL VS CNTV 2009

LA CONTROVERSIA

1a. El contrato de concesión del servicio de televisión la faculta para programar libremente la franja infantil, sin que deba cumplir un programa diario obligatorio de 4:00 a 5:00 p.m.

2ª. Caracol tiene derecho a transmitir programas para adultos en los horarios señalados por la ley y no en los determinados por el contrato

CARACOL VS CNTV 2009

- ❖ La CNTV por ley tiene la facultad administrativa de regular las franjas de los contratos de concesión de televisión, mediante actos administrativos (**5º ley 335/96**),
- ❖ Dentro de la franja genérica (art 27) podía determinar las franjas familiares e infantiles las cuales, por tener especial protección constitucional y legal (arts.s 44 de la C.P. 29, inciso 2o, de la ley 182 de 1995 y 27 de la ley 335/96), podían ser ampliadas o extendidas con la consiguiente limitación o reducción de las franja de adultos.

AVANTEL VS E.P.M

LA CONTROVERSIA

¿El acuerdo dentro del contrato de interconexión que incluía un precio por la asignación del recurso numérico por parte de EPM ELECOMUNICACIONES a AVANTEL (**13 de marzo de 2001**) implicaba pacto sobre *“un recurso público perteneciente al Estado, no susceptible de apropiación por terceros”*, que haría inválida, ineficaz o nula esa cláusula o que la haría inexistente *“por carecer de causa”* , o si lo mismo habría ocurrido pero únicamente a partir del **9 de abril de 2003**, fecha de la expedición de la Resolución CRT 644 que agregó *“Los bloques de numeración asignados por la CRT no generarán costo para los operadores y por lo tanto, estos últimos no podrán cobrar remuneración alguna por la utilización de este recurso a los usuarios o a otros operadores?”*.

AVANTEL VS EPM 2007

La CRT como fuente de producción normativa general y el caso de la Resolución No. 644 del 9 de abril de 2003

Nuestro derecho constitucional y administrativo tiene bien averiguado cómo se gestaron e integraron en el tramado de los entes estatales los **órganos de regulación**.....la **Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, CRT**, por ejemplo, los que además de las importantes funciones administrativas y policivas que les corresponden, constituyen una importante fuente de producción normativa general que, dada su naturaleza especializada y sectorial, está llamada a impactar la actividad social o económica que a cada uno de ellos les corresponde, incluidos **los negocios jurídicos** que trajinan sus operadores y usuarios, hasta el punto de que algunos ya incluyen en sus **contratos** la necesidad de acomodarlos a la normativa que expida, con posterioridad a la suscripción del contrato, el órgano regulador correspondiente.



Estando concebida legalmente la CRT como órgano regulador de las telecomunicaciones, sus funciones “*están encaminadas a fijar las condiciones necesarias en un entorno de libre competencia para garantizar que los servicios que se prestan cumplan con estándares de calidad y eficiencia respecto de los usuarios que se sirven de ellos*”, y para lograr ese cometido le incumbe, en determinadas circunstancias, dictar normas sustanciales generales, imperativas y de inmediato acatamiento, esto último mucho más comprensible si se tiene en cuenta la dinámica del sector regulado en este caso, así como la extraordinaria velocidad de sus innovaciones y modificaciones, actividad normativa que se integra al derecho positivo de manera progresiva y acumulativa.

El tribunal observa que la Resolución CRT No. 644 del 9 de abril de 2003, es una normativa de carácter general e imperativo, cuya fuerza y vigencia no dependían de la aceptación de los operadores y usuarios implicados en su preceptiva, ni de que tuviera que debatirse su fuerza normativa por los destinatarios de la misma como requisito para desatar los efectos por ella buscados.



Lo que acaba de exponerse constituye razón suficiente para concluir que **no le** asiste razón a EPM TELECOMUNICACIONES cuando pretende que la Resolución No. 644 de 2003 solo vino a obligarla cuando quedó en firme lo decidido en la Resolución CRT 1288 de 2005, esto es, cuando cobró ejecutoria la decisión del recurso de reposición interpuesto por ella misma contra la citada Resolución No. 1288, decisión que obra, a su vez, en la Resolución 1391 del 21 de diciembre de 2005, que quedó en firme el 28 de febrero de 2006. Nó.

