

CONTROVERSIA CONTRACTUAL-Acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones entre ETELL y ORBITEL/CONTROVERSIA CONTRACTUAL-Modificación del sistema de pago del servicio de interconexión

La primera controversia tiene como génesis el contrato de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones suscrito entre ETELL y ORBITEL. Esta controversia surge por la pretensión de una de las partes de modificar el sistema de pago del servicio de interconexión, pretensión que apoya en la expedición de una resolución de la CRT posterior a la suscripción del contrato. Para la Sala es claro que la controversia remitía a la pretensión de una de las partes de alterar una cláusula contractual a instancias de un acto administrativo proferido por la institución reguladora del servicio de telecomunicaciones.

COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES-Entidad administrativa que no puede asumir el conocimiento de controversias contractuales

La segunda controversia fue la suscitada entre la CRT y ETELL. Ésta surgió ante la actitud asumida por esa entidad con ocasión de la solicitud instaurada por ORBITEL. Para ETELL, la CRT no tenía competencia alguna para conocer de esa actuación. Se trataba de una entidad administrativa que no podía asumir el conocimiento de controversias contractuales. Al hacerlo, estaba desconociendo su índole de ámbito especializado de la administración pública y estaba ejerciendo funciones jurisdiccionales.

ACTO ADMINISTRATIVO-Cuestionable ante la jurisdicción contencioso administrativa/ACCION DE TUTELA-Improcedencia para cuestionar actos administrativos

Se trataba de cuestionar la legalidad trataba de cuestionar la legalidad de una actuación de la administración pública y bien se sabe que los actos administrativos son cuestionables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por lo tanto, ETELL debió ejercer las acciones correspondientes ante esa jurisdicción pues ellas constituían el mecanismo idóneo para la protección de sus derechos. Ellas le permitían cuestionar la legalidad de los actos de trámite y de la decisión tomada por la CRT e incluso pretender el restablecimiento de los derechos en caso de estimar que ellos le habían sido vulnerados. Existiendo una jurisdicción especializada en controversias suscitadas con ocasión del cuestionamiento de la legalidad de un acto de la

administración, debía acudir a ella y no a la jurisdicción constitucional por vía de la acción de tutela.

Referencia: expediente T-771028

Acción de tutela de la Empresa de Telecomunicaciones del Llano, E.S.P. ETELL S.A. contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D. C., cinco (5) de febrero de dos mil cuatro (2004).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de la tutela instaurada por la Empresa de Telecomunicaciones del Llano, E.S.P. ETELL S.A. contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

I. ANTECEDENTES

A. Reseña fáctica

1. El 27 de mayo de 1999 la Empresa de Telecomunicaciones del Llano, ETELL E.S.P. S.A., y ORBITEL E.S.P. S.A., celebraron un contrato para el acceso, uso e interconexión de sus redes de telecomunicaciones regido por las normas del derecho privado, acordaron los valores que deberían pagarse entre sí por dicho concepto en función de minutos cursados y estipularon un término de vigencia de cinco años contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento.
2. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, CRT, mediante resoluciones 463 de 2001 y 469 y 489 de 2002, estableció que los cargos de acceso por el uso de las redes de telecomunicaciones podían pactarse en función de minutos, como lo habían acordado ETELL

y ORBITEL, o en función de capacidad.

3. El 11 de enero de 2002 ORBITEL le manifestó a ETELL que, con base en la Resolución 463 de 2001, estaba interesada en optar por pagar cargos de acceso en función de la opción por capacidad, tal como lo permitían las nuevas resoluciones de la CRT.

4. El 6 de marzo de 2002 ETELL contestó que el contrato ya aludido se suscribió con base en normas vigentes en ese momento, que él constituía ley para las partes, que su modificación únicamente procedía por acuerdo entre ellas y que su validez no podía ser desconocida con motivo de la expedición de leyes o actos administrativos posteriores. Indicó que no aceptaba la modificación unilateral de los términos y condiciones del contrato pero que estaba dispuesta a sostener reuniones e iniciar las negociaciones pertinentes para determinar si era posible llegar a un acuerdo consentido y de beneficio recíproco para las partes.

4. ORBITEL se dirigió a la CRT y le solicitó adelantar un procedimiento con miras a solucionar el conflicto suscitado con ETELL por la aplicación de la Resolución 463 de 2001. El 2 de mayo de 2002 la CRT, con base en esa solicitud, aplicó una norma que ordena el traslado de las solicitudes de imposición de servidumbre y corrió traslado de la solicitud a ETELL.

5. En la respuesta, esta entidad planteó que la resolución 463 de 2001 había sido derogada por la resolución 469 de 2003; que de aquella no se infería un derecho a modificar unilateralmente los contratos de concesión existentes de tal manera que se aplique un valor y una modalidad no previstos en él; que la CRT carece de facultad legal y contractual para dirimir las controversias contractuales entre ETELL y ORBITEL pues éstas acordaron que aquella sólo podía intervenir en calidad de mediadora para resolver un conflicto pero no en calidad de juez y que, además, se hallaba impedida para conocer de tal actuación dado que se trataba de la aplicación de un acto que ella había expedido.

6. La CRT continuó con el procedimiento y para ello dio trámite a la recusación, la que fue rechazada; realizó una audiencia de mediación que se declaró fallida; decretó pruebas; resolvió una reposición interpuesta contra tal determinación y adujo al proceso un concepto pericial.

B. La tutela instaurada

El 28 de abril de 2003 ETELL, a través de apoderado, interpuso acción de tutela ante el Tribunal Administrativo del Meta y solicitó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la justicia y a la igualdad y el respeto de los derechos adquiridos. En el escrito de tutela se invocaron los siguientes fundamentos:

1. No existe una disposición legal que faculte a la CRT a resolver conflictos derivados de la aplicación de los actos administrativos que ella expida.
2. La competencia para conocer de los litigios surgidos con ocasión del contrato suscrito entre las partes le incumbe a la rama judicial del poder público y, en particular, al tribunal de arbitramento referido en la cláusula compromisoria en él pactada.
3. La CRT tiene competencia para imponer servidumbres pero ella está condicionada a que no exista acuerdo entre las partes. Y en el caso presente existe un contrato suscrito entre ETELL y ORBITEL para el acceso, uso e interconexión de sus redes de telecomunicaciones. Por lo tanto, tal competencia no es aplicable.
5. La CRT, con las decisiones que toma en ese tipo de actuaciones, altera los contratos y cambia por sí y ante sí la modalidad de pago del cargo de acceso por minuto, inicialmente pactada por las partes, por una modalidad de pago en función de capacidad. Ese tipo de declaraciones es privativo de la rama judicial del poder público pues la competencia que la ley le confiere a la CRT le habilita para conocer de aquellas actuaciones no atribuidas a otras autoridades administrativas.
6. La actuación de la CRT vulnera el debido proceso, dado que no tiene competencia para conocer de un conflicto como el planteado por ORBITEL; el acceso a la administración de justicia, pues fomenta que ésta empresa se muestre renuente a convocar el tribunal de arbitramento contractualmente pactado para resolver ese tipo de litigios, y el respeto de los derechos adquiridos, pues varía un sistema de pago acordado con base en el régimen legal entonces vigente y aplica una resolución administrativa posterior a la suscripción del contrato.

