

COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES-Nulidad de resolución ya derogada con efectos retroactivos / NORMAS DEROGADAS-No pueden revivirse sobre la base de una compilación con efectos retroactivos

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, contentivo 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 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.

COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES – Nulidad de resoluciones por retroactividad y derogación

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

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil ocho (2008).

REF: Expediente núm.2003- 00047.

Actoras: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN Y OTRAS

EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. EEPPM; EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTA ETB; EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI –EMCALI-; UNITEL S.A. E.S.P.; CAUCATEL S.A. E.S.P.; BUGATEL S.A. E.S.P.; TELEPALMIRA S.A. E.S.P.; TELEFONOS DE CARTAGO S.A. E.S.P.; TELEJAMUNDI S.A. E.S.P.; EMPRESA DE SERVICIOS CARVAJAL E.S.P.-ESCARSA; EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DEL LLANO E.S.P. S.A. –ETELL-; y EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE GIRARDOT S.A. E.S.P., a través de apoderado y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentaron demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de los numerales

4.2.2.19 y 4.3.8 del artículo 2º y el artículo 9º de la Resolución núm. 489 de 24 de abril de 2002, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

I.-FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA

En apoyo de sus pretensiones las actoras adujeron, en síntesis, lo siguiente:

1º: Señalan que el artículo 2º, numeral 4.2.2.19, de la Resolución núm. 489 de 12 de abril de 2002, dispone:

“Artículo 2º. El Título IV de la Resolución 087 de 1997, quedará así:

...Artículo 4.2.2.19. Cargo de acceso a las redes de telefonía. 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... (Las subrayas fuera de texto).

Según las actoras, el acto acusado, además de que fue expedido con falsa motivación, pues su verdadera intención fue volver a expedir normas y subsanar la derogatoria que efectivamente había ocurrido sobre las disposiciones de la Resolución 463 de 2001, mas no compilar las mismas, viola los artículos 11 y 12 del C.C., modificados por los artículos 52 y 53 del C.de R.P.y M, pues estas prescriben como elemento esencial para la observancia y obligatoriedad de las normas jurídicas de carácter general su promulgación mediante la inserción en el Diario Oficial; y en

este caso pugna contra el principio general que proscribe la retroactividad de los actos administrativos el hecho de que habiéndose expedido el acto el 12 de abril de 2002, y promulgado el 24 de abril de 2002, se disponga que rige cuatro meses antes de tal expedición y promulgación.

En su opinión, se vulnera el artículo 43 del C.C.A., pues éste contundentemente señala que los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no sean publicados en el Diario Oficial.

Manifiestan que se desconocen los artículos 2º y 8º de la Ley 57 de 1985, concordantes con las normas antes citadas, que ordenan que los actos administrativos de carácter general expedidos por autoridades del orden nacional deben ser publicados en el Diario Oficial como presupuesto para que puedan regir.

Que, igualmente, se violan el artículo 95 del Decreto Ley 2150 de 1995, que impone la obligación de publicar los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades del orden nacional; y los artículos 3º del C.C.A. y 209 de la Carta Política, que tipifica como principio de la función administrativa el de la publicidad.

2º: El artículo 9º de la Resolución núm. 489 de 2002, prevé:

“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”.

Sostienen que el numeral 4.2.2.19 del artículo 1º de la Resolución 463 de 29 de diciembre de 2001, fue expresamente derogado por los artículos 2º y 3º de la Resolución 469 de 12 de enero de 2002, de manera que no puede ser objeto de compilación en la Resolución 489.

Que además, con base en esta norma la CRT pretende desconocer la validez de los contratos celebrados con antelación a la vigencia de la Resolución 489 e inclusive los anteriores a la vigencia de la Resolución 463.

Aducen que la norma transcrita viola directamente los artículos 2º, 4º, 6º y 58 de la Carta Política, 1602, 1741, 1742 y siguientes del C.C.; 38 de la Ley 153 de 1887 y 14 de la Ley 555 de 2000, porque mal puede la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones autorizar a determinados operadores a mantener vigentes sus compromisos contractuales o acogerse a las condiciones previstas en la Resolución 463 de 2001, pues ello afecta la inmutabilidad de los derechos adquiridos en los contratos válidamente celebrados antes de la expedición de la norma.