De conformidad con lo sentado por el tribunal, la Resolución que nos ocupa quedó integrada de manera efectiva a nuestro derecho positivo el día 12 de abril de 2003, con la plenitud de sus efectos normativos tal y como lo previene, además, el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo.

La Sentencia C 150 de 2003 la Corte Constitucional describe **la función normativa** de las Comisiones de Regulación y su diferencia con otras *“facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos”*, lo que en estricto sentido –esto último- no es cierto.

Lo que hizo la Corte Constitucional fue sentar la diferencia esencial entre la **potestad normativa** de las Comisiones de Regulación y **otras funciones** de esos mismos entes – pone siete ejemplos de carácter policivo, informativo, estadístico, investigativo, asesor o sancionatorio- a las que no pueden reducirse sus cometidos. Sobre la primera, que es la que interesa a esta controversia, manifiesta en páginas 57 y 58 de esa providencia:

“Dadas las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en **facultades de regulación** y en **instrumentos muy diversos**. En un extremo se encuentra **la facultad normativa de regulación** consistente en la **adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados en cumplimiento del régimen fijado por el legislador**. En otro extremo se ubican facultades que, en principio carecen de efectos jurídicos como...”, y vienen los ejemplos ya referidos. (Negrillas fuera del texto).

La controversia lo que envuelve es si la norma regulatoria puede o no afectar un contrato en curso entre operadores –y este es el caso- o entre operadores y usuarios que, según la conclusión a la que se llegue, puede comprometer el principio que enseña que a los contratos se entiende incorporado el derecho positivo vigente al momento de su suscripción (artículo 38 de la Ley 153 de 1887).

El tribunal no se va a ocupar de temas que mejor le corresponden a la doctrina o al legislador, pero sí debe consignar que no parece adecuado en ciertas circunstancias –y esta podría ser una de ellas- **seguir llamando contrato a los acuerdos de acceso, uso, e interconexión, cuando esos acuerdos están llamados a recibir, de manera necesaria, el impacto o las consecuencias de la norma regulatoria general e imperativa, y cuando no está en manos de los operadores resolver si la acatan o no, ni el régimen prevé que ello solo ocurre luego de un debate entre las partes en sede administrativa, para seguir con el caso, igualmente.**

El tribunal observa que buena parte de la demora que ha tenido la definición de esta controversia se origina en el **atrincheramiento de la convocada en el contrato suscrito con AVANTEL (*pacta sunt servanda*)**, *sin percibir que aunque el derecho positivo considere a los acuerdos o pactos de acceso, uso e interconexión verdaderos contratos, esa posición se encuentra mitigada por la misma naturaleza de la función regulatoria del Estado*, ejercida a través de Comisiones como la de Regulación de las Telecomunicaciones, CRT, *ya que de mantenerse incólume la fuerza normativa de aquellos contratos (artículo 1602 del Código Civil) no podrían salvaguardarse principios superiores, de rango constitucional, tales como la preservación y promoción de la competencia, la eficiencia del servicio y la protección de los usuarios del mismo.*

Para sostener lo contrario, la parte convocada aduce la intangibilidad del texto contractual con fundamento en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, norma a la que no puede atribuírsele el efecto extremo que quiere darle, puesto que su mismo texto advierte que en determinados casos la norma sobreviniente es de aplicación inmediata a los contratos en ejecución, y para esos efectos sienta varias hipótesis que, obviamente, pueden ser ampliadas por el Constituyente y por el mismo legislador.



“El Derecho Privado conoce de antaño –y ha tenido que convivir con ellas- las interferencias que pueden tener los contratos en curso por virtud de normas posteriores que deben primar sobre su clausulado y aplicarse de manera inmediata so pena de hacer irrisorios sus efectos o burlarlos, y este es el fenómeno que en el Derecho Comercial se conoció como *la intervención estatal en el contrato privado*, que implicaba una evidente restricción o sacrificio de la autonomía de la voluntad cuyos ejemplos mas significativos se presentaron en el contrato de arrendamiento, en el de transporte, en el de sociedad y en los llamados contratos financieros, en este último caso, de manera especial, para frenar o pde comisiones o costos de diversa naturaleza. Y todo lo anterior, por supuesto, sin que se hubiera alcanzado la claridad que hoy existe sobre la función regulatoria del Estado y los órganos que la ejercen, sobre la naturaleza de los contratos de prestación de servicios públicos y, por supuesto, sobre el rango de ciertos cometidos estatales que deben resultar privilegiados en cualquier ejercicio hermenéutico como la promoción y preservación de la competencia, la eficiencia y costo razonable en la prestación de los servicios públicos y la protección de los usuarios de los mismos”