Por todo ello, ETELL le solicitó al juez de tutela le ordene a la CRT abstenerse de continuar la actuación administrativa iniciada para resolver el conflicto de carácter contractual surgido entre esa entidad y ORBITEL.

El 29 de abril de 2003 el Tribunal Administrativo del Meta avocó el conocimiento de la acción de tutela y dio traslado de ella al Ministro de Comunicaciones, al Director de la CRT y a ORBITEL.

C. Respuesta de la entidad accionada

La CRT, a través de apoderado, solicitó que se niegue la tutela interpuesta. Los fundamentos de esta solicitud son los siguientes:

1. La competencia de la CRT para conocer de la actuación promovida por ORBITEL se apoya en los artículos 73.8 y 74.3, literal b), de la Ley 142 de 1994 y en el artículo 37.14 del Decreto 1130 de 1999. La primera norma la faculta para resolver los conflictos que surjan entre empresas por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda resolver a otras autoridades administrativas; la segunda la habilita para resolver los conflictos que surjan cuando se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio y la tercera la faculta para dirimir los conflictos sobre asuntos de interconexión a solicitud de parte.
2. En el caso particular, entre ETELL y ORBITEL existe un contrato de interconexión, el conflicto entre ellos surgido deriva de la aplicación de una norma regulatoria de esa relación y no de las previsiones del contrato mismo, la competencia para su resolución no se encuentra atribuida a otra autoridad administrativa y la intervención ha sido solicitada por una de las partes.
3. Por medio de la resolución 463 de 2001, la CRT decidió que los operadores telefónicos debían ofrecer por lo menos dos opciones de cargos de acceso a los operadores que les demanden interconexión. Esta es una disposición de derecho público, no transigible entre las partes, no susceptible de debatirse ante un tribunal de arbitramento y en su contra no se pueden generar situaciones jurídicas consolidadas. Además, se trata de una disposición de aplicación general e inmediata y por ello la obligación impuesta es exigible a los operadores a partir del término previsto en la resolución, previa la publicación que la hace oponible.
4. Los operadores interconectantes deben sujetarse a esa resolución y si no lo hacen, la CRT tiene facultad legal para imponer su regulación.

5. En el caso presente, la CRT, con base en la solicitud presentada por ORBITEL, ha efectuado el trámite de conciliación previa previsto como una de las etapas del proceso de imposición de servidumbre y lo ha hecho por analogía, ateniéndose, para ello, a lo dispuesto en la Ley 153 de 1887 y en los principios del Código Contencioso Administrativo.

D. Respuesta de ORBITEL, como tercero con interés en el proceso

ORBITEL, a través de apoderado, solicitó que se niegue la tutela interpuesta. Esta solicitud la apoyó en los siguientes argumentos:

2. Los jueces arbitrales tienen competencia para conocer de materias transigibles pero no para expedir e imponer una regulación que por virtud de la ley le incumbe a la CRT. En ejercicio de esta facultad, la CRT, con miras a la protección de la competencia y en beneficio de los usuarios, puede imponer una regulación a un operador e incluso ordenar la modificación de los contratos.

3. La CRT decidió que los operadores interconectantes debían ofrecer como mínimo dos opciones de cargos de acceso a los operadores solicitantes y que éstos tienen derecho a optar por una de tales ofertas. Y esto es ejercicio de la facultad legal de la CRT de fijar los cargos de acceso.

4. El procedimiento que inició la CRT se refiere al conflicto suscitado por la inaplicación, por parte de ETELL, de los cargos de acceso por ella establecidos pues tiene competencia tanto para establecer esa regulación, como para imponerla. En esos casos, la CRT cumple funciones administrativas de intervención pues con base en ellas decide cómo debe aplicarse la regulación a un caso particular.

5. De acuerdo con ello, la actuación de la CRT es legítima y en ningún momento ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por la actora.

E. Respuesta del Ministerio de Comunicaciones

El Ministerio de Comunicaciones solicitó que se lo excluya de la actuación pues el procedimiento con ocasión del cual se pretende el amparo fue adelantado por la CRT, ésta goza de autonomía respecto de ese Ministerio y tiene personería para acudir ante los jueces de la República.

II. SENTENCIAS JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

A. De primera instancia

El 13 de mayo de 2003, el Tribunal Administrativo del Meta tuteló el derecho al debido proceso de ETELL y le ordenó a la CRT que se abstenga de continuar adelantado la actuación administrativa promovida por ORBITEL. Esta decisión se basó en los siguientes argumentos:

1. La discusión se centra en la petición de cambio de modalidad que ORBITEL plantea a ETELL para cancelar el uso de sus redes en sentido entrante y saliente para los servicios de telefonía local extendida y de larga distancia nacional e internacional.
2. Esa situación es totalmente diferente al supuesto previsto en el inciso 3º del art. 39.4 de la Ley 142 de 1994 y con base en la cual la CRT afirma su competencia para conocer de la actuación promovida por ORBITEL: La imposición de una servidumbre de acceso o de interconexión de redes de telecomunicaciones.
3. Es legítimo que las partes hayan pactado la solución de los eventuales conflictos por parte del comité mixto de interconexión, de la instancia conformada por los representantes legales de las partes, de la intervención de la CRT si aquellas la solicitan o de un tribunal de arbitramento.
4. La actuación adelantada por la CRT, orientada al cambio de modalidad en el pago de la utilización de las redes de telefonía básica conmutada local y de larga distancia es violatoria del debido proceso dada la naturaleza del problema planteado y la solución dada para el mismo pues esa entidad carece de competencia para dilucidar ese asunto.
5. ETELL ha manifestado la intención de hallar una solución al conflicto pero ateniéndose al procedimiento acordado. No obstante, ORBITEL, desconociendo el convenio y obrando de manera unilateral, promovió una actuación ante la CRT y pese a que ésta carece de competencia para conocer de ella.