Estiman que pretender autorizar por vía administrativa que los operadores cumplan o no las obligaciones contractuales de derecho privado adquiridas con otros es extraño a todo ordenamiento jurídico.

Señalan que ante la Sección Primera del Consejo de Estado se demandó la nulidad del artículo 5 de la Resolución 463 de 29 de diciembre de 2001, norma a la que se

remite el artículo 9º acusado; y que al resolver la solicitud de suspensión provisional se denegó porque no era cierto que dicha norma modificara de manera automática las condiciones y valores vigentes estipulados en los contratos de interconexión celebrados antes de su expedición. Entonces, concluyen que como en este caso el artículo 9º acusado sí modifica las condiciones y valores de los contratos, es procedente la declaratoria de nulidad impetrada.

Expresan que para demostrar el cargo basta examinar las comunicaciones dirigidas por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y Orbitel S.A. E.S.P. a los Operadores Locales; que, igualmente, la Comisión ha dado inicio a actuaciones administrativas con fundamento en tales comunicaciones que han derivado en la modificación por esa entidad de contratos celebrados válidamente por operadores telefónicos locales con antelación a la vigencia de la norma acusada, conforme consta en la Resolución 541 de 19 de septiembre de 2002.

II.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.1.-CONTESTACIONES DE LA DEMANDA.-

II.1.1.-La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, a través de apoderada, contestó la demanda, y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

Que no puede considerarse que las normas acusadas estén llamadas a producir efectos retroactivos a la promulgación de la Resolución que las contiene, dado que no se generaron situaciones jurídicas nuevas, pues la obligación impuesta a los operadores telefónicos a la que se imputa retroactividad encuentra su origen en lo dispuesto por la CRT mediante Resolución 463.

Resalta que la motivación del acto fue recopilar el Título IV de la Resolución 087 y que el contenido de la disposición cuestionada no puede considerarse como un acto generador de nuevas regulaciones a las que pueda imputárseles retroactividad.

Que, en consecuencia, la exigibilidad de su cumplimiento a partir del primero de enero de 2002 era preexistente a la Resolución 489 y se encontraba produciendo plenos efectos jurídicos dado que la norma que la estableció fue publicada oportunamente.

Destaca que es evidente que en este caso la Resolución 469 de 2002, modificatoria de la Resolución 87 de 1997, pretendió la expedición de un Régimen Unificado de Interconexión y si bien no reguló en su integridad la materia, dado que no incluyó en su texto la regulación de las condiciones referidas a los cargos de acceso a las redes

de telefonía (OBLIGACIONES TIPO B), aplicables para la interconexión de operadores de TPBC. TMC y PCS, expresamente contenidas con carácter de regulación especial en la Resolución 463, no se trató de error, omisión o voluntad derogatoria de la CRT, sino que derivó de la circunstancia demostrable de que el tema en particular era objeto de una regulación especial.

Concluye que la vigencia de la Resolución 463 resulta cierta y en consecuencia la preexistencia de la obligación aditiva de la Resolución 87 de 1997, al momento de expedir la Resolución 489, es innegable y no adquiere la connotación de obligación retroactiva, en cuanto que era imperativo su cumplimiento **a partir del primero de enero de 2002**, en virtud de norma preexistente a la recopilación.

Resalta que la CRT a través de la Resolución 489 tuvo dos motivaciones claramente expuestas: expedir el régimen general de protección a los suscriptores y usuarios de los servicios de telecomunicaciones y compilar los Títulos I, IV, V y VII de la Resolución 087 de 1997; y la expresión subrogación del artículo 10º no le cambia en sí misma la naturaleza en cuanto a su carácter de recopilación.

Hace énfasis en que aún cuando el efecto del artículo I de la Resolución 463 de 2001 sea la adición de disposiciones a la Resolución 87 de 1997 (específicamente a la sección segunda del capítulo II del Título IV), la norma jurídica técnicamente llamada a ser subrogada en forma expresa era la Resolución 463 y no una determinada disposición de la Resolución 87 de 1997.