En esta misma línea de reflexión, es necesario tomar en cuenta que, ~~tratándose de un contrato de suministro, si el caso se mira desde la perspectiva subjetiva (operadores de servicios de telecomunicaciones), o como una prestación regulada como es, en efecto, la prestación del servicio público implicado, es procedente invocar el artículo 968 del Código de Comercio~~ como un fundamento más de lo que ha concluido el tribunal, norma que dispone que *“Cuando la prestación que es objeto del suministro esté regulada por el Gobierno, **el precio y las condiciones del contrato** se sujetarán a los respectivos reglamentos”* (negrillas del tribunal), norma que si tuviera que someterse a lo que con anterioridad hubieran acordado las partes, o iría en desmedro de los usuarios de los servicios públicos y de los mismos operadores, o perdería toda su razón de ser.

.



Lo que acaba de exponerse es suficiente para que el tribunal concluya que la Resolución CRT No. 644 del 9 de abril de 2003, *de carácter general e imperativo* en cuanto determinó que *“Los bloques de numeración asignados por la CRT no generarán costo para los operadores y por lo tanto, estos últimos no podrán cobrar remuneración alguna por la utilización de este recurso a los usuarios o a otros operadores”*, *comenzó a regir el 12 de abril de 2003 con efectos inmediatos* en los Contratos de Acceso, Uso e Interconexión que se encontraran en ejecución y, en consecuencia, *desde ese día ha debido cesar el cobro que EPM TELECOMUNICACIONES venía haciendo a AVANTEL* por la asignación de números o bloques de numeración al amparo del Contrato suscrito el 4 de febrero de 1999, modificado en el punto que interesa a esta decisión el 13 de marzo de 2001 mediante el “ACTA DE MODIFICACION BILATERAL No. 1” y debe, en consecuencia, devolver la convocada a la convocante lo que esta última hubiere pagado a título de precio por la asignación de aquel recurso numérico, con los accesorios y costas a que haya lugar.



Unitel VS Orbitel

Reclamación por impactos de la regulación en materia de
interconexión

LAUDO ARBITRAL

diciembre de dos mil seis (2006).



LA CONTROVERSIA

El asunto que nos ocupa se enmarca en una discusión eminentemente jurídica, radicada en determinar **la naturaleza jurídica del contrato de Acceso, Uso e Interconexión** firmado por **Unitel S.A. E.S.P. y Orbitel S.A. E.P.S** ..con una vigencia de cinco (5) años ...; **la injerencia que pudo haber tenido o no en dicho acuerdo contractual la Resolución 463 de 2001 expedida por la CRT; el desarrollo contractual derivado de la aplicación o no de dicha resolución; y la conducta asumida por los contratantes.**

La Resolución 463 de 2001 fue subrogada por la Resolución 489 de 2002 de la CRT.



¿El Contrato de interconexión de derecho privado o derecho público?

El Contrato de Interconexión que celebraron **Unitel S.A. E.S.P.** y **Orbitel S.A. E.S.P.** es uno de aquellos contemplados por el artículo 39 de la Ley 142 de 1994 como un “*contrato especial,*” y sobre él la ley afirma con toda claridad que **se somete al derecho privado.**

Afirmar que los contratos de interconexión se rigen por el derecho privado no significa que se los equipara en todos los aspectos con los contratos que, en el giro ordinario de los negocios privados, celebran los particulares. En efecto, la regulación administrativa que orienta la celebración, ejecución, terminación, y propósito de estos contratos es de tal intensidad que, **no obstante ser contratos de derecho privado, la incidencia del derecho público es determinante.** En este contexto, el Tribunal destaca la categoría doctrinaria que invoca la parte convocada en sus alegatos de conclusión, cuando califica los contratos de interconexión como “*contratos intervenidos*”