B. De segunda instancia

El 16 de junio de 2003 la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado revocó la sentencia de primera instancia y rechazó por improcedente la

tutela interpuesta. Este fallo se apoyó en los siguientes argumentos:

1. El debate se reduce a la interpretación del sentido de las cláusulas del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre ETELL y ORBITEL, en especial, del literal b) de la cláusula vigésima segunda, referida al procedimiento para la solución de diferencias.
2. Según el artículo 39 de la Ley 142 de 1994, esos contratos se regulan por las normas del derecho privado. Por ello, tanto ETELL como ORBITEL tienen a su disposición las acciones judiciales comunes para solicitar el cumplimiento o la terminación del contrato, debiendo acudir a la jurisdicción ordinaria para la solución de sus conflictos.
3. La parte actora le reprocha a la CRT que no tiene facultades para dirimir los conflictos que se susciten en torno a ese tipo de negocios y por ello invoca la vulneración del debido proceso. No obstante, la tutela no es el mecanismo adecuado para resolver controversias de naturaleza legal, pues éstas tienen su juez natural.
3. ETELL tiene otros mecanismos de defensa judicial y a través de ellos puede solucionar el conflicto planteado. Además, tiene la posibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa con la finalidad de atacar la actuación de la administración y obtener el restablecimiento de su derecho.
4. La jurisprudencia ha señalado que, salvo la existencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual, sin que pueda el juez darle un alcance no previsto. Pero como en el caso presente la acción no se interpuso como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ni él aparece probado, no hay lugar al amparo pretendido.

III. PRUEBAS PRACTICADAS POR LA CORTE

IV. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Los hechos en razón de los cuales se interpuso la acción de tutela en cuyo trámite se dictaron las sentencias sometidas a revisión, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

ETELL y ORBITEL suscribieron un contrato para el acceso, uso e interconexión de sus redes de telecomunicaciones; contrato que se rige por las normas del derecho privado y en el que

se acordó que los valores que por ese concepto debía pagar ORBITEL lo serían en función de minutos cursados.

Con posterioridad, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, CRT, expidió las resoluciones 463 de 2001 y 469 y 489 de 2002; actos administrativos a través de los cuales determinó que los cargos de acceso para el uso de las redes de telecomunicaciones podían pactarse en función de minutos o en función de capacidad.

En razón de ello, ORBITEL le manifestó a ETELL su interés en pagar cargos de acceso en función de capacidad y no en función de minutos cursados, como estaba contractualmente acordado. Esta entidad manifestó su intención de iniciar negociaciones para determinar si era posible llegar a un acuerdo consentido.

No obstante, ORBITEL le solicitó a la CRT adelantar un procedimiento para solucionar el conflicto planteado. Esta petición fue aceptada por la CRT, institución que corrió traslado de la solicitud, rechazó una recusación, realizó una audiencia y practicó pruebas.

2. En razón de esos hechos, ETELL interpuso acción de tutela y solicitó se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y los derechos adquiridos. La solicitud de amparo se basó en la incompetencia de la CRT para resolver una controversia surgida con ocasión de la aplicación de un acto administrativo por ella proferido, a un contrato suscrito con anterioridad. ETELL manifestó que esa entidad tenía competencia para resolver conflictos no sometidos al conocimiento de otra autoridad administrativa pero no para resolver controversias contractuales, pues éstas debían someterse a los mecanismos de solución de conflictos contractualmente acordados y, en últimas, a un tribunal de arbitramento, dada la existencia de cláusula compromisoria.

3. Como se indicó anteriormente, el Tribunal Administrativo del Meta le dio la razón al actor. Encontró que se había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso y por ello tuteló ese derecho y le ordenó a la CRT abstenerse de continuar adelantando la actuación administrativa promovida por ETELL. Sin embargo, esta decisión fue revocada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la que estimó que se estaba ante una controversia contractual sometida al conocimiento de la justicia ordinaria y que la actora bien podía acudir ante la jurisdicción contenciosa para cuestionar la legalidad de la actuación adelantada por la administración.

4. La Sala advierte que de la secuencia fáctica acaecida se infieren dos controversias. Una, la surgida entre ETELL y ORBITEL. Otra, la planteada por ETELL contra la CRT.

La primera controversia tiene como génesis el contrato de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones suscrito entre ETELL y ORBITEL. Esta controversia surge por la pretensión de una de las partes de modificar el sistema de pago del servicio de interconexión, pretensión que apoya en la expedición de una resolución de la CRT posterior a la suscripción del contrato. Como la otra parte no aceptó esa solicitud sino que ofreció adelantar negociaciones tendientes al logro de un acuerdo, ETELL acudió ante la CRT, organismo al que se le había reconocido legitimidad para intervenir como instancia de mediación en los conflictos surgidos con ocasión del contrato.

Para la Sala es claro que la controversia remitía a la pretensión de una de las partes de alterar una cláusula contractual a instancias de un acto administrativo proferido por la institución reguladora del servicio de telecomunicaciones. Tratándose de una controversia contractual, debía someterse al procedimiento acordado por las partes para la solución de conflictos: Comité mixto de interconexión, representantes legales, la mediación de la CRT, centro de conciliación o tribunal de arbitramento.

En lugar de obrar de esa manera, ORBITEL optó por desatar una actuación ante la CRT con la finalidad de que tal entidad reguladora resolviera la controversia. Es cierto que esta entidad asumió el conocimiento de la solicitud e inició una actuación en la que practicó pruebas, escuchó a las partes y tomó una decisión. No obstante, también es cierto que nada impedía que ETELL promoviera la convocatoria de un tribunal de arbitramento para la decisión de la controversia suscitada o para la declaratoria del incumplimiento del contrato pues éste ámbito de la rama judicial del poder público era el habilitado para ello.

Es decir, desde ese momento, ETELL contaba con instrumentos jurídicos que la habilitaban para plantear ante la jurisdicción un conflicto que indebidamente había sido asumido por la administración y para pretender ante aquella la solución legítima de la controversia. Sin embargo, bien se sabe que ETELL no obró de esa manera.

5. La segunda controversia fue la suscitada entre la CRT y ETELL. Ésta surgió ante la actitud asumida por esa entidad con ocasión de la solicitud instaurada por ORBITEL. Para ETELL, la CRT no tenía competencia alguna para conocer de esa actuación. Se trataba de una entidad

administrativa que no podía asumir el conocimiento de controversias contractuales. Al hacerlo, estaba desconociendo su índole de ámbito especializado de la administración pública y estaba ejerciendo funciones jurisdiccionales.

La Sala advierte que ETELL contaba y cuenta con serios elementos de juicio para promover esta controversia: Es discutible que una entidad que está llamada a cumplir funciones administrativas, se halle legitimada para avocar el conocimiento de una controversia contractual derivada de la pretensión de una de las partes de variar las cláusulas de un contrato con base en un acto administrativo proferido con posterioridad a la suscripción de aquél.

Reflexiónese en esto: Si la regulación de los monopolios y la promoción de la competencia entre las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios comprendiera la solución de controversias contractuales, susceptibles de alterar las condiciones económicas de los contratos suscritos por aquellas; se impondría concluir que la solución de estas controversias es privativa de la administración y que está excluida de la rama judicial del poder público.

No obstante, esto no es cierto pues razones de índole constitucional y legal desvirtúan esa connotación de las funciones de inspección y vigilancia que le asisten a la administración en ese ámbito y reafirman la competencia de la jurisdicción para asumir el conocimiento de controversias contractuales.

6. No obstante lo expuesto, en su momento se imponía una reflexión sobre el espacio institucional en el que debía cuestionar ese proceder de la CRT. En efecto, se estaba ante una actuación de la administración desatada con base en la solicitud formulada por quien era parte en un contrato y tal actuación se cuestionaba dado que no existía norma legal alguna que radicara en ese organismo la competencia para conocer de ella. Es decir, se trataba de cuestionar la legalidad de una actuación de la administración pública y bien se sabe que los actos administrativos son cuestionables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por lo tanto, ETELL debió ejercer las acciones correspondientes ante esa jurisdicción pues ellas constituían el mecanismo idóneo para la protección de sus derechos. Ellas le permitían cuestionar la legalidad de los actos de trámite y de la decisión tomada por la CRT e incluso pretender el restablecimiento de los derechos en caso de estimar que ellos le habían sido vulnerados.

Existiendo una jurisdicción especializada en controversias suscitadas con ocasión del cuestionamiento de la legalidad de un acto de la administración, debía acudirse a ella y no a la jurisdicción constitucional por vía de la acción de tutela. Ello es así porque ésta comporta un mecanismo excepcional de protección de los derechos humanos fundamentales. Su finalidad no se orienta a sustraer las controversias de los legítimos espacios de decisión previstos en otros ámbitos del sistema jurídico. Ni esa fue la pretensión del constituyente, ni tampoco los jueces constitucionales pueden atribuirle ese alcance.

De allí que la única posibilidad con la que ETELL podía pretender el amparo constitucional de los derechos fundamentales que esgrimía como vulnerados, era planteando la necesidad de evitar un perjuicio irremediable pues únicamente en estos casos el juez constitucional está habilitado para brindar protección a tales derechos de manera transitoria, hasta tanto los jueces competentes emitan una decisión definitiva. Sin embargo, ni tal perjuicio fue planteado por ETELL, ni se advierte tampoco que como consecuencia de la actuación de la CRT haya surgido esa necesidad ineludible.

En consecuencia, no puede haber lugar a la tutela de manera definitiva, pues la actuación administrativa a la que se imputa la vulneración de derechos fundamentales es cuestionable ante otra jurisdicción. Tampoco puede haber lugar al amparo como mecanismo transitorio, pues nada indica que la Sala se halle ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Confirmar la sentencia proferida el 16 de junio de 2003 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que revocó la sentencia proferida el 13 de mayo de 2003 por el Tribunal Administrativo del Meta.

Segundo. Negar la tutela de los derechos fundamentales invocados.

Tercero. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

Presidente de la Sala

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

1. Aclaración de voto a la Sentencia T-088/04

CORTE CONSTITUCIONAL-Determinación de vulneración o no de derechos fundamentales/CORTE CONSTITUCIONAL-Determinación de concurrencia o no de otros medios de defensa judicial (Aclaración de voto)

1. La Sala debió ocuparse de dos situaciones. Por una parte, determinar si se habían o no vulnerado los derechos fundamentales de la entidad accionante. Y, por otra, en caso de establecer que tales derechos sí se habían vulnerado, determinar si concurrían otros mecanismos de protección. Esta metodología resultaba imperativa pues a la consideración de la concurrencia o no de otros mecanismos de protección sólo se llega bajo el supuesto de que efectivamente se está ante derechos vulnerados o puestos en peligro.

SERVICIOS PUBLICOS-Prestación eficiente/SERVICIOS PUBLICOS-Remisión a la ley para la regulación de su régimen jurídico/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Regulación, control y vigilancia de los servicios públicos (Aclaración de voto)

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y su deber es asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. En la regulación que el constituyente hizo de los servicios públicos, resaltan dos situaciones: Por una parte, la frecuente remisión a la ley para la regulación de su régimen jurídico. Por otra, el énfasis en la función de regulación, control y vigilancia que le incumbe al Estado y en las específicas tareas que en ese ámbito se le asignan al Presidente de la República.

SERVICIOS PUBLICOS-Alcance de la regulación, control y vigilancia/COMISIONES ESPECIALES DE REGULACION-Finalidad (Aclaración de voto)

COMISIONES ESPECIALES DE REGULACION-Funciones (Aclaración de voto)

LEGISLADOR-Desarrolla pero no desborda las facultades del Presidente de la República en materia de servicios públicos (Aclaración de voto)

COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES-Función para dirimir conflictos de interconexión es típicamente administrativa (Aclaración de voto)

En mi criterio, la lectura que debe hacerse de la facultad que un decreto ejecutivo le reconoce a la CRT para dirimir los conflictos sobre asuntos de interconexión, a solicitud de parte, es una que sea compatible con la índole de las funciones que en materia de servicios públicos la Carta le reconoce al Presidente de la República y con las reglas que ha configurado el legislador para el ejercicio de esa facultad. Es decir, se trata de funciones típicamente administrativas, orientadas, en este caso, a la fijación de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y al ejercicio del control, la inspección y la vigilancia de las entidades prestadoras del servicio público de telecomunicaciones. Ese es el contexto en el que debe determinarse el alcance de la facultad que se le reconoce a la CRT para dirimir conflictos sobre asuntos de interconexión.

COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES-Opciones para la determinación de los cargos de acceso a redes de telefonía (Aclaración de voto)

CONTROVERSIA CONTRACTUAL ENTRE OPERADORES TELEFONICOS-Legitimación para conocer y resolver el conflicto (Aclaración de voto)

Se trata de una discusión que remite a los efectos que está llamada a producir una resolución

proferida por la CRT sobre un contrato previamente suscrito y en el que se acordó, en términos diferentes, el pago de los cargos de acceso. En este punto, surge un interrogante: ¿Qué ámbito de la función pública está legitimado para conocer y resolver esa controversia?. En mi criterio, la respuesta a este interrogante es clara: Por tratarse de una controversia contractual, quien está legitimada para conocer de ella y para adoptar la decisión que en derecho corresponda es la jurisdicción pues la administración no puede ser juez de sus propios actos.

CONTROVERSIA CONTRACTUAL-Su conocimiento compete a la rama judicial (Aclaración de voto)

Tratándose de una controversia contractual, su conocimiento es privativo de la rama judicial del poder público. Ésta es la habilitada para determinar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales y para determinar las responsabilidades consecuentes. Desde luego, esto no se opone al agotamiento del procedimiento para solución de diferencias pactado por las partes, incluida la convocatoria de un tribunal de arbitramento.

CONTROVERSIA CONTRACTUAL-La CRT podía actuar como instancia de mediación pero no de decisión del conflicto/COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES-No tiene competencia para conocer conflictos que competen a los jueces de la República (Aclaración de voto)

Como se trataba de una controversia contractual y no de un conflicto administrativo relacionado con la regulación de un monopolio o con la promoción de la libre y leal competencia, la CRT no podía intervenir como instancia de decisión del conflicto. De acuerdo con lo contractualmente acordado por las partes, la CRT podía intervenir como instancia de mediación pero no como instancia de decisión pues no está legitimada para conocer de las controversias contractuales suscitadas por la aplicación de sus propios actos administrativos a contratos preexistentes. Su conocimiento recae sobre conflictos no adscritos a otras autoridades administrativas pero no sobre conflictos de conocimiento de los jueces de la república.

DEBIDO PROCESO-Vulneración por la CRT/DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Vulneración por la CRT/PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Vulneración por la CRT/PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Vulneración por CRT (Aclaración de voto)

La CRT, con su actuación, vulneró el derecho fundamental al debido proceso pues al avocar el conocimiento de la actuación promovida por ORBITEL, despojó a ETELL del derecho a exigir que para la solución de las diferencias surgidas se respetara el procedimiento contractualmente acordado. Vulneró también el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia pues la CRT, con su proceder, vació la competencia de la jurisdicción para pronunciarse sobre esa controversia contractual. El primero, porque asumió el conocimiento de un conflicto contractual sin estar legitimada para ello. Y el segundo, por cuanto, sin fundamento legal alguno, desconoció el procedimiento contractualmente acordado por las partes para la solución de sus diferencias y en el que se incluía la convocatoria de un tribunal de arbitramento. Finalmente, socavó el principio de legalidad al ejercer funciones que no le están atribuidas y desconoció el principio de separación de los poderes públicos en tanto que, tratándose de una instancia administrativa, emprendió funciones jurisdiccionales.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Improcedencia de tutela (Aclaración de voto)

1. Comparto la decisión tomada en esta sentencia por la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional pues el amparo constitucional de los derechos invocados era improcedente.

No obstante, me aparto del fundamento de esa decisión pues la Sala, de manera directa, argumentó que concurrían otros mecanismos de protección y por ello negó el amparo constitucional invocado.

2.

3. En mi criterio, la Sala debió ocuparse de dos situaciones. Por una parte, determinar si se habían o no vulnerado los derechos fundamentales de la entidad accionante. Y, por otra, en caso de establecer que tales derechos sí se habían vulnerado, determinar si concurrían otros mecanismos de protección. Esta metodología resultaba imperativa pues a la consideración de la concurrencia o no de otros mecanismos de protección sólo se llega bajo el supuesto de que efectivamente se está ante derechos vulnerados o puestos en peligro.

Ateniéndose a ese procedimiento, se advierte que en el caso presente, la CRT, con la actuación adelantada a instancias de ORBITEL, sí vulneró los derechos fundamentales al

debido proceso y al acceso a la administración de justicia de ETELL. No obstante, la tutela es improcedente ya que esta entidad cuenta con otro mecanismo idóneo de protección: Puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para cuestionar la legalidad de la actuación promovida por ORBITEL y tramitada y decidida por la CRT.

- 1.
2. La afirmación que hago en el sentido que la entidad accionada si vulneró los derechos fundamentales de la actora, merece una detenida exposición. A ello procedo.
- 3.

En cuanto a lo primero, la Carta remite a la ley determinación del régimen jurídico al que estarán sometidos los servicios públicos (Art.365); la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a su prestación, cobertura, calidad, financiación y régimen tarifario y las entidades competentes para establecer las tarifas (Art.367); la determinación de los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio (Art.369) y la fijación de las normas a que se debe sujetar el Presidente de la República para ejercer las funciones que el constituyente le asigna en esa materia (Art.370).

Y en cuanto a lo segundo, el artículo 365, inciso segundo, ordena que “En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios” y el artículo 370 determina que le “Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”.

Nótese, entonces, cómo desde la Constitución se advierte cuál es la finalidad de la intervención del Presidente de la República en la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Ella se orienta a señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia y a ejercer el control, la inspección y vigilancia de las entidades prestadoras de tales servicios.

2. Por medio de la Ley 142 de 1994 se estableció el régimen de los servicios públicos

domiciliarios y se dictaron otras disposiciones. Esta ley consagra los principios generales, indica las personas que pueden prestar los servicios públicos, prevé el régimen de sus actos y contratos, regula su régimen laboral, desarrolla el control y vigilancia del Estado en los servicios públicos, establece el régimen tarifario de las empresas prestadoras de servicios, consagra la organización y los procedimientos administrativos relacionados con el régimen de servicios públicos domiciliarios, prevé el régimen del contrato de servicios públicos y contempla un régimen de transición.

Para los efectos de esta aclaración de voto, importa destacar lo siguiente:

a. Cuando la ley se ocupa del régimen de los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos, autoriza la celebración, entre otros, de los contratos en virtud de los cuales dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o éstas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable. La ley dispone que ese contrato puede celebrarse también entre una empresa de servicios públicos y cualquiera de sus grandes proveedores o usuarios. Ordena, además, que si las partes no se convienen, la comisión de regulación podrá interponer una servidumbre de acceso o de interconexión a quien tenga el uso del bien (Art.39.4).

b. Cuando la ley se ocupa de la regulación, control y vigilancia del Estado en los servicios públicos, crea los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios (Arts.62 a 66), asigna funciones a los Ministerios de Minas y Energía, Comunicaciones y Desarrollo (Art.67) y le ordena al Presidente de la República señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas (Art.68). Para tal efecto, la ley crea la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, la Comisión de Regulación de Energía y Combustible y la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, adscritas a los Ministerios de Desarrollo Económico, de Minas y Energía y de Comunicaciones, respectivamente (Art.69).

c. Estas comisiones son unidades administrativas especiales; con independencia administrativa, técnica y patrimonial y adscritas al respectivo ministerio. Cada una de ellas está integrada por el Ministro respectivo, tres expertos comisionados de dedicación exclusiva

designados por el Presidente de la República y el Director del Departamento Administrativo Nacional de Planeación (Art.71)

d. En ese marco, el artículo 73 regula las funciones y facultades de las comisiones especiales de regulación en los siguientes términos:

Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:

Y entre tales funciones están las siguientes:

- Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad (Art.73.8).
- Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión y establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes (Art.73.22).

e. Y entre las funciones específicas de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones se encuentran las siguientes:

- Promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado (Art.74.3.a.)
- Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado; así mismo, fijar los cargos de acceso y de

interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en la ley (Art.74.3.c).

f. La ley prevé las reglas a que se sujetan los procedimientos que tengan el propósito de producir los actos administrativos unilaterales a que dé origen el cumplimiento de ella y que no hayan sido objeto de normas especiales (Arts. 106 a 115).

En tal sentido, consagra la manera como se han de surtir las citaciones y comunicaciones, el período probatorio, la práctica de pruebas, los impedimentos y recusaciones, el término para decidir, las notificaciones y los recursos contra las decisiones que ponen fin a las actuaciones administrativas.

En relación con este último punto, el artículo 113 dispone que, salvo que la ley prevea otra cosa, contra las decisiones de los personeros, alcaldes, gobernadores, ministros, superintendente de servicios públicos y de las comisiones de regulación que pongan fin a las actuaciones administrativas sólo cabe el recurso de reposición, que puede interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación o publicación. La norma precisa que cuando haya habido delegación de funciones por funcionarios distintos al Presidente de la República, contra los actos de los delegados cabe el recurso de apelación.

3. Según lo expuesto, tiene sentido el régimen que la Ley 142 de 1994 consagra, en su Título IV, para la regulación, control y vigilancia del Estado en los servicios públicos y en virtud del cual, entre otras cosas, crea los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios y le ordena al Presidente de la República señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios por medio de las comisiones de regulación de servicios públicos, si decide delegarlas. De igual manera, tiene sentido la atribución de competencias que se hace a tales comisiones para “regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad” y para “Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades

administrativas” (Art.73.8).

Nótese cómo la ley se limita a desarrollar las facultades que la Carta le otorga al Presidente de la República en materia de servicios públicos para señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los presten. El legislador desarrolla, mas no desborda, esas facultades y de allí que la atribución de competencias que hace a las comisiones de regulación sea para regular materias como los monopolios y promover la competencia y, en ese estricto ámbito, resolver los conflictos que surjan entre empresas con ocasión de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que tal atribución sea procedente bajo el entendido que tales conflictos no corresponden decidir a otras autoridades administrativas. Es decir, se trata de conflictos susceptibles de ser decididos por la administración y que, por no haber sido confiados a otras autoridades de esa índole, incumben a las comisiones de regulación.

Este proceder es legítimo pues si la Carta le asigna al Presidente la función de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los presten, mal podría el legislador desbordar ese ámbito para asignarle funciones no sólo no previstas por ella, sino, además, incompatibles con la concepción que el constituyente tuvo para fijar la estructura y funcionalidad del poder público en Colombia y con la incidencia de esa estructura y funcionalidad como fundamento de legitimidad del poder constituido.

Bajo esos supuestos, es comprensible también la atribución que la Ley 142 de 1993 le hace a la CRT para “Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado; así mismo, fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en la ley” (Art.74.3). Esto es así por cuanto, al establecer esos requisitos generales, la CRT señala una política general de administración y control de eficiencia del servicio público de telecomunicaciones y realiza una de las atribuciones que la Carta le hace, en esa materia, al Presidente de la República.

4. Ahora bien. Por medio del Decreto 1130 de 1999 se reestructuraron el Ministerio de

Comunicaciones y algunos organismos del sector administrativo de comunicaciones. En él se detallaron las funciones de la CRT (Art.37). Entre ellas se destacan las siguientes:

- Regular los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión de redes y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la efectividad de interconexiones y conexiones, así como con la imposición de servidumbres de interconexión o de acceso y uso de tales bienes, respecto de aquellos servicios que la comisión determine (Numeral 7).
- Imponer, de conformidad con la ley, servidumbres de interconexión y de acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión o conexión de redes de telecomunicaciones así como señalar la parte responsable de cancelar los costos correspondientes (Numeral 13).
- Dirimir conflictos sobre asuntos de interconexión, a solicitud de parte (Numeral 14).

5. En este punto surge un interrogante: ¿Qué lectura debe hacerse de la facultad que le asiste a la CRT para dirimir los conflictos sobre asuntos de interconexión, a solicitud de parte?. Es decir, ¿Se trata de una facultad que debe contextualizarse en el marco de sus fundamentos constitucionales y legales? O, por el contrario, ¿Se trata de una facultad que debe determinarse con independencia de tales fundamentos y susceptible de legitimarse a partir de una racionalidad desprendida de sí misma?

En mi criterio, la lectura que debe hacerse de la facultad que un decreto ejecutivo le reconoce a la CRT para dirimir los conflictos sobre asuntos de interconexión, a solicitud de parte, es una que sea compatible con la índole de las funciones que en materia de servicios públicos la Carta le reconoce al Presidente de la República y con las reglas que ha configurado el legislador para el ejercicio de esa facultad. Es decir, se trata de funciones típicamente administrativas, orientadas, en este caso, a la fijación de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y al ejercicio del control, la inspección y la vigilancia de las entidades prestadoras del servicio público de telecomunicaciones. Con mayor razón si la misma ley ha señalado que “Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones

de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad”.

Ese es el contexto en el que debe determinarse el alcance de la facultad que se le reconoce a la CRT para dirimir conflictos sobre asuntos de interconexión pues a la administración no le está dado concebir la ejecución de la ley bajo unas condiciones que renieguen de los fundamentos constitucionales y legales de la institución de cuya ejecución se trata.

6. Ahora bien. El 27 de diciembre de 2001, la CRT, por medio de la resolución 463, fijó los cargos de acceso a las redes de telefonía a partir del primero de enero de 2002 (Art.1º).

Para ello dispuso que los operadores telefónicos deberán ofrecer por los menos las siguientes dos opciones de cargos de acceso a los operadores que les demanden interconexión: Cargos de acceso máximos por minuto y cargos de acceso máximos por capacidad. Determinó también el cargo de acceso a las redes de los operadores con posición dominante en el mercado (Art.2º), los cargos por concepto del acceso a los bienes considerados como instalaciones esenciales (Art.3º) y fijó un esquema de actualización de los cargos de acceso (Art.4º). Finalmente, en los dos últimos artículos, dispuso:

ARTICULO 5. Los operadores de TMC y TPBCLD1 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.

ARTICULO 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.

De lo expuesto se infiere que la CRT, en ejercicio de sus facultades legales, por medio de la Resolución 463 de 2001, fijó dos opciones para la determinación de los cargos de acceso a las redes de telefonía, estableció que tales cargos se aplicarían a partir de la publicación de la resolución -29 de diciembre de 2001- y reconoció expresamente las facultades de los operadores de TMC y TPBCLD de mantener las condiciones y valores vigentes en las interconexiones existentes o acogerse a las condiciones fijadas en ese acto.

7. Los efectos temporales de la aplicación de este acto administrativo son claros: En el mismo texto de la resolución se indica que ella rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, es decir, se aplica hacia futuro. No obstante, surge un problema jurídico que es necesario advertir: ¿Qué ocurre con aquellos contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de la Resolución 463 de 2001 y en los que el operador interconectante y el operador solicitante acordaron una sola opción para la determinación de los cargos de acceso?. En estos casos, ¿se mantiene el acuerdo por el término de vigencia del contrato?. O, por el contrario, ¿los operadores se hallan en el deber de adecuar el contrato al nuevo régimen?.

Nótese que este problema – cuya decisión no le incumbe al juez constitucional- no solo remite a la aplicación de un acto administrativo proferido por la CRT sino que remite también al alcance que se le ha de dar a una cláusula contenida en un contrato de interconexión suscrito entre dos operadores telefónicos: En tanto que éstos acordaron un cargo de acceso, aquél acto le impone al operador interconectante el deber de ofrecer dos alternativas para determinar los cargos de acceso y consagra el derecho correlativo del operador solicitante de optar por una de tales alternativas.

Luego, el problema jurídico suscitado no se circunscribe a la facultad de la CRT para regular los cargos de acceso, uso e interconexión de las redes de telecomunicaciones pues nadie ha desconocido esa facultad. Tampoco se trata de una actuación de la CRT relacionada con la regulación de un monopolio en esa área, ni con la afectación de la libre competencia y los derechos de los usuarios. Por el contrario, se trata de una discusión que remite a los efectos que está llamada a producir una resolución proferida por la CRT sobre un contrato previamente suscrito y en el que se acordó, en términos diferentes, el pago de los cargos de acceso.

En este punto, surge un nuevo interrogante: ¿Qué ámbito de la función pública está legitimado para conocer y resolver esa controversia?. ¿Lo está la administración en cumplimiento de sus funciones de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios; ejercer el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los presten y regular los monopolios y promover la libre y leal competencia?. O, por el contrario, ¿Lo está la jurisdicción en cumplimiento de su tarea de impartir justicia en las controversias contractuales derivadas de la aplicación de un acto administrativo a un contrato previamente suscrito?

En mi criterio, la respuesta a este interrogante es clara: Por tratarse de una controversia contractual, quien está legitimada para conocer de ella y para adoptar la decisión que en derecho corresponda es la jurisdicción pues la administración no puede ser juez de sus propios actos. Si bien ésta se encuentra habilitada para señalar las políticas generales, controlar la eficiencia de los servicios públicos; ejercer control, inspección y vigilancia sobre quienes los presten y regular los monopolios y promover la libre y leal competencia; estas facultades, con fundamento constitucional, desarrolladas por la ley y reglamentadas por la administración, no la habilitan para resolver las controversias contractuales surgidas con ocasión de la divergencia existente entre lo acordado en una cláusula contractual y actos administrativos sobrevinientes.

Así, una vez determinado el contexto constitucional y legal de las facultades atribuidas a la CRT y el ámbito de la función pública legitimado para conocer y resolver la controversia contractual suscitada entre dos operadores telefónicos con ocasión de la aplicación de un acto administrativo expedido por aquella, debía pasarse al análisis y decisión del caso concreto.

8. Del contrato suscrito el 27 de mayo de 1999 entre ETELL y ORBITEL, para efectos de esta aclaración de voto, se destacan los siguientes apartes:

a. En la cláusula cuarta se acordó que el valor del contrato está constituido por el valor de los cargos de acceso y uso de la red de ETELL, que serán pagados por ORBITEL, conforme a las condiciones establecidas en los anexos 1 y 2 y por los montos acordados por las partes para la prestación de servicios adicionales y para el uso de instalaciones esenciales y suplementarias (p.27).

b. En la cláusula sexta del Anexo No.1 Técnico Operacional se acordó que la medición de los cargos de acceso se haría en función de minutos cursados. Este punto fue objeto de una detenida regulación contenida en 12 numerales.

c. En la cláusula décima primera se acordó que las estipulaciones contractuales sólo podrán ser modificadas por los representantes legales de las partes, de común acuerdo, mediante actas de modificación bilateral del contrato (p. 29). En el párrafo primero de esta cláusula se dispuso que cuando las modificaciones se originen en disposiciones de las autoridades regulatorias, que sean de obligatorio cumplimiento en las relaciones reguladas por el

contrato, las mismas entrarán a regir de inmediato y deberán ser incorporadas al contrato mediante un acta de modificación bilateral que se suscribirá dentro de los 30 días siguientes a la vigencia de la disposición o en el término que determine el organismo regulador.

d. En la cláusula vigésima segunda se acordó el siguiente procedimiento para la solución de diferencias:

En las diferencias que surjan de la interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación de este contrato, las partes buscarán su solución en forma ágil y directa y párale efecto se acuerda el siguiente procedimiento de solución de controversias: a) Comité Mixto de Interconexión. Este Comité queda facultada para que en un término de hasta treinta (30) días calendario procure solucionar directa y amigablemente, las diferencias derivados del contrato. b) Si en la instancia del Comité Mixto de Interconexión no se logra llegar a un acuerdo, las partes acudirán a una segunda instancia conformada por los representantes legales de cada una de las partes, quienes buscarán una solución aceptable al conflicto planteado dentro de los diez (10) días siguientes. En esta etapa las partes podrán acudir a la CRT para que medie en la solución del conflicto, siempre y cuando así lo convengan. c) Si tal mediación no se acuerda por las partes o si el desacuerdo persiste, las partes acudirán a uno de los centros de conciliación de la ciudad donde tenga su sede principal cualquiera de las partes; dicho centro de conciliación será escogido dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al cumplimiento del término indicado en el literal anterior. d) Si dentro del plazo que se acaba de indicar no hubo acuerdo sobre el centro de conciliación al que se recurrirá, o si transcurridos quince (15) días calendario de la mediación del centro de conciliación no ha habido acuerdo, las diferencias serán resueltas de manera definitiva por un Tribunal de arbitramento, que se constituirá, deliberará y decidirá de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2279 de 1989 y demás disposiciones concordantes o complementarias o por las que lleguen a modificarlas o sustituirlas de acuerdo con las siguientes reglas: El arbitraje será adelantado por un Centro de Conciliación y Arbitraje especializado en el sector de las Telecomunicaciones y a falta de éste o de acuerdo en su designación por las partes será adelantado en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de Santafé de Bogotá. El fallo de los árbitros será en Derecho, a menos que se trate de aspectos exclusivamente técnicos a juicio del Comité Mixto de Interconexión, caso en el cual el arbitramento será técnico y los árbitros deberán pronunciar su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, en los términos

establecidos en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998. En cualquier caso, el fallo de los árbitros tendrá los efectos que la Ley da a tales providencias para el arbitraje en derecho, los árbitros deberán ser abogados titulados, con especialidad o experiencia comprobada en derecho de las telecomunicaciones; para el arbitraje en aspectos técnicos, los árbitros serán ingenieros especializados o con experiencia comprobada en telemática o telecomunicaciones (ps.31 y 32).

9. Después de que la CRT expidió la resolución 463 de 2001, ORBITEL le manifestó a ETELL que estaba interesada en optar por pagar cargos de acceso en función de la opción por capacidad. Ésta contestó que el contrato suscrito no se podía desconocer pero que estaba dispuesta a adelantar negociaciones para llegar a un acuerdo consentido y de mutuo beneficio. Ante tal situación, ORBITEL se dirigió a la CRT y le solicitó adelantar un procedimiento con miras a la solución del conflicto suscitado. La CRT, con base en la solicitud formulada por ORBITEL, inició una actuación con base en el artículo 4.4.6. de la Resolución CRT 87 de 1997. Luego, mediante las resoluciones 782 del 30 de julio de 2003 y 884 del 4 de noviembre de 2003, dispuso que ORBITEL le reconozca mensualmente a ETELL, la suma establecida para cargos de acceso máximo por capacidad contemplada en la Resolución 463 de 2001 para empresas de esa índole y no por minutos, como estaba contractualmente acordado.

10. Al examen de la actuación cumplida por la CRT, se advierte lo siguiente:

a. El conflicto surgido entre ORBITEL y ETELL no se circunscribe únicamente a la aplicación de la resolución 463 de 2001 expedida por la CRT. Él se extiende al contrato previamente suscrito entre tales operadores telefónicos pues en él se acordó un cargo de acceso ceñido al régimen jurídico vigente en ese momento y se pactó la manera como se realizarían las modificaciones originadas en las disposiciones de las autoridades regulatorias. Específicamente, el problema surge ante la decisión unilateral del operador solicitante de escoger una nueva opción de pago, distinta a la prevista en el contrato y susceptible de alterar sus condiciones económicas.

b. Por lo tanto, se trata de una controversia contractual en la que se deben determinar los efectos de la nueva regulación sobre el contrato suscrito y si las partes se encontraban

obligadas o no realizar, en la forma acordada, modificaciones a tal contrato.

c. Tratándose de una controversia contractual, su conocimiento es privativo de la rama judicial del poder público. Ésta es la habilitada para determinar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales y para determinar las responsabilidades consecuentes. Desde luego, esto no se opone al agotamiento del procedimiento para solución de diferencias pactado por las partes, incluida la convocatoria de un tribunal de arbitramento.

d. Como se trataba de una controversia contractual y no de un conflicto administrativo relacionado con la regulación de un monopolio o con la promoción de la libre y leal competencia, la CRT no podía intervenir como instancia de decisión del conflicto. De acuerdo con lo contractualmente acordado por las partes, la CRT podía intervenir como instancia de mediación pero no como instancia de decisión pues no está legitimada para conocer de las controversias contractuales suscitadas por la aplicación de sus propios actos administrativos a contratos preexistentes. Su conocimiento recae sobre conflictos no adscritos a otras autoridades administrativas pero no sobre conflictos de conocimiento de los jueces de la república.

e. Esa situación explica los inconvenientes con que tropezó la CRT para afirmar su competencia sobre el conflicto planteado por ORBITEL y para determinar el procedimiento aplicable pues, en rigor jurídico, no está facultada para conocer de controversias contractuales sino únicamente para dirimir conflictos sobre interconexión que no sean privativos de la jurisdicción y no atribuidos a otras autoridades administrativas.

f. Si la CRT asume el conocimiento de ese tipo de conflictos, no solo ejerce funciones ajenas a su competencia, sino que se convierte en juez de sus propios actos y desconoce el principio de separación de los poderes y la estructura que el constituyente le dio al poder público.

11. Lo expuesto evidencia que la CRT, con su actuación, vulneró el derecho fundamental al debido proceso pues al avocar el conocimiento de la actuación promovida por ORBITEL, despojó a ETELL del derecho a exigir que para la solución de las diferencias surgidas se respetara el procedimiento contractualmente acordado. Vulneró también el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia pues la CRT, con su proceder, vació la competencia de la jurisdicción para pronunciarse sobre esa controversia contractual.

Además, no solo expidió la Resolución 463 de 2001, sino que afirmó su competencia para conocer y resolver los conflictos derivados de su aplicación. Finalmente, socavó el principio de legalidad al ejercer funciones que no le están atribuidas y desconoció el principio de separación de los poderes públicos en tanto que, tratándose de una instancia administrativa, emprendió funciones jurisdiccionales.

Sin embargo, y en esto comparto el criterio de mis compañeros de Sala, no había lugar al amparo constitucional invocado dada la existencia de otro mecanismo idóneo de protección.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

1 TPBCLDN: Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Nacional

TPBCLDI: Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Internacional

TPBCLE: Telefonía Pública Básica Conmutada de Local Extendida

TMC: Telefonía Móvil Celular

PCS: Personal Communications System