Resalta que el artículo 2.4.2.19 de la Resolución 463 de 2001, compilado en un solo cuerpo por otras disposiciones en la Resolución 489 de 2002, obliga a los operadores telefónicos a ofrecer por lo menos dos opciones de cargos de acceso a los operadores que les demanden interconexión. Y esta disposición no crea en sí misma derechos de una de las partes frente a la otra, sino que impone la obligación del operador interconectante de que, en caso de optar por el nuevo régimen, éste le será aplicable en forma integral y respecto de todas sus interconexiones.

Que este acto de disposición no implica en sí mismo y en forma automática una modificación unilateral de la relación contractual, sino que determina las condiciones para el ejercicio discrecional de un derecho, correlativo a la obligación de otro, al que puede renunciarse, establecido en la Resolución 463.

Aduce que pretender que las condiciones económicas pactadas en los contratos de acceso, uso e interconexión no puedan variar en atención de las modificaciones de la estructura de los mercados, el uso eficiente y la razonabilidad de la remuneración, llevaría irremediablemente a la supremacía del interés particular de los operadores en la rentabilidad, que podría resultar exagerada frente a las permanentes modificaciones del entorno, sobre el interés general de la prestación de los servicios y de los usuarios.

Finalmente, alega que los contratos de interconexión sí estipulan variaciones que constituyen condicionamientos al costo pactado y que el Estado puede intervenir para establecer o modificar los factores que inciden en los aspectos pactados por las partes.

II.1.2.- La sociedad **EDATEL S.A. E.S.P.**, intervino como impugnante para defender la legalidad de las normas demandadas.

Propuso la excepción de caducidad, pues conforme lo reconoce la actora, mediante la nulidad del acto acusado se restablecen los valores y formas de pago previstos en los contratos de interconexión suscritos entre los operadores de telecomunicaciones antes de la expedición de la Resolución 489 de 2002. Luego, si esta Resolución fue publicada en el Diario Oficial el 24 de abril de 2002, la demanda presentada el 16 de enero de 2003 resulta extemporánea.

Explica que la Resolución 463 de 2001, cuyo objeto era la modificación de los cargos de acceso, así como la Resolución 469 de 2002, que define el régimen de interconexión de las redes y servicios de telecomunicaciones y el Decreto 25 del mismo año, que establece el nuevo plan nacional de numeración, constituyen un conjunto de normas que la CRT preparó con el fin de adoptar la regulación nacional a las necesidades del país y a los cambios que se estaban produciendo, conforme a las tendencias internacionales, los cuales además estaban plasmados en normas como el IV Protocolo Anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios,

aprobado por la Ley 671 de 2000, la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y la Resolución 432 de 2000, expedida por la Secretaría General de la Comunidad Andina y la Ley 555 de 2000.

Alude a que algunas de las empresas que prestan el servicio domiciliario de telefonía pública, básica conmutada prepararon un documento titulado “CARGOS DE ACCESO Y EL PROCESO DE APERTURA Y CONVERGENCIA DE LA INDUSTRIA DE LAS TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA”, que sirvió de referencia para la adopción de los valores definitivos.

Resalta que la Resolución 489 de 2002 no es un simple acto de compilación, pues con ella se expide el Régimen General de Protección a los Suscriptores y Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones, además de que prevé expresamente la derogación de algunas disposiciones.

Estima que la actora confunde la unificación que hizo la CRT de varias Resoluciones que había expedido en un solo acto administrativo, con las facultades de compilación que el legislador otorga al Ejecutivo con el fin de lograr la sistematización en un cuerpo de varias leyes sobre una misma materia y que correspondan a la figura de un código, cuya competencia para su expedición es del legislador.

Cuando la CRT definió los cargos de acceso actuó dentro de su competencia, pues es una materia que el legislador ha asignado al regulador aún antes de la expedición de la Ley 142 de 1994 y por tanto no puede ser objeto de acuerdo entre particulares.

En relación con el artículo 9º de la Resolución 489 de 2002, adujo que es importante recordar que durante mucho tiempo el sector de las telecomunicaciones en Colombia, como en el resto del mundo, permitió la existencia de subsidios cruzados entre los servicios de telefonía de larga distancia y telefonía local, esquema este que se sustentaba en un modelo monopólico que cobraba unas tarifas muy altas por los servicios de larga distancia considerados como suntuarios y a los que solo la población de mayores ingresos tenía acceso.