El impacto de la regulación en la Interconexión

Ahora, dentro del análisis de la pretensión segunda, el Tribunal también indicó que, al expedirse la Resolución 463, **Orbitel S.A. E.S.P.** le indicó a **Unitel S.A. E.S.P.** que optaba por acogerse a la modalidad de cargos de acceso por capacidad. Esta comunicación condujo a una invitación de **Unitel S.A. E.S.P.** a negociar, y unas semanas después las partes integraron Comités Mixtos de Interconexión en los que trataron el tema. En una reunión de conciliación del 12 de junio de 2002, **Unitel S.A. E.S.P.** manifestó que se había llegado a un acuerdo sobre los cargos de acceso en las sesiones anteriores del CMI, y que a partir de mayo de 2002 se cobraría el cargo por capacidad. Por lo tanto, debe entenderse que desde el mes de mayo de 2002 rige entre las partes una nueva modalidad de cargos de acceso, distinta a la de cargos por minutos que pactaron en el contrato.

No puede afirmarse, en consecuencia, que la modalidad de cargos de acceso por minuto continúa vigente. Por el contrario, es palmaria la evidencia procesal de que en el seno del CMI se llegó a un acuerdo entre las partes sobre la adopción de la modalidad de cargos de acceso por capacidad y, se reitera, ambas partes están en mora de cumplir con su deber contractual de elevar a Acta bilateral el acuerdo alcanzado.

TELEFONOS DE CARTAGO VS ORBITEL

Reclamación por impactos de la regulación en materia de
interconexión

LAUDO ARBITRAL

marzo de dos mil siete (2007).

En tal sentido, era claro para las partes que el contrato no era ni puede ser terreno vedado para el ente regulador. En efecto, el instrumento por antonomasia de la libertad económica y de la actividad empresarial es, precisamente, el contrato.

Es así, como de lo transcrito se derivan implicaciones y consecuencias jurídicas que el presente Laudo se tomarán en cuenta dentro de sus consideraciones y que se reflejarán obvia y fundamentalmente en la parte resolutive del mismo. La primera, la decisión que se tome, debe estar enmarcada en la preservación de condiciones que permitan el libre juego del mercado, sin crear barreras o condiciones especiales mejores o peores para las partes. **La segunda y muy relevante, en el campo de los Servicios Públicos, la autonomía de la voluntad está restringida, como lo está el principio del Pacta Sunt Servanda.** Esto porque, como se ha visto, el interés general es innato en las actividades relacionadas por ellos, y tal interés, reflejado en las normas que desarrollan la intervención y regulación de este sector, se impone a lo que los particulares involucrados deseen.

SOBRE LA APLICACIÓN DEL TRATO IGUAL EN MATERIA DE INTERCONEXIÓN

LAUDOS COMCEL VS ETB

Y

MOVISTAR VS ETB

UNA MISMA CAUSA DOS FALLOS DIFERENTES
Y LA GENERACION DE CAMBIOS EN LA JURISPRUDENCIA DE
LAS CORTES

COMCEL VS ETB

Así las cosas, no cabe al Tribunal sino reprobar el comportamiento contractual de ETB, al rehusarse de manera expresa a cumplir la Resolución CRT 463 de 2001, conocida por ella, frente a COMCEL, habiéndola aplicado en interconexiones con otros operadores, específicamente en los que su aplicación redundaba en una menor tarifa a pagar. Ello implica no sólo la violación manifiesta del principio de integralidad, previsto en el artículo 5º de dicha resolución, sino una posición contraria a reglas que le eran de imperativo cumplimiento, tales como las incluidas en la Resolución CRT 087 de 1997 hoy compiladas en la Resolución CRT 575 de 2002, **como son las de acceso igual cargo igual, libre competencia y buena fe.** (Art. 4.2.1.3, 4.2.1.5 y 4.2.1.6 de la Resolución CRT 575 de 2002.)

QUE SE ESPERA DEL LAUDO

LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO.

LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL OTRO

**LA VERDAD Y LA CERTEZA SI SON ELEMENTOS QUE DEBEN
CONSIDERARSE PORQUE A VECES SOLAMENTE LA VERDAD
REPARA**