Con la expedición de la Ley 142 de 1994 se modificó dicho esquema de participaciones, prohibiendo los subsidios cruzados entre servicios y ordenando que los pagos que se debían hacer por el uso de las redes de otros operadores, debían basarse en los principios del régimen tarifario, en especial, el de eficiencia económica, que obliga a que las tarifas se orienten conforme a los precios que se obtendrán en un mercado en competencia, y el de suficiencia financiera que prevé que los precios se basen en los costos eficientes de la prestación del servicio. Así mismo, se otorgó competencia a la CRT para que fije dichos valores (artículos 73, 73.22, 74, 74.3).

Que, incluso, antes de la Ley 142 de 1994 también se había previsto que la CRT fijara el valor de los cargos de acceso para los operadores de telefonía móvil celular, los cuales fueron definidos por la Resolución 002 de 1993, complementada por la Resolución 020 de 1995.

Explica que, posteriormente, con la apertura de los servicios de larga distancia nacional e internacional y conforme a lo dispuesto en el literal c) del artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994, mediante la Resolución 034 de 1996 se fijaron los valores de los cargos de acceso que debían pagar los operadores de larga distancia y los valores fijados en la Resolución 023 de 1995, fueron modificados por la Resolución 045 de 1996, por lo que, contrario a lo afirmado por la parte actora, la definición de los valores de los cargos de acceso generalmente no ha sido objeto de acuerdo entre las partes, sino que los mismos han sido fijados por la CRT.

Que, por último, con la expedición de la Ley 555 de 2000, que reglamenta la concesión de los servicios de comunicación personal, nuevamente se reiteró la necesidad de fijar el régimen de interconexión y como parte del mismo los cargos de accesos que podían cobrarse por este concepto (artículo 15).

Hace énfasis en que **la definición de los cargos de acceso no ha sido nunca un elemento sobre el cual las empresas hubieran podido disponer en los contratos.**

II.1.3.- La sociedad **ORBITEL S.A. E.S.P.**, intervino como impugnante para defender la legalidad de las normas demandadas.

Al efecto, expuso, esencialmente, lo siguiente:

Que por ser los servicios públicos de telecomunicaciones una institución esencial, el ente regulador impone reglas sobre el contenido de los denominados “contratos de interconexión”, también llamados simplemente “acuerdos de interconexión”, de manera que no se trata de pactos regidos íntegramente por la voluntad autónoma de las partes, sino de convenios que deben celebrarse inclusive contra el querer del operador establecido o incumbente, que es aquel a quien otro operador solicita la interconexión entre sus respectivas redes.

Que en lo que hace a los precios o tarifas que el incumbente puede cobrar por la interconexión, también la tendencia universal es la de estar obligado a trabajar bajo el esquema de “oferta pública” y de respeto al principio de “costos más utilidad razonable”, con el fin de asegurar la transparencia del mercado y precaver que el incumbente impida la competencia del solicitante. De otra manera este último se vería obligado a recuperar el mayor costo de la interconexión a través de más altas tarifas a los usuarios del servicio público que provee.

La interconexión debe considerarse como un procedimiento mediante el cual los operadores utilizan las redes de sus competidores como medio complementario o

sustitutivo de las propias, para la prestación de los servicios de telecomunicaciones a sus usuarios. Los efectos de mayor relevancia que deben obtenerse a partir de que la interconexión se impuso como obligación a todos ellos, son los de disminuir las necesidades de inversión de los operadores que ingresan al mercado; garantizar la conectividad de todos los usuarios en un entorno de multioperadores, así como racionalizar y hacer rentables las inversiones en infraestructura de difícil o imposible duplicación, que en el caso colombiano comporta un análisis de rentabilidad de inversiones, muchas veces realizada a expensas de los mismos usuarios, en la medida en que trascienden los intereses de las partes vinculadas por ellos.

Señala como antecedentes del régimen legal de la interconexión a los artículos 11 de la Ley 72 de 1989 y 24 y 58 del Decreto 1900 de 1990; que se afianzó con la expedición de la Carta Política de 1991 (artículo 365).

Señala que la Ley 142 de 1994 contiene disposiciones claras en relación con la interconexión (artículo 8º, 8.3, 11, 11.1, 11.2 y 11.6, 28, 39, 39.4, 73, 73.2, 73.7, 73.8, 73.9, 73.18, 74. 74.3; y que la Ley 555 de 2000 estableció que todos los operadores deben permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro operador de telecomunicaciones que lo solicite, DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES ESTABLECIDOS POR LA CRT.

Que el concepto y tratamiento regulatorio de los denominados “CARGOS DE ACCESO” ha evolucionado, y es así como TELECOM fue operador monopólico del servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia nacional e internacional y reconocía a los operadores de telefonía local los costos por concepto de la utilización de su respectiva infraestructura al originarse las llamadas y al recibirse en el lugar de destino mediante participaciones en los ingresos recibidos de los usuarios.

Que este sistema consistía en el reconocimiento de sumas de dinero por TELECOM a las empresas locales, que inicialmente dependía del número de líneas instaladas en planta interna (Decreto 1593 de 1976) y, posteriormente, del tráfico entrante y saliente (Decreto 1778 de 1987), pero el sistema de cobro no estaba vinculado a los costos de la prestación del servicio por la utilización de sus redes.

Que por razón del monopolio, cuyas tarifas no guardaban relación con los costos de prestación de los mismos, y como consecuencia del sistema de participaciones, que tampoco consideraba los inherentes al uso de las redes locales, se generó una importante distorsión en los precios al público por concepto de los servicios de telefonía, tanto local como de larga distancia.

Que con la apertura a la competencia de los servicios públicos se modificó el paradigma de su prestación a precios políticos, por debajo de los costos de operación, con los cuales se pretendía aplicar el principio de solidaridad y acercar los

servicios a la población más pobre y vulnerable. En un ambiente de competencia no se puede exigir a los operadores que proporcionen los servicios a pérdida.

Desde la apertura de los servicios públicos a la competencia y con motivo del ordenamiento legal que por disposición de la Constitución Política se expidió para regularlos, los cargos de acceso han sido fijados inveteradamente por el organismo regulador competente: la CRT y jamás han sido materia de acuerdo. Con arreglo al artículo 978 del C.de Co., el precio y las condiciones del contrato se sujetan a los respectivos reglamentos.

Explica que vencido el término fijado en el artículo 1º de la Ley 286 de 1996, para que las empresas de telefonía local nivelaran sus tarifas, la CRT estaba obligada a hacer realidad el mandato del artículo 100 de la Ley 142 de 1994, que prohíbe los subsidios entre empresas de servicios públicos. Que por esta razón y atendiendo a las tendencias vigentes a nivel internacional, la CRT dispuso la disminución progresiva de los cargos de acceso, que ella misma había fijado desde 1996, e introdujo la posibilidad de que los mismos se determinaran bien por el sistema de uso o tráfico efectivamente cursado (minutos o fracciones) o bien por el de capacidad, es decir, por la cantidad de enlaces “E1s” disponibles en la interconexión para cursar las llamadas entrantes y salientes en un período determinado.

Destaca que el artículo 14 de la Ley 555 de 2000, referente al régimen de interconexión, acceso y uso, previó que “todos los operadores de

telecomunicaciones deberán permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro operador de telecomunicaciones que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Con base en esta norma el organismo adoptó el Régimen Unificado de Interconexión- RUDI- y modificó el previsto en el Título IV de la Resolución 087 de 1997 para los servicios de telefonía pública básica conmutada.

Explica que conforme se sostiene en la Circular 40 de la Dirección Ejecutiva, publicada el 22 de marzo de 2002, y que obra en el Acta núm. 94 correspondiente a la sesión de la Junta Directiva del organismo celebrada el 21 de diciembre de 2001, la CRT aprobó en el curso de la misma reunión tanto el texto del proyecto de Régimen Unificado de Interconexión RUDI como el de la regulación de “CARGOS DE ACCESO” y así se desprende del texto de las resoluciones 469 de 2002 y 463 de 2001; empero, infortunadamente, el órgano regulador incurrió en la inconsistencia de expedir primero la CRT 463 de 2001, el 27 de diciembre de 2001 y luego el 4 de enero siguiente la CRT 469 de 2002.

Que según las dos Resoluciones, en forma concordante con el ordenamiento superior, sus disposiciones adquirirían vigencia a partir de la fecha de su respectiva publicación (29 de diciembre de 2001 y 12 de enero de 2002); y esta inconsistencia generó que con el artículo 3º de la Resolución 469 de 2002, denominado derogatoria

y vigencia, se derogara el Título IV de la Resolución CRT 087 de 1997, que ya había sido modificado por la Resolución CRT 463 de 2001.

A su juicio, el contenido de las dos Resoluciones no es en ningún caso contradictorio, sino evidentemente complementario.

Expresa que tanto en el epígrafe como en uno de los considerandos de la Resolución 489 de 2002, de la que forman parte las normas impugnadas, la CRT expresó la intención de compilar las disposiciones relativas a diversos títulos de la Resolución CRT 087; y que este tipo de actos administrativos de carácter general no requiere motivación, de suerte que un equívoco en los considerandos no conduce en manera alguna a la nulidad de las disposiciones expedidas con plena competencia y cuyo contenido material se ajusta en un todo al ordenamiento superior; y que, igualmente, eventuales imprecisiones en el epígrafe no modifican la naturaleza, objeto, alcance y cometido de las disposiciones dictadas al amparo de precisas facultades legales ni afectan la validez de tales disposiciones.

Frente a la nulidad del artículo 9º de la Resolución 489 de 2002, adujo que la CRT se encuentra legalmente facultada para fijar los cargos de acceso, razón por la cual no se requiere de acto con fuerza de ley para modificar el régimen inherente a los mismos.

Enfatiza en que la expedición de normas como las acusadas constituye un claro desarrollo de los artículos 333, 334, 365, 366, 367 y 370 de la Carta Política, y que por virtud de la Ley 142 de 1994 las Comisiones de Regulación han recibido por delegación del Presidente de la República facultades para intervenir en la prestación de los servicios públicos domiciliarios por medio de la regulación, con el objeto de alcanzar los fines previstos en las mismas normas, que apuntan al aseguramiento de la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios a toda la población. Al efecto trae a colación apartes de las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Expediente 11744, Consejera ponente doctora María Elena Giraldo Gómez; y C-444 de 26 de agosto de 1998, de la Corte Constitucional.

Hace hincapié en que los operadores no tienen derechos adquiridos respecto de los cargos de acceso que la CRT había fijado en el pasado y aunque los contratos de interconexión fueron celebrados bajo el imperio de la regulación anterior a la expedición de la Resolución 489 de 2002, los efectos que en la actualidad se producen y los que en el futuro se producirán son meras expectativas.

El tema de los cargos de acceso no es un asunto de carácter particular que se haya dejado a la libre voluntad de las partes, sino que por el contrario, el legislador dispuso que fuera manejado por la CRT. Es decir, que los cargos de acceso son un asunto regulatorio y no contractual.

Finalmente, sostiene que en el caso del suministro de interconexión es aplicable el artículo 978 del C.de Co,. Conforme al cual 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; y que en los contratos de tracto sucesivo, múltiple o de ejecución diferida, están expuestos a las variaciones que puedan presentarse en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que regían al momento de su celebración.

Que los actores buscan obtenerla nulidad de unas Resoluciones de carácter particular para asegurar el restablecimiento de unos derechos que en su opinión han sido vulnerados, empero en este caso no se reúnen los requisitos que el Consejo de Estado ha exigido para que proceda la acción de nulidad frente a actos particulares.

III.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo, se muestra partidario de que se acceda parcialmente a las pretensiones de la demanda, esto es, en lo que respecta a los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8, contenidos en el artículo 2º de la Resolución 489, referentes a Cargo de acceso a las redes de telefonía, en cuanto dispusieron un efecto retroactivo.

En lo concerniente a la nulidad del artículo 9º de la Resolución 489 de 2002, estima que está ajustado a la legalidad, pues de acuerdo con el artículo 68 de la Ley 142 de

1994 el Presidente de la República puede señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le asigna el artículo 370 de la Constitución Política, por medio de las Comisiones de Regulación de Servicios.

Trae a colación apartes de la sentencia C-444 de 1998, en la cual la Corte Constitucional determinó el alcance de las facultades de la CRT, concretamente, la de fijar los cargos de acceso y de interconexión a las redes de telecomunicaciones del Estado.

Concluye que la norma acusada no modifica las condiciones previamente establecidas en los contratos, sino lo que hace es ofrecer otra opción diferente a la consignada en ellos, lo cual es facultativo para el operador.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que en este caso, la Sala accede a la prelación solicitada por el señor Procurador General de la Nación, obrante a folios 992 a 996, debido a la importancia jurídica y trascendencia del asunto en el litigio, a que alude el inciso 1º del artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

La Resolución CRT 489 de 12 de abril de 2002, contentiva de las normas acusadas, contrario a lo afirmado por la empresa ORBITEL S.A. E.S.P., impugnante en este

proceso, es de carácter general, y precisamente su apoderada así lo reconoce cuando en uno de los apartes de su escrito señala que “este tipo de actos administrativos de carácter general” no requiere motivación. De tal manera que la acción procedente es la de nulidad instaurada y no la de nulidad y restablecimiento del derecho, máxime si las pretensiones de la demanda no se refieren a restablecimiento de derecho alguno ni la eventual declaratoria de nulidad conlleva un restablecimiento automático.

Este razonamiento resulta igualmente válido para desechar la excepción de caducidad formulada por la empresa EDATEL S.A. E.S.P., impugnante en el proceso.

El artículo 2º, numerales 4.2.2.19 y 4.3.8, de la Resolución núm. 489 de 24 de abril de 2002, acusados, disponen:

“Artículo 2º. El Título IV de la Resolución 087 de 1997, quedará así:

... Artículo 4.2.2.19. Cargo de acceso a las redes de telefonía. 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...” (Las subrayas fuera de texto corresponden al aparte cuestionado por las actoras).

“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.....” (Las subrayas fuera de texto corresponden al aparte cuestionado por las actoras).

Es preciso señalar que en el proveído que admitió la demanda y resolvió la solicitud de suspensión provisional (folios 244 a 255) se decretó la medida precautoria de suspensión de los efectos de la expresión “A partir del primero de enero de 2002”, contenida en el artículo 2º, numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 acusados, porque la estimó la Sala violatoria de los artículos 11 y 12 del C.C., 52 y 53 del C.de R.P.y M y 43 del C.C.A, disposiciones estas de orden superior que prevén que todo acto de carácter general solamente es obligatorio cuando haya sido publicado en el Diario Oficial, circunstancia que sólo será predicable del citado artículo desde cuando tuvo lugar el supuesto de la difusión de la Resolución respectiva; y en este caso la publicación de la Resolución 489 contentiva de las disposiciones controvertidas se hizo el 24 de abril de 2002, según consta a folio 173, luego ellas no podían tener fuerza vinculante antes, so pena de vulnerar el principio de irretroactividad, implícito en las normas legales que consagran la obligatoriedad de los actos de carácter general después de su promulgación.

Para dilucidar la controversia es menester tener en cuenta los antecedentes de la Resolución 489, contentiva de las disposiciones acusadas.

Observa la Sala que la CRT expidió **el 27 de diciembre de de 2001**, la Resolución núm. 463, a través de la cual **modificó los títulos IV y V de la Resolución 087 de**

1997,y, particularmente, adicionó en el título IV el numeral 4.2.2.19 y 4.3.8 , aquí acusados(folios 336 a 340).

El **4 de enero de 2002**, la CRT expidió la Resolución 469, en cuyo artículo 3º dispuso (folio 335):

“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...(Se resalta fuera de texto)**

El artículo 2º de la Resolución 489 de 12 de abril de 2002, dispone:

“Artículo 2º. **El Título IV de la Resolución 087 de 1997, quedará así.....:**

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, contentivo 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 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.

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

F A L L A:

DECLÁRASE no probada la excepción de caducidad propuesta por la sociedad EDATEL S.A. E.S.P.

DECLÁRASE la nulidad de la expresión “a partir del primero de enero de 2002”, contenida en el artículo 2º, 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 9º, ibídem.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 21 de agosto de 2008.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Ausente con excusa

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN