

**LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE INTERCONEXIÓN EN EL
DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA, SEGÚN LA
LEY, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EN COLOMBIA Y ESPAÑA**

JULIO ALBERTO DAVID VELA

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

TUTOR:

Diego Fernando Peña Peña

BOGOTÁ D.C 2017

Julioalbertod@gmail.com

Cel.: 3144307737

TABLA DE CONTENIDO

1. Introducción	3
2. El contrato de interconexión según la Ley.....	8
3. El contrato de interconexión según la doctrina colombiana y española	15
3.1 Ubicación en la clasificación de las telecomunicaciones	15
3.2 Concepto de interconexión, y temas conexos	15
3.3 Principios que orientan el contrato	22
3.4 En relación con el papel del órgano regulador español	26
3.5 Requisitos elementales del contrato de interconexión.....	28
3.5.1 Análisis según el artículo 1501 del Código Civil	29
3.5.2 Análisis según el artículo 1502 del Código Civil	34
4. El contrato de interconexión según la jurisprudencia en España y Colombia.....	38
4.1 En lo referente a la jurisprudencia española	38
4.2 Referente a la jurisprudencia Colombiana.....	43
4.3 Operacionalidad de ejecución irregular o variable, como resultado de la costumbre	62
5. Conclusiones.....	64
6. Referencias bibliográficas.....	66

1. Introducción

El mundo del derecho civil, en la actualidad se encuentra en un panorama muy diferente al de generaciones anteriores, por una especial razón, la vida de la tecnología va mucho más rápido que la vida humana, el crecimiento de avances tecnológicos hasta la fecha, son increíbles, en absolutamente todas las disciplinas de la vida, tanto como para pasar a la milicia con drones en vez de soldados, como para ver en el 2018 el primer trasplante de cabeza en seres humanos, dominio absoluto de la genética humana, lo que lleva a la creación de seres humanos, como si fuesen un bien de producción en masa, la solución de conflictos gracias a la tecnología, e incluso ver en las mismas calles de Bogotá, automóviles totalmente eléctricos, tema que no solo es objeto de la ciencia jurídica, sino de los mismos estudios de la bioética, evocando una problemática esencial, ya que según Torregrosa (2016, p.157) “los sujetos de investigación son personas”.

Teniendo en cuenta, por otro lado que de las aéreas de la evolución tecnológica, la telefonía celular guarda un lugar crucial, ya que bajo esta se puede mantener contacto limpio y directo entre extremos del mundo, dando cabida a un mundo globalizado, lo que lleva a la unificación de sistemas sociales, económicos y jurídicos, y por supuesto, este avance exponencial de la tecnología resulta como objeto principal del derecho, y en el mundo del derecho privado y comercial, por lo que resulta clave el tema de la tecnología, así, teniendo como base este hecho social, se sabe que el derecho muta y cambia respecto de este, como lo diría el mismo Savigny (1908) en una teoría historicista, infiriendo de sus textos que el derecho es el fruto de los cambios de las sociedades y su historia, y así, para los estudiosos del derecho comercial, resulta obvia la duda de cuál es el trasfondo jurídico de todos estos avances, tanto en el derecho procesal con la aplicación de la oralidad, la cual según Carreño (2016) implica la utilización de la tecnología, virtualidad, y la forma de estar interconectados, como en el derecho sustancial, o siendo aún más preciso, el derecho contractual, y por ende comprender que contratos existen en este negocio.

Por ende, si quisiera esta tecnología ubicarse en una rama del derecho, tendría que remitirse al *Derecho de las Telecomunicaciones*, entendiendo por supuesto que telecomunicación refiere etimológicamente al latín *Tele* ; a distancia, y al latín *comunicare*; comunicación, es decir la rama del derecho que regula la comunicación a distancia, entendiendo según Velásquez (2015 p. 142) que: “Las TIC son hoy la base legal para que con las tecnologías se consolide el desarrollo social, económico y la competitividad para una sociedad de la información y del conocimiento”, componiendo esta los negocios de televisión, radio, internet y telefonía, de las cuales la última

resultará como primer motivo para esta investigación.

Es decir, para ser más precisos el derecho que regula la telefonía, y por ende la telefonía fija y celular, identificando que, Gonzales y Herrera (2012), dan claridad de los contratos que se dan en el derecho de las telecomunicaciones, infiriendo de su texto que estos serían la agencia comercial, contrato de distribución e intermediación, concesión, e interconexión, siendo este último el cual da luz a esta investigación, ya que aparentemente, según la doctrina, es el contrato clave en esta rama del derecho, y no solo el más importante sino el cual tiene menos abundancia de estudios.

Por ende, como fuente formal primaria de derecho, la ley fue donde se empezó a estudiar este particular contrato, pero como se podrá observar, lo que la ley dice acerca del contrato de interconexión, en relación a su naturaleza jurídica, es dudoso, impreciso e insuficiente, por lo cual, dichos vacíos conceptuales dan motivo a esta investigación, es decir, la pregunta problema, ¿cuál es la naturaleza jurídica del contrato de interconexión en el derecho de las telecomunicaciones en Colombia?

Este problema jurídico que encuentra importancia, en que los grandes operadores de telecomunicaciones, en el momento de celebrar el contrato, según la investigación realizada, no están realmente seguros de la naturaleza del contrato que celebran, lo que se manifiesta en cuantiosos pleitos arbitrales, estableciendo entonces que el contrato más importante en el derecho de las telecomunicaciones en Colombia, es un contrato que ni siquiera sus naturales contratantes comprenden, así, como resultado de la investigación, e hipótesis planteada, se puede denotar que como primer elemento que converge acerca del tema, será su atipicidad.

Como es de conocimiento, el mundo de los contratos atípicos legalmente entendidos es, como necesite el mercado y economía del país, como manifestación más grande de la imaginación en creación de contratos, sentido en el cual este contrato es pionero, siendo atípico tanto en la teoría clásica, es decir “aquel contrato que no está regulado en la ley”, cómo definiría Ortiz (2013, p. 43), como también en la teoría moderna, la cual refiere según Camacho (2005) y Cámara (2008), a que la tipicidad es social.

Siendo importante aclarar que es segunda la cual se utilizó en la presente investigación, viendo que un conglomerado mercantil amplio, no está de acuerdo acerca de cómo se concibe el contrato en totalidad, característica importante, pero que no se considera natural, o que no hace parte de la naturaleza jurídica, ya que sí, después de tiempo, a razón de diferentes circunstancias

económicas y jurídicas, el conglomerado mercantil, se pone de acuerdo en relación a como se concibe el contrato, este dejaría de ser atípico, por lo que esta característica podría no permanecer, igual que la característica de adhesión, ya que se considera que esta no está acorde a derecho.

Pero en relación a las características que se consideran naturales, se afirma que estas refieren a ser un contrato bilateral, conmutativo, de tracto sucesivo, oneroso, consensual, de derecho privado, de normas de orden público, operacional de ejecución irregular o variable e intervenido, el cual debe tener como último fin y causa la protección del derecho fundamental, características que se vieron deducidas a través del estudio de la ley, doctrina y jurisprudencia, (y *por costumbre mercantil, en relación al elemento de la operacionalidad*).

Siendo importante aclarar, que estas tres fuentes del derecho, materializan la estructura capitular de la investigación, teniendo en cuenta, que Fonseca (1992, p. 35), afirma que “las fuentes formales del derecho colombiano, en general, son la ley, la costumbre, la doctrina constitucional y los principios generales del derecho sustancial y procesal”, a lo que Iregui (2014, p. 13 y 14) comenta, en relación a este punto, afirmando que “es así como las fuentes materiales serían todos los factores que nutren a las fuentes formales, esto es, todo elemento o factor que contribuye a fijar el contenido de la norma jurídica”, teniendo en cuenta, que en opinión particular de Iregui (2014, p. 13 y 14) “las fuentes formales serán el resultado de un procedimiento para la formación del derecho, bien sea como acto de poder del estado o por el órgano que lo expide”.

Por lo que analizando los dos aspectos doctrinales evocados, es posible afirmar, que las fuentes formales referirán a la ley, costumbre y jurisprudencia, y la fuentes materiales, a la doctrina, y las circunstancias económicas, sociales y políticas, así, bajo esta clasificación, se deja claro, que específicamente, las circunstancias económicas, sociales y políticas, encuentran recopilación y explicación, a razón de la doctrina, en el caso estudiado en la presente investigación, aclarando por supuesto que hay opiniones doctrinales que manifiestan que la jurisprudencia es fuente material, como lo manifiesta Schiel (2008).

Ahora, en cuanto a la costumbre mercantil, ya que solo una de las características se ve manifestada por esta, se incorporará como parte del análisis jurisprudencial, y no como un capítulo aparte, analizando que en el contrato de interconexión, las practicas reiteradas y uniformes, se basan en lo evocado por la ley escrita, como el cobro de el peaje razonable, o que debe haber más de un sujeto contratante, pero el resto de características *naturales*, se ven

dilucidadas por decisiones judiciales, y por las circunstancias económico-sociales- políticas y jurídicas recopiladas por la doctrina, teniendo en cuenta que una práctica reiterada y uniforme, que halle origen en la ley estrictamente, no podrá considerarse como costumbre, y finalmente, en relación a la fuente relacionada con los principios generales, se podrá denotar a través de la investigación, que esta estará materializada de forma transversal a todos los capítulos.

Por otro lado, es de importancia aclarar que la jerarquía entre las fuentes evocadas implicaría que la primera es la ley, después, la costumbre, luego la jurisprudencia, y finalmente la doctrina, orden que no se encuentra manifestado jerárquicamente en la estructura capitular, por motivos de mejor comprensión conceptual, sin desconocer el orden jerárquico evocado en la Constitución y la ley.

En cuanto a la metodología utilizada en esta investigación, referirá a la metodología deductiva, cualitativa, y de línea jurisprudencial, comprendiendo claro, que la utilidad de entender la naturaleza jurídica de este contrato, se representa en que si esta, es completamente clara, los contratantes entenderán exactamente que obligaciones y derechos están contrayendo, y tendrán completa comprensión de las implicaciones de la contratación.

Teniendo en cuenta por supuesto, que el concepto de *naturaleza jurídica*, no es un concepto pacífico, entendiendo que el sentido utilizado en esta investigación, será el sentido dado en los laudos arbitrales recopilados en relación al contrato de interconexión, mismo sentido que se da por parte de González y Herrera (2012), el cual refiere a que la naturaleza jurídica no es otra cosa sino las características naturales del contrato, es decir, aquellas características que siempre se van a ver inmersas en el negocio, las cuales definirán los derechos, obligaciones y fines últimos, lo que lleva a comprender a cabalidad este contrato propio del derecho de las telecomunicaciones.

Teniendo en cuenta por supuesto, en relación a lo anterior, que no todas las características de los contratos refieren a la naturaleza jurídica, pero aquellas que permanecen, siendo *naturales*, si se relacionarán con ella, sentido que también se utiliza por parte de Nakagawa, que afirma que la *naturaleza institucional* del contrato de interconexión, consta de ser un contrato privado, regulado e intervenido, dejando claro, entonces que la naturaleza institucional, refiere a las características naturales y propias de un determinado contrato, pudiendo analizar similitud entre el concepto de *naturaleza jurídica*, como se determina en la doctrina y jurisprudencia en Colombia, y *naturaleza institucional*, como se denomina en la doctrina en España y Europa.

Así, teniendo en cuenta lo comentado anteriormente, al dejar clara la naturaleza del

contrato, el principal problema en los contratos de interconexión, se vería corregido, y por ende se salvarían miles de millones de pesos en controversias judiciales, comprendiendo además, que a través de esta investigación se aporta a la ciencia jurídica, al mostrar una nueva forma y modalidad de contrato mercantil, la cual no se encontraba clasificada en la doctrina de derecho comercial ni civil, entendiéndose que al incorporar esta nueva forma contractual, se adapta el derecho, a los nuevos e intempestivos caminos de la tecnología, relación que según Ballesteros (2016), encuentra deficiencias a la hora de la aplicación, como en el caso de la oralidad en materia procesal.

2. El contrato de interconexión según la Ley

Como primera parte del texto, se analizará la ley y resoluciones emitidas por el órgano regulador, ya que como objetivo de esta investigación esta hallar la naturaleza jurídica del contrato de interconexión, sea en la ley, en la doctrina o en la jurisprudencia, pero como resultará evidente, la respuesta acerca de la naturaleza jurídica no se encuentra totalmente en la primera fuente de derecho, es decir, la ley, por ende, este mismo vacío es lo que motiva el texto en su totalidad, además, siendo este un contrato atípico, (tanto en la doctrina clásica como la moderna), son muchas las dudas que se generan en relación a este particular contrato, pero por supuesto para pasar a la respuesta que brindan los estudiosos del derecho de las telecomunicaciones, y la jurisprudencia que existente en relación al tema, se tendrá que ver y conocer claramente que dice la ley.

En primera medida es de necesidad remitirse a una ley que será transversal a toda la investigación, la Ley 142 de 1994, ley que tiene como objeto regular los servicios públicos domiciliarios, como lo es el derecho de telecomunicaciones, ley de la cual se analiza un artículo en particular, el cual junto con una norma que se estudiará a continuación, serán la materia prima y principio para comprender el contrato de interconexión y más específicamente su naturaleza jurídica.

El capítulo segundo de esta Ley, trae consigo los contratos especiales para la gestión de servicios públicos, que en su artículo 39.4 establece una especie de definición del contrato de interconexión, y como se puede analizar, el artículo tiene como sub-divisiones dos partes, la primera donde se muestra una libre negociación de las partes en relación al acceso compartido o interconexión, concepto que el artículo no deja claro, y una segunda parte donde se explica que si los contratantes no llegan a un acuerdo, el ente regulador, tendrá la potestad de imponer una servidumbre, aun no sabiendo que es lo que se negocia por supuesto, ya que en este artículo no se dan más elementos que la mera enunciación de la interconexión, pero por supuesto, como se verá más adelante, se adentrará la investigación en dicho concepto.

De este artículo es posible identificar quienes son los que pueden llevar a cabo este contrato, como lo dice el artículo, serán “dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o

éstas con grandes proveedores o usuarios y también una empresa de servicios públicos y cualquiera de sus grandes proveedores o usuarios”, y como segundo elemento se puede identificar que el contrato, tiene dos etapas, la primera, de libre negociación, propia de un contrato de naturaleza de derecho privado, y una segunda etapa, la cual no parece tanto de derecho común, además, que por la denominada “interconexión” una parte tiene que pagar un peaje razonable, pero es no posible extraer más elementos, ya que la fuente es muy corta, por lo cual, es de necesidad remitirse a la segunda norma que habla del concepto de la interconexión, la resolución 87 de 1997, fuente muy importante para determinar el concepto y naturaleza jurídica del contrato.

Así, bajo esta normativa, tal vez si se puedan identificar más elementos, por lo que se puede establecer, en primera medida, que es un *negocio jurídico*, es decir una exteriorización de la voluntad que busca crear, modificar o extinguir una relación jurídica, con efectos lícitos, pero atendiendo a la norma anterior, respecto del elemento del peaje razonable se afirma que es de carácter económico, por lo cual es un negocio jurídico de carácter económico, es decir, un contrato, por lo cual ese primer elemento establecido en la normativa no es muy preciso.

Pero dice luego que “establece la relación obligacional de los operadores solicitantes e interconectantes, respecto a la interconexión de sus redes de telecomunicaciones”, es decir, que regula derechos y obligaciones, pero en relación a un concepto que no define la normativa, ni la norma anterior relacionada con los servicios públicos, es decir la “interconexión”, por lo cual, con este contenido no podría decirse cuales son dichas obligaciones y dichos derechos que se deben cumplir con ocasión al contrato, ni manifiesta muchos elementos para determinar la naturaleza jurídica, que hasta el momento es posible identificar como oneroso, y bilateral hasta cierto sentido.

Pero, evidentemente estos son elementos que se dan en muchos más contratos, por lo cual no se puede hacer una individualización de sus características, con motivo de individualizar el contrato respecto de otros, además de decir que los anexos, adiciones, modificaciones o aclaraciones hacen parte del contrato, por lo que se puede afirmar que con estas dos definiciones legales no se puede llegar al objetivo principal.

Pero, más adelante bajo concepto traído de la Resolución CRT-469 de 2002 (la cual modifica en parte la CRT 87 de 1997), se da una definición de la interconexión, y dice que por el pago de una de las partes de un peaje razonable, técnicamente, la otra deberá vincular recursos físicos y soportes lógicos, para permitir, dice la norma, el correcto funcionamiento interactivo de

redes y la operabilidad de servicios, por lo cual aparentemente la ley evoca cuales son en primera medida las prestaciones debidas, pero se da el interrogante de cómo o de que naturaleza jurídica es esa vinculación, además, no se establece como ha de realizarse esa vinculación, ni se sabe a qué rama del derecho atiende esta vinculación.

Más adelante, en el artículo 1.3.29 de la misma resolución, se define la interconexión directa, el cual refiere a que es “la interconexión entre las redes de dos operadores que comparten al menos un punto de interconexión entre ellas”, y por otro lado, la resolución 87 del 1997, define la interconexión indirecta, bajo el cual se establece que es aquella que “permite a cualquiera de los operadores interconectados, cursar el tráfico de otros operadores a la red del operador interconectante, siempre que no se contravenga el reglamento para cada servicio”.

Y por último, se define inter-funcionamiento de redes e interoperabilidad de los servicios, refiriendo el primero a “el correcto funcionamiento de dos redes interconectadas” y el segundo al “correcto funcionamiento de los servicios que se prestan sobre dos redes interconectadas”. Lo anterior complementa la definición antes descrita en la ley de servicios públicos y el RUDI, pero no dice si son los fines últimos del contrato, y lo más importante, que da elementos más técnicos (de ingeniería) que jurídicos.

Por ende, con dicha base legal, no pueden establecerse las prestaciones reciprocas ni puede afirmarse como se da dicha *vinculación* contractualmente, teniendo en cuenta que la normativa equipara conceptualmente el nombre, las obligaciones y el fin del contrato, además, no es posible determinar los elementos básicos, o lo que el artículo 1501 del Código Civil entiende como los elementos esenciales, de la naturaleza y accidentales, ni los requisitos de validez aplicados al caso en concreto.

Pero lo más importante, con los requisitos o elementos dados en esta normativa, no es posible identificar la naturaleza jurídica del contrato completamente, por lo que, a pesar de que esta última Resolución brinda conceptos útiles, se analiza que tanto en esta, como en la ley de servicios públicos, los elementos y características, además de ser cortas conceptualmente, están dispersas sistemáticamente hablando, lo que genera vacíos en la comprensión del contrato, ya que como se afirmó anteriormente, no se establece si las partes disponen libremente y como han de hacerlo, y en qué momento se da la ya evocada servidumbre, que el artículo 1.3.70 se define como un acto administrativo, que impone derechos y obligaciones, a las partes contratantes, definiendo las condiciones de la interconexión.

Así, bajo lo anteriormente comentado, surge la duda referente a que ¿si han de negociar las partes, que en teoría son empresas privadas, porque se establece una servidumbre? y sea cual sea la razón, ¿esto implica que es un contrato de derecho privado o de derecho público? ya que aparentemente es un contrato estatal, que se debería regir por la Ley 80 de 1993

Pero la misma ley de servicios públicos, en su artículo (39) afirma que este contrato es de derecho privado, por lo cual, a pesar de este mandato legal, el contrato rige un servicio público domiciliario, por lo que se plantea la duda transversal a la investigación, ¿de qué naturaleza jurídica es este contrato? porque solo con saber que se deben vincular redes, no es posible hacer ninguna afirmación de derecho contractual, por lo que surge la duda referente a que implica contractualmente *vincular*, ya que esta acción podría implicar una compraventa, un arrendamiento, o cualquier otro contrato, que la ley no determina, y si dicha acción no se deja establecida claramente, las prestaciones resultarían confusas contractualmente.

Luego, será de necesidad remitirse obligatoriamente a la Ley 1341 de 2009, que refiere a la ley de telecomunicaciones (o ley Tics), en esta se dice que bajo el artículo cuarto, el Estado Colombiano, podrá intervenir en la economía, específicamente en materia de tecnología, y que específicamente con el contrato a estudio, podrá verificar el funcionamiento de las interconexiones, para promover la comercialización de servicios y bienes, que se basen en tecnologías.

Con lo cual, una vez más, se habla de la interconexión, de sus principios, y fines no remotos, pero si más próximos, como se verá más adelante, los cuales a pesar de ya estar definidos en la ley, no da pistas en relación a la esencia contractual, y que a pesar de que está claro en la ley que es la *interconexión*, de nuevo, no se tiene ninguna explicación de cómo se celebra y ejecuta este contrato jurídicamente hablando, incluso sabiendo que hay una fase de negociación directa y una no directa o no libre, no se conoce de qué naturaleza contractual son estas, es más, dichas etapas hacen confusa la naturaleza de este.

Luego en el artículo (22), se manifiestan las funciones intrínsecas del ente regulador, funciones de las cuales se puede abstraer que este tiene siempre la potestad de dictar resoluciones, hacer primar los principios que rigen la interconexión, proponer planes de acción al gobierno, dictar normativas en contra del monopolio del negocio, establecer políticas a la luz de las emisiones de la UIT, resolver controversias en materia de interconexión, imponer las ya explicadas servidumbres de uso, administrar recursos en materia de telecomunicaciones, resolver

recursos interpuestos ante ella, emitir conceptos en relación a contratos, entre otras.

Pero como se verá más adelante en la investigación, hay ciertas funciones que se ven desautorizadas por la jurisprudencia constitucional, argumentando que el ente regulador desborda sus funciones como *comisión*, tema que se analizará en el análisis jurisprudencial, además, como se dio en cuenta en la segunda parte del artículo 39.4 de la Ley 142 de 1994, aparentemente después de una primera etapa de negociación, la cual no se conoce bien aún, sigue procedimentalmente la imposición de la servidumbre, que en la ley 1341 del 2009, en su artículo (41), evoca que hay una serie de reglas específicas, en relación a cuando hay conflicto en materia de la negociación en la interconexión.

Así, en relación a la primera etapa identificada anteriormente, refiriéndose al artículo (42), se puede ver que este plantea que una vez radicada la solicitud de resolución del conflicto ante la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, las partes tienen treinta (30) días para llegar a un acuerdo directo, luego la ley describe, casi que, en forma de procedimiento administrativo, la forma, camino y regla para la solución del hecho derivado de la *no* negociación directa o negociación indirecta del contrato en cuestión.

Así, el artículo (43) establece claramente que ya que no se llegó a un acuerdo directo entre las partes, se deberá realizar un trámite administrativo ante la CRT, para la solución de la controversia, donde las partes tendrán que emitir una segunda oferta, teniendo en cuenta que si alguna no cumpliera con el requisito, se dará fin al referido trámite, pero si el procedimiento sigue su conducto regular, habrá una fase de notificaciones, que según el artículo (44) implica que el director ejecutivo de la CRT, después de tres días del recibo de la solicitud, debe correr traslado a la parte contraria, quien tendrá cinco días, para formular observaciones, solicitar y presentar pruebas, y enviar una oferta final.

Luego se desarrolla la *Etapa de Mediación*, la cual, según el artículo (45), establece que, una vez presentadas las ofertas finales, el director ejecutivo de la CRT, dentro de los tres días hábiles siguientes, fijará fecha para la ejecución de audiencia que da inicio a la etapa de mediación, con el fin de que las partes solucionen el conflicto.

De aquella, se levanta acta, en la cual quedan descritos los acuerdos parciales o totales, los cuales claro, prestan mérito ejecutivo, pero si alguna parte no asiste se resolverá el conflicto en relación a la oferta presentada por la parte que asiste, además de quedar sancionada la parte faltante, después, como en todo procedimiento administrativo, se necesitará efectuar una práctica

de pruebas.

Esta, según el artículo (46) se desarrolla teniendo en cuenta que la CRT puede decretar de oficio o a petición de parte las pruebas, dentro de las cuales pueden intervenir peritos de serlo necesario, luego, como fase siguiente, se tendrá que dar un término para poder tomar la decisión, que en el artículo (47) se establece que para la solución de la controversia la CRT no puede superar los cuarenta y cinco (45) días, días contados desde la fecha de inicio del trámite, y noventa (90) si se va a imponer una servidumbre, y en caso de haber otra práctica de pruebas durante este término, se interrumpirá el lapso para adoptar la decisión, no pudiendo superar los (30) días de interrupción.

Como medios de impugnación al elemento anterior, muy claramente el artículo (48) dice que, solo cabe el recurso de reposición, el cual debe interponerse a los (5) días de la notificación, y finalmente, en el artículo (49) se establece que, los actos administrativos que establezcan decisiones provisionales en materia de interconexión, tendrán verificación de requisitos de forma y procedibilidad, siempre teniendo como requisito elemental, la orden perentoria de la interconexión final.

Luego, la denominada ley de Tics, trata un tema muy importante para llegar a comprender la naturaleza jurídica del contrato de interconexión, el tema de los principios que lo rigen, principios que podrían dar elementos acerca de los fines últimos y no remotos del contrato, pudiendo así, establecer algunos requisitos de validez, así, se puede analizar que la ley enumera sin definir los dichos principios, siendo estos *el trato no discriminatorio, transparencia, precios basados en costos más una utilidad razonable, promoción de la libre y leal competencia, prohibición del abuso de la posición dominante y garantía de que en el lugar y tiempo de la interconexión no se apliquen practicas que generen impactos negativos en las redes.*

Principios de los cuales es posible identificar elementos muy parecidos a los establecidos en la resolución 87 de 1997, de los cuales se podrá identificar, que se relacionan a los fines próximos, y no tanto a los remotos, como se podrá observar en el capítulo referente a la doctrina, ya que serán los doctrinantes del derecho de las telecomunicaciones los que darán este elemento, a pesar de que se puede afirmar que el contrato de interconexión tiene fuerte intervención del Estado, además de estar regido por unos principios anti-monopolio, lo que demuestra una muy importante característica en relación a el sentido económico del contrato, ya que hay generalmente una parte fuerte y una parte débil económicamente.

Por lo que se puede determinar que siempre en el interconectante e interconectado, podrán existir diferencias en su poder económico, lo que se verá manifestado en el contrato mismo, tema que se analizará de manera profunda, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia.

Con los elementos dados anteriormente, se tiene conocimiento de cómo se da la negociación directa, y la fase de solución de la *no* libre negociación, pero con estos dos elementos existe un muy bajo porcentaje del total de la naturaleza jurídica del contrato, pero si brindan conceptos brutos, los cuales se usarán para construir lo que es este contrato, pero, siendo cierto que con los elementos establecidos en la ley, se da una idea de qué es la interconexión, sin embargo, a pesar de saber el concepto, no es claro qué es el *Contrato de interconexión*, y como otra de las demás dudas que deja la normativa, es si es de derecho privado *totalmente*, la rama del derecho que se destaca por la igualdad o la libertad negocial, porque pareciese que lo que las partes libremente disponen es muy poco, casi es argumentar que la ley dice que es de derecho privado, pero el Estado es el que negocia en realidad de la disposición.

Estas son dudas que claramente la ley por sí misma no va a responder, por lo cual, a razón de que este contrato es atípico, son muchos los conceptos, desarrollos prácticos, y disposiciones contractuales imprecisas, las que llevarán a pensar que por la duda e imprecisión de las prestaciones, se podría llegar a dudar sobre que están contratando las partes, y por ende abrir el camino a múltiples pleitos judiciales, y para ser más precisos, arbitrales, como en efecto se ha dado en la práctica en Colombia, lo que inevitablemente lleva a pleitos judiciales, y bajo este entendido son otras fuentes del derecho las que tendrán que dar respuesta a las interrogantes que dejan estas confusas normas, pudiendo llegar de esta forma, a la mayor cantidad de características naturales del contrato posibles, es decir, con las cuales siempre contará este contrato del derecho de las telecomunicaciones.

3. El contrato de interconexión según la doctrina colombiana y española

3.1 Ubicación en la clasificación de las telecomunicaciones

En cuanto a la doctrina en el derecho de las telecomunicaciones en Colombia y España, se podrá notar que la estructura conceptual en los temas es casi la misma, (a pesar de que existe una diferencia primordial que los diferencia) , sin embargo, nuestra doctrina nacional dirá mucho acerca del interrogante, del cual ya se han evocado varias características claves, pero antes es de necesidad ubicarse en un sector específico de las telecomunicaciones, así, para este tema, hay varias clasificaciones, aclarando Michelsen (2016, p. 600) que, “si bien la clasificación técnica propuesta por la UIT fue diseñada para cumplir con sus funciones de normalización técnica, cabe precisar que no es el único criterio utilizado por la normativa nacional”.

En desarrollo de lo anterior, en conformidad a la ley, los diferentes servicios de telecomunicaciones se clasifican de la siguiente forma según Michelsen (2016, p. 600): “Servicios básicos, servicios de difusión, servicios telemáticos y de valor agregado, servicios auxiliares y de ayuda, y servicios especiales.”

Y para saber en qué clasificación está ubicada la telefonía, según Michelsen (2016, p. 600 y 601) “Los Servicios básicos comprenden los servicios portadores y tele servicios”, y se definen estos últimos según el mismo autor refiriendo que son “aquellos servicios que proporcionan completa comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal, así, forman parte de estos servicios, entre otros, los servicios de telefonía fija, móvil, móvil celular, telegrafía y telex.”

Bajo el entendido de la anterior clasificación, en relación al concepto de telefonía fija y móvil, es clave entonces revisar el concepto de la Telefonía pública básica conmutada, concepto que Michelsen (2016, p. 608) trata, afirmando “que el servicio público domiciliario de TPBC fue reglamentado por la Ley 142 de 1994, y por el Decreto 1641 de 1994”, el cual clasifico los servicios así, según el mismo autor: “servicio de telefonía local”, siendo esta aquella “con acceso generalizado al público en un mismo municipio”, “telefonía local extendida”, la cual implica, “el servicio entre municipios de un mismo departamento”, la “telefonía de larga distancia nacional”, la cual refiere al servicio en el país en su totalidad, y finalmente el “servicio de larga distancia internacional”, la cual implica por supuesto, la comunicación entre diferentes países.

3.2 Concepto de interconexión, y temas conexos

Se puede denotar que la doctrina colombiana y la doctrina española convergen en varios aspectos, principios y características, a pesar de existir una diferencia esencial, la cual implica el elemento de la tipicidad, en términos jurídicos colombianos y como contrato regulado en España.

Pero adentrándose la investigación a los conceptos como tal, es importante anotar lo que evoca Montero (2007, p. 202), citando al ente regulador español, llamado Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT), el cual refiere a que la interconexión es “la forma en que un operador utiliza y puede utilizar la red de otro operador”, igual a como lo define el artículo 39.4 de la ley de servicios públicos en Colombia.

Pero, bajo el estudio del contrato, tanto en el derecho colombiano como en el español, se llega a una característica clave, que implica según Montero (2007, p.202) que “la interconexión no constituye un fin en sí misma, sino que constituye el medio imprescindible para que los usuarios o clientes de cualquier operador de telecomunicaciones pueda hablar con cualquier usuario de otro operador cualquiera”.

Este enunciado tiene profunda connotación en relación a él buscado fin último del contrato, ya que se puede dilucidar que el contrato de interconexión, como contrato privado, tiene como centro nuclear el derecho a la comunicación, y no la simple ejecución contractual que evoca la prestación de hacer, y el pago del peaje razonable, así, resulta clave para toda la investigación lo que evoca Montero en relación a la naturaleza jurídica del contrato, citando a una definición dada por el órgano regulador, afirmando que la interconexión se manifiesta:

“como resultado de un contrato privado de arrendamiento de servicios el cual es de tracto sucesivo, bilateral y que no está totalmente ejecutado, en cuanto genera prestaciones recíprocas todos los meses”. Existe, sin embargo, cierto debate sobre la naturaleza jurídica de estos contratos” (Montero, 2007, p. 203).

Definición, que resulta determinante para la naturaleza jurídica del contrato de interconexión en España, o *naturaleza institucional*, como se entiende el concepto en Europa, aclarando el autor, que la naturaleza jurídica de este contrato no es un tema pacífico, de igual forma que en Colombia, teniendo en cuenta que a pesar de los debates encontrados, se aclara que en España, este contrato implica un arrendamiento, es decir, que lo entiende como un contrato típico o regulado, postura que comparte Nakagawa, dando el análisis dos características

nuevas, referentes a ser un contrato de tracto sucesivo y ser bilateral, características que resultan naturales, ya que se encuentran siempre en el contrato, afirmación que se ve soportada no solo en la doctrina, sino en la jurisprudencia en Colombia.

Luego, ya con esas categorías establecidas, y ya estando ubicados conceptualmente, en las Telecomunicaciones, hay que referirse al contrato propiamente dicho según la doctrina colombiana, así Sánchez (2008, p. 177), en relación al concepto del contrato, dice que “La interconexión es el medio jurídico para permitir que los usuarios se comuniquen entre sí”, lo que corresponde al fin último de las telecomunicaciones.

Identificando entonces que, al parecer el contrato no se agota en sí mismo, al igual que lo establece Montero, identificando Sánchez (2008, p. 177), un segundo concepto acerca del contrato materia de estudio, estableciendo que “la interconexión en Colombia es, simultáneamente, un derecho y una obligación que les asiste a todos y cada uno de los operadores de telecomunicaciones, tal como lo dispone de manera expresa el artículo 14 de la Ley 555 de 2000”, lo que lleva a entender la dicotomía relacionada, a que si el contrato es de derecho privado, o de derecho público, pudiendo identificar que la negociación de este contrato, y su consecuente celebración, es obligatoria, característica que no se representa en ningún otro contrato civil, como cualquier compraventa o arrendamiento, los cuales se llevan a cabo siempre que las partes quieran.

Pero en relación al contrato de interconexión, se puede denotar que es tan obligatoria su celebración, que si las partes no quieren celebrarlo, el órgano regulador impone una servidumbre, así, Sánchez (2008, p. 177) deja claro que “todos los operadores de telecomunicaciones deberán permitir la interconexión de sus redes, acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro operador de telecomunicaciones que lo solicite”, identificando por fin, un carácter dual, en relación con las prestaciones de forma precisa y no abstracta como en el capítulo anterior, lo que se manifiesta en una parte interconecta a otra a sus redes y la otra paga un peaje razonable, y por otro lado, que estas prestaciones no agotan fin en sí mismas, sino que implican la protección de un derecho fundamental.

Así, Sánchez brinda un requisito clave en el análisis jurídico contractual de la interconexión, dejando claro que según la profesora Castro (2016), en todo acto jurídico, como requisitos esenciales debe estar la voluntad y el objeto, así, siendo el objeto requisito de validez y requisito para obligarse en todo contrato, afirma Sánchez (2008, p.179) entonces que “la

interconexión tiene por objeto hacer posible el ejercicio del derecho de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones para poder comunicarse con otros usuarios de dichos servicios”, es decir qué, el principal efecto jurídico del contrato, implica la protección de uno de los derechos fundamentales más novedosos y controversiales en la práctica en el derecho, y por ende según Velásquez (2015, p.142) en relación al papel del Estado en este aspecto, implica que este “mediante la regulación, debe intervenir las TIC, como un servicio público, para garantizar su calidad, cobertura, prestación continua, ininterrumpida y eficiente, dado su carácter de interés público y social”, dejando claro una vez más que el Estado deberá intervenir en la interconexión, a razón de su objeto.

Ahora, en el análisis de los conceptos conexos a la interconexión, se puede dilucidar que la ley comete un error técnico, al hablar de acceso, uso e interconexión como sinónimos, dejando claro por supuesto que la interconexión implica el *uso* de redes en primera medida, pero denota similitud conceptual entre interconexión y acceso, conceptos que según Sánchez (2008, p.179), no son sinónimos, ya que “en efecto, es necesario hacer una diferenciación entre el acceso a las redes de telecomunicaciones y la interconexión como una forma de ellas”. Ya que según el doctrinante, “el acceso a las redes de telecomunicaciones es un concepto general que se refiere a la utilización de redes ajenas por parte de un operador de telecomunicaciones”(p.179), comprendiendo entonces que el acceso implica el género y la interconexión implica la especie, como una de varias formas de acceso, afirmando el mismo autor que el acceso “puede tratarse de la prestación de servicio portador o *carrier*,- para alcanzar los nodos de mayor jerarquía de otro operador una vez efectuada la interconexión- lo cual se denomina en “ transporte” en Colombia – o para el acceso a los abonados de otro operador – lo cual se denomina “ desagregación del bucle local” (p.179).

Sin embargo, al tener clara dicha distinción, Sánchez (2008) afirma que no existe definición legal del contrato de interconexión, denotando por supuesto que resulta ser un negocio *atípico*, (según la teoría clásica) pero afirma entonces, que la directiva 2002- 19- CE del Parlamento europeo y Consejo de Europa, define la obligación de interconexión como:

“la conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por una misma empresa o por otra distinta, de manera que los usuarios de una empresa puedan comunicarse con los usuarios de la misma empresa o de otra distinta” (Montero, 2007, p.201 y 202).

Concepto casi idéntico, a lo establecido en la resolución 87 de 1997, adicionando por supuesto que dicha conexión física y lógica, encuentra legitimidad en la protección del derecho fundamental a la comunicación, sin embargo Sánchez insiste en diferenciar el concepto de *obligación de interconexión*, y *los derechos de los usuarios*, ya que el autor afirma que “se insiste en la necesidad de diferenciar estos dos conceptos, pues como se podrá observar más adelante, no todos los operadores de redes de telecomunicaciones deben estar interconectados entre sí” (p. 179), ya que la interconexión inicia con la solicitud al interconectante, además de que “no todos los usuarios de servicios de telecomunicaciones deben tener la posibilidad de establecer comunicaciones con los usuarios de otros servicios” (p.179), en relación a que la protección al derecho fundamental, no implica esencialmente que haya interconexión, ya que con el servicio prestado por un solo operador, ya hay comunicación de los usuarios, y por ende protegido el derecho.

Pero como se mostró en el capítulo referente a la ley, la interconexión, tiene principios relacionados a las políticas antimonopolio, a razón de que hay empresas operadoras muy fuertes económicamente, comparadas con otras que se consideran emergentes, por lo que no la *conexión*, sino la interconexión como tal, es resultado de la existencia de más de un operador, y su legítima y leal competencia en el mercado, mostrando la preocupación del Estado en regular las interconexiones que se vayan a llevar a cabo, dejando claro el profesor Sánchez (2008, p.180), que “es evidente que la preocupación del legislador y del ente regulador por hacer obligatoria la interconexión entre los operadores de telecomunicaciones, pues la obligación de interconexión es una vía para garantizar la adecuada prestación la cual sigue siendo la responsabilidad del Estado” ya que, tanto la normativa colombiana como la española se manifiestan las reglas relativas a la política antimonopolio.

Además, en relación a lo anteriormente evocado, está presente en ambas legislaciones la obligatoriedad de la ejecución de la interconexión, estableciendo por supuesto que la comunicación o las *telecomunicaciones*, se manifiestan no solo como derecho fundamental individualizado y autónomo, sino que se representa también por la vía de servicio público esencial.

Afirmando el mismo autor que “obligar a los operadores de servicios de telecomunicaciones a interconectar sus redes, no es cosa que obligar a varios actores de un mismo mercado a dar un uso específico a sus bienes” (p. 180 y 181), interviniendo el Estado en

la economía, como constitucionalmente está avalado, afirmando el autor, que “la interconexión es el único mecanismo posible que en un mercado con varios operadores, todos los usuarios puedan comunicarse entre sí, y por ello la figura jurídica es considerada una garantía de calidad y continuidad para los usuarios del servicio” (p. 180 y 181).

Dilucidando de estas afirmaciones, que el contrato de interconexión, encuentra su origen en la necesidad de que los grandes operadores de telecomunicaciones, obligatoriamente tengan que negociar la interconexión, con los operadores menos poderosos, de allí el sentido de *Inter-*conexión, ya que de no estar estructurada la obligatoriedad, el gran operador sencillamente se negaría a celebrar las interconexiones demandadas, y las otras partes quedarían a expensas de ser superiores en el mercado, situación que generalmente no sucede, ya que el gran operador, con frecuencia es una empresa multinacional, teniendo una capacidad económica de grandes escalas, no estando completamente de acuerdo a lo evocado por Sánchez (2008) en relación a cuando afirma “que son los usuarios y no las empresas los verdaderos beneficiarios de la obligación de interconexión”(p. 180 y 181), ya que como se puede notar en la práctica, la obligatoriedad, si beneficia a las empresas.

Pero dejando claro, que el beneficio es respecto a las empresas que generalmente tienen el papel de solicitante / interconectado, ya que esto mismo es lo que les permite hacer parte del mercado, pero entendiendo que el autor hace énfasis en que el verdadero fin último del contrato de interconexión, es la protección al derecho a la comunicación, ya que el elemento de la obligatoriedad, como beneficio a la empresa emergente, es un resultado económico, resultado económico que sucede tanto en latino América, como en Europa, desde principios del siglo XI, momento clave en el surgimiento de las telecomunicaciones.

Pero, como el requisito de la obligatoriedad, depende del vaivén económico del respectivo mercado, no puede considerarse como característica natural, ya que si es natural al contrato, es porque sin importar las variables, permanece en este, como la característica natural de la bilateralidad, o de ser de tracto sucesivo, características evocadas por el profesor Montero, por lo que el aspecto, no la obligatoriedad, sino la característica de ser un contrato *intervenido*, es aquella que se considera como característica natural, ya que el contrato de interconexión siempre tendrá como centro neurálgico y fundamental la protección al derecho a las telecomunicaciones, o a la comunicación, por lo que el Estado siempre intervendrá en la economía en este aspecto específico.

Sin embargo, bajo la legislación, tanto en Colombia, como en España, resulta muy importante lo mencionado por Sánchez (2008 p. 181) en relación a que “la obligación de interconexión como premisa para la suscripción del contrato de interconexión, advierte una nueva concepción del derecho privado”, afirmación con la que se puede evocar, que la obligatoriedad de celebración en contratos privados, a razón de que hacen primar un derecho de interés general, ya no es solo característica esencial de los contratos estatales o de derecho público, sino que se está, efectivamente frente a una nueva tendencia contractual en el mundo del derecho comercial.

Haciendo énfasis una vez más, por supuesto, en que este elemento representará su sentido de característica natural, en el sentido del contrato intervenido, teniendo en cuenta claro, que esta es una, de varias características naturales que tiene el contrato de interconexión, pero por supuesto, una de las más relevantes y determinantes para entender su naturaleza jurídica, la cual según el autor Colombiano, no tiene dudas, a razón de las delimitaciones conceptuales y jurídicas.

Sin embargo, es muy importante denotar que, a pesar de que el texto del profesor Sánchez, estaba a ocho años del auge en materia de tecnologías, pocos años después, en el caso colombiano específicamente, se empezaron a dar múltiples conflictos jurídicos- contractuales en relación al contrato, teniendo como primer punto de debate en la mayoría de estos, el tema de la naturaleza jurídica, por lo que no resulta tan cierta su afirmación, pero, se considera que lo establecido por el autor aporta mucho contenido en relación a la naturaleza jurídica, pero siguen faltando una serie de características para poder dar una respuesta completa, respuestas que se dan de los casos prácticos, y más específicamente en los laudos arbitrales, los cuales se analizarán en el capítulo referente a la jurisprudencia.

Como enunciado conclusivo a este punto específicamente, es importante anotar lo que Sánchez (2008, p.204) afirma en relación al contrato, afirmando que “la interconexión debe ser entendida como un derecho y una obligación de los operadores, para el beneficio de los usuarios” , dando una definición de *interconexión*, no técnica, como la resolución 87 de 1997, sino jurídica efectivamente, afirmando que “La interconexión es el medio jurídico para permitir que los usuarios se comuniquen entre sí, lo que corresponde al fin último de las telecomunicaciones” (p. 204).

Entendiendo pues, que es correcto cuando Sánchez afirma que el contrato puede

interpretarse teleológicamente, ya que como último fin, siempre estará la protección al derecho a la comunicación, fin que puede entenderse también como una de las características naturales, y por ende hace parte de su naturaleza jurídica, teniendo en cuenta por supuesto, que los derechos a las tecnologías y telecomunicaciones, son derechos los cuales están en pleno desarrollo, recordando por supuesto que este fenómeno comienza a principios de los años 2000.

Teniendo en cuenta por supuesto, un elemento clave determinado por Rocha y Peña (2016, p.92), afirmando que, “la perspectiva de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones en el bloque de constitucionalidad en Colombia, se ha desarrollado jurisprudencialmente a partir de las sentencias de la Corte Constitucional”, como también sucede más específicamente en relación al contrato de interconexión, ya que casi que la mitad de características naturales del contrato, se ven extraídas de la jurisprudencia arbitral, pero en relación al derecho fundamental específicamente, dejan claro Rocha y Peña (2016, p. 92) que es “raíz de algunos casos específicos, donde la alta corporación ha entrado a definir, como responde nuestro ordenamiento jurídico a los retos que como Nación tenemos ante los avances científicos y tecnológicos”, teniendo en cuenta, por supuesto que en relación a esta problemática, Rocha y Peña (2016), afirman que:

Uno de los principales retos que se ha identificado en el derecho comparado, tiene que ver con las dificultades en la protección de los derechos fundamentales, lo cual se aplica al ejercicio de derechos por medio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (Rocha y Peña, (2016), p. 92).

3.3 Principios que orientan el contrato

Cuando en el derecho, existen situaciones de vacíos legales, generalmente se hace examen de los principios que orientan determinada temática, ya que estos tienen la función de ser un horizonte, y de llenar los llamados vacíos jurídicos, así, en materia de interconexión, como se ha podido dilucidar en el análisis legal, a razón de la novedad y falta de regulación del contrato, existen vacíos en relación a como está establecido el contrato en la ley y normativa, sin embargo, es completa y óptima la norma a la hora de evocar los principios que rigen este contrato, los cuales además de llenar ciertos vacíos, aportan contenido en relación a la naturaleza jurídica, tanto en España como en Colombia, notando que los mandatos de optimización en ambos países resultan muy similares, pero que se considerando que son muy amplios en su contenido.

En el caso español, respecto de este punto específico, Montero (2007, p. 207) considera que “permanece cierta inseguridad jurídica dado lo amplio de los principios definidos en la legislación y las amplias potestades del regulador sectorial para intervenir en la materia”, situación que sucede también en el caso Colombiano, sin embargo, considera el autor español que “las obligaciones y condiciones que se impongan por las autoridades de regulación en aplicación de este régimen general habrán de ser objetivos, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias” (p. 207).

Por ende en relación con los principios como tal, se puede observar que pueden deducirse dos principios generales según la normativa española, los cuales se representan o materializan en la práctica también como “obligaciones”, siendo estas, la obligación de *eliminación de restricciones*, que implica que deben reducirse las restricciones en el momento de la negociación de la interconexión, es decir, hacer sencilla la fase que según la legislación colombiana se entiende como la fase de negociación directa, ya que lo que sigue procedimentalmente es la fase de intervención del ente regulador, denotando que en España, esta intenta ser la menor posible.

Posteriormente está la obligación de *negociar la interconexión*, característica orientada por condiciones económicas, como ya se estableció en el apartado anterior, sin embargo se encuentra establecido como principio en el llamado LGTel en España, norma que rige las telecomunicaciones en aquel país, dando estos dos principios los dos grandes sentidos de los principios en materia de interconexión.

Es decir, por un lado, proteger la libre y correcta negociación, pero por otro lado estableciendo políticas antimonopolio, viendo que estas, según el LGTel en su artículo tercero, se entiende como los principios de promoción de competencia, intentando combatir la preponderancia abusiva por parte de los grandes operadores, característica que, a la luz del derecho colombiano, en particular opinión del autor de la presente investigación, también podría considerarse como principio, ya que en una determinada área del derecho, los principios que la gobiernan pueden variar con el cambio de la legislación, o por cambios jurisprudenciales, como el cambio del sentido del principio de gratuidad en materia de derecho procesal laboral, trayendo a colación que la obligatoriedad en materia de interconexión, es resultado de una específica condición económica.

Continuando con la temática de los principios, el siguiente implica el *desarrollo de la*

economía y el empleo digital, estando el Estado siempre a la vigilia del comportamiento de los contratantes en materia de tecnología, el siguiente refiere a la *promoción del despliegue de las redes*, principio que tiene como objetivo materializar el fin último de protección a la comunicación.

Continúa el autor en la enumeración taxativa, trayendo a colación los principios relacionados con la *promoción de la industria tecnológica*, *promoción de inversión y neutralidad en la regulación*, al establecer por supuesto un equilibrio en la forma en que se delimita la libertad negocial en materia de interconexión, por otro lado, enuncia la *garantía del servicio público*, que en Colombia se comprende como servicio público esencial. Posteriormente, se habla de la *defensión de los derechos de los usuarios*, y la *protección de los mercados de telecomunicaciones*, siendo estos los principios generales en materia de telecomunicaciones, en España.

Luego, en su artículo (12), trata el tema de los principios específicos a la interconexión, siendo estos la *obligatoriedad en la negociación de la interconexión*, con el fin de hacer preponderar la prestación del servicios y su operabilidad, teniendo por supuesto en cuenta que este es un principio establecido por la específica condición económica en el negocio de las telecomunicaciones, principio que también hace parte de los principios generales, luego, en relación a la *eliminación de restricciones a la hora de la negociación*, se afirma que en Colombia la ley es parecida, pero viendo por supuesto que en la práctica resulta contradictorio, ya que el ente regulador complica mucho la negociación, a razón de su intervención.

Por otro lado, el principio relacionado con la *permisión de explotación de redes*, implica que se efectuará sin notificación en España cuando sea un país miembro de la unión europea, luego, en relación a la *potestad interventora por parte de la CMT*, se analiza que intenta ser la menor posible, y aquel principio relacionado con *hacer preponderar los derechos de los usuarios en materia de interconexión y principio de transparencia y no discriminación*, principios que son exactamente iguales en Colombia y en España, ya que si determinada sociedad comercial, que en Colombia generalmente son sociedades anónimas, logra cumplir las condiciones para poder ser operador de telecomunicaciones, esta será completamente protegida por parte de la normativa y legislación.

Lo anterior, para poder entrar al negocio sin ninguna clase de trabas, y más específicamente, poder solicitar interconexiones, beneficio que encuentra sentido y legitimidad

en tener como base el derecho fundamental a la comunicación, y al servicio público, estableciendo que la negociación, y no la entrada al mercado, es el tema que encuentra dificultades, en relación al caso práctico colombiano.

Obligaciones definidas por el Ministerio

La intervención del Estado en la economía, en España específicamente, plantea un lugar especial entre los otros principios, ya que, en su desarrollo, este puede establecer ciertas obligaciones a las partes contratantes, con el fin de hacer preponderar los demás principios, de esta forma, estas implican las obligaciones de:

Interoperabilidad: que no es otra cosa que la garantía de la operabilidad y correcto funcionamiento de las interconexiones, y por ende requiere vigilar y verificar que las redes de telecomunicaciones estén funcionando de manera óptima.

Acceso a servicios: que según Montero (2007, p. 211) implica que “la CMT podrá establecer obligaciones sobre el acceso o interconexión a los operadores o proveedores en la medida en que, de acuerdo con la normativa comunitaria, sea necesario garantizar el acceso de los usuarios finales a determinados servicios.”

Por otro lado, hablando de los principios de la interconexión, en el caso colombiano, Sánchez, destaca entre los más importantes, los principios de *Trato no discriminatorio*, *Transparencia*, *Precios basados en costos más una utilidad razonabilidad* y *Promoción de la libre y leal competencia*, destacando además, aquellos que se desprenden de las resoluciones emitidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, afirmando el autor que, los derivados de la resolución 432 son de importancia a destacar.

Así, se puede ver que dentro de esta, están los principios de *libertad de acceso y condición básica del sistema*, puesto que sin ella no hay posibilidad de liberalización, *neutralidad*, para combatir la competencia desleal, *no discriminación*, *obligatoriedad de la interconexión* y *transparencia*, es decir el libre acceso a la información relevante, *la fijación libre de puntos de red*, siempre dentro de las posibilidades técnicas y económicas, *el servicio universal*, que se define como la extensión de la prestación de servicios básicos a zonas situadas en lugares remotos y finalmente y *los derechos del usuario final*.

Diciendo el profesor Sánchez que en lo referente a los usuarios finales de los países miembro, “la norma andina reconoce su derecho a un trato igualitario, no discriminatorio, con libre elección del proveedor de servicios y conocimiento de las tarifas” (p. 62 y 63), principios

que se nominan un poco diferente en España, pero que viendo su contenido, se puede notar que implican los mismos sentidos.

Por ende, como conclusión del análisis de principios de ambos ordenamientos, es posible ver que ambos tienen el mismo fin, que es el derecho fundamental del usuario final, o el usuario del servicio de telecomunicaciones, teniendo principios casi idénticos como aquellos referentes al trato no discriminatorio, transparencia, libre competencia, evasión del monopolio y protección del abuso de la parte dominante, por ende el régimen de principios están enfocados a los mismos fines, que van relacionados con la interoperabilidad y acceso, dando como fruto final que todos los usuarios puedan utilizar el servicio, dando una clara muestra de uno de los aspectos más importantes de la naturaleza jurídica del contrato de interconexión, siendo este “la protección del usuario”, en sentido último o fin principal, teniendo en cuenta, que esencial y materialmente, implica la protección al derecho fundamental a la comunicación.

3.4 En relación con el papel del órgano regulador español

En el capítulo primero, se pudo visualizar que en la Ley 1341 de 2009, se reglamenta la actividad, obligaciones y funciones del ente regulador taxativamente, a pesar de que respecto de estas hay serias discusiones y conflictos, pero en cuanto al caso español, se analizará el papel real del órgano regulador, más que todo en su papel interventor en la economía.

Por ende, en relación con los procedimientos de intervención pública están, por ejemplo la potestad solucionadora de conflictos, que según Montero (2007, p.210) “según establece el artículo 14 de la nueva LGTel, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones conoce de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso, por lo que la intervención de la CMT, puede producirse en diferentes situaciones” , tema que en Colombia tiene un tratamiento especial en la jurisprudencia, pero en el caso español específicamente, se plantea por parte del profesor Montero cuatro hipótesis, hipótesis que se manifiestan de forma muy parecida en Colombia, así, como primera hipótesis dice el Montero que:

“Cabe que el conflicto que se presente ante la CMT a raíz de la imposibilidad de alcanzar un acuerdo entre las partes a fin de constituir la interconexión o el acceso a fin introducir una nueva facilidad concreta en una interconexión o acceso ya establecido” (Montero, 2007, p.

213).

En segundo lugar, establece el autor que puede haber la posibilidad que el conflicto encuentre origen en un desacuerdo en la interpretación del contrato, evocando posteriormente, como tercera hipótesis, que “el conflicto ante la CMT se plantee a fin de modificar una condición acordada en el pasado, pero una de las partes desea eliminar o modificar ante el rechazo de la otra parte” (p. 213).

Luego, como cuarta hipótesis se plantea la tesis de que el papel interventor del ente regulador sea de origen contractual, afirmando el profesor Montero (2007, p. 213), que bajo esta, “es presupuesto para la intervención de la CMT que el objeto de la intervención de la misma haya surgido formalmente en las negociaciones entre las partes y que las mismas no hayan llegado a un acuerdo sobre el punto en cuestión”, así, comprendiendo estas cuatro hipótesis, hay que entender un elemento clave transversal a estas, el cual refiere a que la filosofía de la CMT implica ser “fiel al principio de mínima intervención de esta Comisión en la negociación de los AGIs” (p. 214).

Principio que resulta contradictorio a como se comprende la filosofía de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en Colombia, ya que en un análisis jurisprudencial del contrato de interconexión en Colombia, se puede observar que el ente regulador interviene de forma fuerte y constante en cada interconexión que se desarrolla en el país, por lo que se puede ver que en el caso español, según lo establecido por Montero, que usualmente los conflictos en interconexión se ven resueltos, en la fase de revisión de las ofertas, fase ya estudiada en el capítulo referente al análisis legal, por lo que queda confirmado que la intervención del ente regulador en España siempre ha sido muy poca.

Así, en sentido conclusivo a este punto, se puede ver que las facultades de los entes reguladores en España, (Comisión del Mercado de Telecomunicaciones), y Colombia (Comisión de Regulación de Telecomunicaciones), son muy parecidas, tanto en sus funciones legales, como en los principios que deben hacer preponderar.

Sin embargo, en el caso Colombiano, se verá que en el capítulo referente al análisis jurisprudencial, las facultades y poderes de las emisiones del ente regulador no son un tema pacífico, a razón de que se ve discutida la competencia y las atribuciones que se toma el ente regulador, ya que al parecer, sobre pasa sus campos de acción, y por supuesto, denotando que el órgano regulador en España debe intervenir lo más poco posible, tema que en Colombia es casi

contrario, ya que se verá que el ente regulador interviene casi en cada aspecto.

3.5 Requisitos elementales del contrato de interconexión

En relación a este elemento, se hace la pregunta de cuáles son los elementos comunes a todos los contratos, pero analizando la norma civil y comercial, es posible notar que la ley habla de requisitos y *cosas*, no habla de elementos, y la respuesta de cuáles son los requisitos y cosas comunes a todos los contratos, se encuentra en la primera fuente del derecho, no hay que recurrir ni a la doctrina ni a la jurisprudencia para responderla, y si se revisa la norma civil y comercial, se ve que los requisitos de todo contrato se encuentran contenidos en tres categorías, que serán los requisitos de existencia, de validez y de eficacia.

En otras palabras, estas tres categorías de requisitos son aquellas que deben estar presentes en todos los contratos, por ende, la primera categoría está contenida y definida en el artículo 1501 del Código Civil, estableciendo que dentro de esta están las llamadas cosas esenciales, cosas naturales y cosas accidentales, en el artículo 1502 del Código Civil, por otro lado, están los requisitos para obligarse, los cuales refieren a la capacidad, consentimiento libre, causa y objeto lícito, y por otro, están los requisitos de eficacia, que implican que el negocio no tenga ineficacias como tal, que según el Código de Comercio, serían la ineficacia liminar, inexistencia, nulidad absoluta, anulabilidad, e inoponibilidad.

Así, todo contrato deberá tener los siguientes requisitos, y bajo esta premisa, se hará el desmembramiento del contrato de interconexión, comprendiendo que con la información evocada por la doctrina Colombiana y Española se podrán establecer los requisitos de los artículos 1501 y 1502 del Código Civil, lo cual se complementará por supuesto con el análisis de laudos arbitrales, y las conclusiones que allí se extraigan, además, el desmembramiento del contrato de interconexión tiene la función de comprender mejor el contrato y su naturaleza jurídica, ya que si se lograra identificar los requisitos y cosas básicas del contrato, se podrá entender en parte las características naturales.

Así, en relación a los requisitos de existencia, hay que entender qué de por sí con los elementos esenciales de un contrato ya se da una claridad acerca de las obligaciones que se generan de este, y con las prestaciones que se generen se podrá identificar de que naturaleza es este particular negocio jurídico en parte, y en cuanto a la segunda parte, es decir al artículo 1502, que trae los requisitos de validez del contrato, las primeras dos resultan importantes,

pero serán las segundas las cuales darán pistas claves acerca de la naturaleza jurídica, ya que saber cuál es el objeto y las obligaciones recíprocas miradas subjetivamente, será de importancia esencial para nuestro propósito.

3.5.1 Análisis según el artículo 1501 del Código Civil

Castro (2016, p. 163) habla de este punto específico diciendo que “las condiciones de existencia de los actos jurídicos son aquellos requisitos para que un acto o contrato adquiera trascendencia suficiente para producir algún efecto desde el punto de vista legal”, es decir los requisitos sin los cuales el contrato no existiría, o bajo sin los cuales, el contrato adolecería de la ineficacia referente a la inexistencia del artículo 897 del Código de Comercio, afirmando que “después que el acto ha adquirido efectos jurídicos, es necesario determinar si estos serán estables y duraderos, para lo cual debe cumplir con las condiciones de validez”(p. 163).

En particular opinión de Castro (2016), existen requisitos de existencia del acto jurídico, los cuales deben estar presentes siempre para poder existir, mas no evoca que son los requisitos de existencia de los contratos, recordando que acto jurídico es la manifestación de la voluntad que crea efectos jurídicos lícitos o ilícitos, o que el sujeto no quiere como tal los resultados, y contrato es el acuerdo de voluntades que busca crear, modificar o extinguir efectos jurídicos de carácter lícito de naturaleza económica, pero esto implica que los requisitos establecidos por Castro (2016, p. 164 y 165), deben darse aun así en los contratos, en particular opinión de la doctrinante, estableciendo esta que “el Código Civil no identifica de manera clara los requisitos de existencia del acto jurídico”, haciendo énfasis que en la legislación civil, es débil la regulación del acto voluntario o acto jurídico unilateral, sin embargo, bajo interpretación de Castro (2016):

adoptando el concepto de que el acto jurídico es una manifestación de la voluntad encaminada a generar efectos jurídicos, los elementos para su existencia sin la voluntad exteriorizada, el objeto jurídico y la solemnidad para aquellos actos que la requieren para ser eficaces. A estas condiciones refiere igualmente el ordenamiento civil como los elementos esenciales, sin los cuales el acto o contrato no produce efecto alguno. (Castro, 2016, p.165.)

Establecidos estos tres requisitos, se entrará a analizar cada uno, refiriendo Castro (2016, p.167 y 168) que la manifestación de la voluntad, como primer requisito, se encontrara que “es lógicamente, el elemento característico de la fuente voluntaria, y la doctrina la define como la “sustancia” del acto jurídico”, dejando claro por supuesto, que la manifestación de la voluntad

debe exteriorizarse, ya que si no existe esta, no tiene trascendencia en el mundo jurídico, comentando Castro (2016, p. 167 y 168), que el “acto creado por su autor que termina siendo exteriorizado de manera accidental, carece de la expresión de la voluntad manifiesta y por tanto no existe”. Esta circunstancia puede representar un problema litigioso serio, pero en relación al caso de la “multilateralidad”, Castro (2016, p.168) argumenta que, “para el acto pluripersonal, la voluntad con trascendencia jurídica es la que resulta común a los contratantes.”

En relación al segundo requisito de existencia del acto jurídico, referente al objeto jurídico, también requisito de validez según la ley, según Castro (2016, p.169) “consiste en el conjunto de efectos perseguidos por la voluntad, los cuales pueden comprender la creación, modificación o extinción de una relación jurídica”, estableciendo que los efectos deben estar acorde al ordenamiento jurídico, y tener trascendencia en el mundo jurídico, ya que si no fuesen de esta naturaleza, no llegarían a cumplir con el requisito de existencia, y por ende el acto no existiría. Teniendo en cuenta que según Castro (2016, p.170), “en materia comercial la costumbre adquiere estatura de ley, y por tanto se presume obligatoria por los contratantes con todo su poder vinculante, según el artículo 3ro del Código de Comercio” ya que es posible según Castro (2016, p.169,170) “que una parte celebre un contrato con un comerciante y se vea ante la necesidad de conocer la costumbre mercantil aplicable al negocio jurídico que se está celebrando, ya que esta será incorporada al objeto del contrato”.

En relación al elemento como requisito de validez, se puede observar que existe diferencia en el objeto jurídico y el objeto material, ya que la última de las figuras no siempre existe en los contratos, dejando claro la doctrinante que “para que el objeto material exista debe cumplir las siguientes condiciones: 1) debe existir o ser posible que exista (C.C., art. 1518) y 2) debe ser determinado” (p. 172, 173).

Concepto que en el contrato sujeto a estudio en la investigación, no es fácil determinar, ya que sería equivocado afirmar que el objeto del contrato es la *red*, ya que este no es un elemento único físicamente, sino que es la combinación de varios sistemas *lógicos*, y por ende una estructura compleja, por lo que según artículo 1518 del Código Civil, la red no puede determinarse unívocamente, ya que lo que la compone, depende de muchas variables, afirmando entonces, que en el contrato de interconexión, puede deducirse el objeto jurídico, mas no el objeto material.

Así que, en conclusión, a ese punto se atenderá a la voluntad y al objeto, como

elementos esenciales de la existencia del acto jurídico, pero hay que recordar que el contrato de interconexión es *valga la redundancia* un contrato, es decir un negocio jurídico de carácter económico, siendo el negocio jurídico aquella manifestación de la voluntad que busca crear, modificar o extinguir efectos jurídicos lícitos, mientras que el simple acto puede tener efectos lícitos o ilícitos, pero aun así deberán estar presentes, para que se repute existente el negocio jurídico en relación a lo establecido por esta autora en particular.

Por lo cual es posible identificar que en relación a) *La manifestación de voluntad*, debe dejarse establecido en el contrato que el “interconectante” tiene la voluntad de interconectar al solicitante, y que “solicitante” tiene la voluntad pagar el peaje razonable por ello, pero, como se ha podido evidenciar, si hay conflicto en relación a este consentimiento, el comité de interconexión, asume el papel de las partes contratantes dejando, si no hay arreglo directo, una servidumbre, estableciendo en teoría el arreglo más justo posible, y en relación al b) *objeto*, se observa que en este caso, el objeto material, no es determinable en el contrato de interconexión, por lo que la conexión física y lógica, implica una serie de sistemas electrónicos y virtuales que permiten hacer uso de la red, (siendo este el resultado de todos los sistemas).

Por lo que en relación a los requisitos establecidos por la profesora de Castro, no se encuentra el elemento de la “determinación”, por lo que se tendrá que recurrir al sentido del *objeto jurídico*, el cual según la doctrina colombiana y española, refiere a la conexión física y lógica entre interconectante e interconectado, que permite a los usuarios hacer uso de la red, lo que refiere en últimas a el efecto jurídico del contrato, teniendo en cuenta además que Castro evoca un tercer elemento de existencia del acto jurídico, el cual establece como *las solemnidades*, pero, como se analizará, este contrato es consensual, por lo cual este elemento no se analizará, ya que en este contrato no existe.

Posteriormente, analizando el artículo 1501 del Código Civil, se puede identificar que esta norma dice claramente que existen cosas esenciales, unas naturales y unas que se consideran accidentales, en relación con el primer concepto la misma norma dice que las cosas esenciales son aquellas sin las cuales el negocio no existe como tal, o se transforma en otro negocio. Así, con lo ya establecido por Castro, es sencillo determinar que estos son con los cuales el negocio existe, como si en una compraventa no se determinará el precio de la cosa, sería entonces inexistente, pero, después de analizar diferentes posturas doctrinales en

referencia al contrato de Interconexión, se puede concluir que las cosas esenciales, es decir con los cuales el contrato no produce efectos serían:

- Establecer el acto (o voluntad) de Interconectar a sus redes al interconectado por parte del interconectante y,

- Establecer el peaje razonable o *precio*, (o voluntad de pagarlo).

Si no se estipulase en el contrato estos dos requisitos el contrato no producirá efectos, o no existirá ni siquiera.

La segunda parte del artículo refiere a las cosas que le son de su naturaleza, diciendo la norma que las cosas naturales, son aquellas que, aunque no se establezcan en el contrato, existen, en relación a determinado mecanismo contractual, como la condición resolutoria en contratos *bilaterales*, o el hecho de que las prestaciones deben estar equilibradas, en los contratos *conmutativos*, o el principio de *Pacta Sunt Servanda*, en todo contrato o convención según el artículo 1495 del Código Civil, o el hecho de que en el contrato de interconexión se rija por normas civiles y comerciales, o el hecho de que el contrato es oneroso, (entendiendo que el contrato puede decir que es oneroso, pero si no se establece un precio, resultaría inexistente).

Sin embargo, como se podrá analizar en el análisis jurisprudencial, (basándose en el hecho de la costumbre en este caso) el contrato de interconexión tiene la característica de ser operacional, es decir que son muchos contratos unidos los que llevan a la acción *interconectar*, teniendo en cuenta que como establece el Consejo de Estado, la unión de dichos contratos, implica que estos dejan de ser contratos entendidos individualmente, para ser parte de una unidad, por lo que si en determinado contrato, el cual hace parte de la coligación, no se halla un elemento establecido en una específica cláusula, la norma supletiva, no podrá ser la relacionada con dicho contrato individualmente comprendido, sino al contrato como un solo cuerpo contractual, ya que, como ya se estableció, el contrato deja de ser entendido individualmente.

Así, a manera de ejemplo, si como uno de los contratos coligados, existiera una compraventa, y en esta se incumpliera la prestación relacionada con el precio, podría pensarse, que como contrato bilateral, aplicaría la condición resolutoria tácita, y por ende, se resolvería en contrato, pero a razón de que el contrato de interconexión, debe ser entendido como un solo cuerpo contractual, se trae a colación que este, como contrato que materializa

un derecho fundamental, no puede terminarse por mera voluntad de las partes, ni siquiera judicialmente, ya que para terminarse una interconexión, según la resolución 87 de 1997, debe haber autorización del gobierno nacional, a través del ente administrativo especializado (Comisión de Regulación de Telecomunicaciones).

Por lo que la norma supletiva referente a la compraventa, no se podría utilizar, no pudiendo pensar tampoco, que el contrato se efectuó sin ese específico contrato, ya que si la operabilidad se efectuó de esa forma, es porque esos eran los contratos que se necesitaban en la específica situación, por lo que sin este contrato, la operabilidad no se encontraría completa, en el caso específico, por lo que se reitera una vez más, que debe comprenderse el contrato como uno solo.

Ahora, puede darse la pregunta, respecto de cuál es la diferencia entre las características naturales, es decir la naturaleza jurídica, y las cosas naturales del artículo 1501 del Código civil, conceptos que, a pesar de parecer iguales, tienen un sentido conceptual diferente, ya que, en particular opinión del autor de la presente investigación, las características naturales, son un concepto más general, y las cosas naturales uno más específico o particular.

Esta diferencia encuentra sentido, estableciendo que el sentido que le da la norma a las cosas naturales, encuentra fundamento en relación a la legislación comercial, la cual habla en su título preliminar del concepto de ley supletiva, concepto que implica que si las partes no dejan estipulado un aspecto en un contrato, la norma comercial, e incluso la civil, a través del artículo segundo del Código de Comercio, entraría a suplir la voluntad de las partes, es decir, que los elementos y cláusulas que a pesar de no estar presentes en determinado contrato, se considerarán pertenecerle, en términos del artículo 1501 del estatuto civil.

Esto implicaría entonces, que las cosas naturales encuentran origen en la ley, por eso mismo el Código de Comercio habla de *Ley supletiva*, y como se puede analizar, no todas las características naturales encuentran origen en la ley, como por ejemplo, que el fin último de el contrato, siempre debe ser proteger el derecho fundamental a las telecomunicaciones, característica que se deduce de la doctrina y la jurisprudencia, o por ejemplo, la consensualidad, la cual es resultado de la falta de establecimiento legal de dicho requisito por supuesto, pero que se ve evocada por la jurisprudencia, o la operabilidad de ejecución

irregular o variable, característica denotada por la costumbre mercantil, la cual se dedujo de la jurisprudencia, con base a como se efectúa el contrato por los contratantes de forma uniforme.

Así, se puede afirmar que las características naturales, y por ende, la naturaleza jurídica de un contrato, puede encontrar origen, tanto en la ley, como en la doctrina, jurisprudencia o la costumbre mercantil, a diferencia de las cosas naturales, que siempre encontrarán origen solo en la ley, igual que las cosas esenciales, analizando que el artículo 898 del Código de Comercio deja claro que los requisitos de existencia, se consideran así, porque la ley lo exige, teniendo en cuenta claro, que en los contratos atípicos según la teoría clásica, o en los contratos no regulados, los requisitos esenciales se determinarán por analogía legal, o por defecto costumbre mercantil.

En cuanto al tercer elemento, que refiere a las cosas accidentales, se dice que son aquellas que se establecen generalmente en el contrato, pero que no le son de su esencia ni de su naturaleza, pero que son variables a las infinitas posibilidades contextuales del negocio, como la duración del contrato, por ejemplo, pero resultaría de tarea ardua determinar todas estas, ya que, por la naturaleza operacional del contrato (característica que se estudiará en el análisis jurisprudencial), las cláusulas contractuales accidentales y especiales son miles.

Teniendo en cuenta, por ejemplo que los contratos de interconexión fuentes de las controversias arbitrales que se analizarán, son de una dimensión muy larga, a razón de que son miles de puntos que se acuerdan en una interconexión, como incluso el régimen laboral que se deriva de este, pero si se quisieran destacar aquellas más importantes, se podría identificar la duración del contrato, establecimiento de la cantidad y especificidad de equipos que se necesitaran para la ejecución, la ubicación de los sistemas físicos, establecimiento de trabajadores necesarios para la interconexión, cláusulas anexas de seguros en caso de incumplimiento, entre muchas otras.

3.5.2 Análisis según el artículo 1502 del Código Civil

Condiciones de validez del acto jurídico:

Ya en esta segunda sección en relación a los cuatro requisitos de validez de todo acto, o en este caso contrato, tomando como norma base el artículo 1502 del Código Civil, evocando este que los requisitos para poder considerarse obligado, o los requisitos para que sea válido el acto son:

, capacidad legal.

, consentimiento sin ninguna clase de vicio.

, objeto lícito.

, causa lícita.

En relación con esta sección específica, dice Castro (2016, p.176, 177) que, “una vez formado el acto o contrato por reunir las condiciones para su existencia según se expuso en la sección anterior, es pertinente hacerle un juicio de validez”, estableciendo que la llamada declaración de voluntad, esta intrínsecamente relacionada con la capacidad del sujeto, así, evoca Castro (2016), que:

Es evidente que las limitaciones de capacidad de ciertos sujetos permiten concluir que, si bien sus manifestaciones son claras expresiones de voluntad, a estar no se les puede atribuir todos los efectos vinculantes por existir razones de orden público que les imponen limitaciones para contratar y obligarse por sí solos. (Castro, 2016, p. 176 y 177).

Dejando claro, que regularmente los sujetos son capaces, a menos que la ley establezca lo contrario, aclarando Castro (2016, p.177, 178) que “es importante señalar que las reglas que limitan la facultad de estos sujetos para contratar y obligarse por sí solos está dirigido a proteger su patrimonio para asegurar su conservación y preservación.”

Respecto de este punto específico, se observa que en la totalidad de casos, en materia de contratos de interconexión, las partes contratantes son personas jurídicas y sociedades comerciales, pero en este caso ya que en las personas jurídicas no existe la figura de la capacidad plena o relativa, lo necesario para cumplir este requisito es que dichas personas consten con la correcta personería jurídica, dependiendo claro del respectivo tipo societario, con el fin de poder ser objeto de derechos y obligaciones, que en la mayoría de casos respecta a la sociedad anónima.

Es decir, que cumpla con los requerimientos legales del título VI del Código de Comercio, aclarando que una sociedad de hecho, puede adquirir obligaciones, lo que no es otra cosa que los socios de hecho individualmente concebidos, responderán solidaria e ilimitadamente, tema diferente a los requisitos que exige la ley para poder ser empresa dedicada a las telecomunicaciones, o los requisitos y cantidad de capital necesarios para poder constituirse como *operadores*, ya que sin estos no se puede argumentar que el sujeto no tenga capacidad legal, sino que sencillamente no cumple los requisitos adicionales para entrar en este específico mercado.

En relación al requisito del consentimiento libre y sin vicios, es clave entender el concepto de consentimiento, el cual implica la confluencia de voluntades de las partes contratantes, la cual debe ser real y libre, es decir, que las partes en verdad quieran contratar lo que se llevará a cabo, y que debe llevarse a cabo sin ningún vicio, a lo cual refiere Castro (2016, p.182) citando a la Corte Suprema de justicia, afirmando que “a manera de introducción resulta conveniente memorar que siendo por definición el consentimiento uno de los requisitos esenciales para la existencia del acto jurídico, cuando es sano, libre y espontaneo es así mismo elemento esencial para su validez”, dejando claro la autora que la razón de ser de esta protección implica que la ley “también dispone de los mecanismos adecuados para protegerlos contra su propia ignorancia, y principalmente, contra el fraude y la violencia de que pueden ser víctimas al hacer uso de la referida facultad” (p.182)

Esto quiere decir, por supuesto que entre interconectante e interconectado debe existir mutua voluntad o consentimiento de contratar la interconexión, evidentemente sin estar viciada, pero en relación a este punto, se notará en el análisis jurisprudencial, que el consentimiento de contratar, a pesar de existir, está sometido a una fuerte y constante intervención del Estado a través de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, ya que a pesar de no existir voluntad de querer interconectar a un determinado solicitante, el Estado obliga a que se celebre el contrato, por temas de derechos fundamentales a la comunicación, como se verá más adelante.

Por lo cual, a pesar de ser un requisito de validez, se mostrará más adelante que es un requisito minimizado por el ente regulador, llegando al punto de que si no se logra la negociación se impone una servidumbre por parte de un Comité, y por ende, casi que sustituyendo la voluntad de querer contratar o no, por lo que se puede inferir que este requisito para obligarse, siempre existe, aun cuando no exista entre las partes.

En cuando a la causa real y lícita, afirma Castro (2016, p.193) que “hay abundante doctrina acerca de la historia de esta institución y los fundamentos conceptuales a tenientes a este elemento subjetivo del acto jurídico”, refiriendo la profesora a que hay varias teorías filosóficas respecto del concepto de causa, por lo que simplemente según Castro (2016, p.193), se acudirá a la regulación que en la práctica se aplica a nuestro sistema legal, estableciendo por ende que este requisito de validez, se entiende “conformé al artículo 1524, Inciso 2do, del Código Civil”, el cual implica según Castro (2016, p.193), que “la causa es el motivo determinante que induce a la

celebración del contrato, la causa debe ser el elemento sin el cual el acto no se celebraría” además de necesitar ser real dicha causa, so pena de adolecer de nulidad relativa como ineficacia.

En relación con lo antes descrito, se puede entender que el motivo bajo el cual el acto no se celebraría en el contrato, encuentra sentido en la necesidad de interconectarse el solicitante a la red del interconetante, pero también el motivo último debe ser la garantía del derecho a la comunicación, entrando en la dicotomía en que a veces se cae en relación al concepto de causa y objeto, pudiendo pensar que refieren a lo mismo, pero por supuesto el objeto jurídico referirá a los efectos jurídicos entendidos de forma objetiva, es decir la protección al derecho a las telecomunicaciones, y el segundo, entrando en el carácter subjetivo en la contratación, es decir, ser conectado a la red del solicitante por parte del interconectado, y recibir el pago del peaje razonable por parte del interconectado.

Estas serán licitas mientras se comprendan como están en la normativa aplicable, pero en el sentido de la causa como la motivación de los contratantes, estará la necesidad de satisfacer el servicio público domiciliario de la telecomunicación, como se repetirá en todo el texto, la motivación no puede ser otra que materializar el derecho a la comunicación de los usuarios, como motivación y fin último de las partes.

En relación con el *objeto lícito*, se dice por parte de Castro (2016, p.195) que “hay objeto ilícito cuando las prestaciones del acto son violatorias de alguna norma de orden público”, requisito de validez, que para Sánchez (2008, p.179), se entiende afirmando que “la interconexión tiene por objeto hacer posible el ejercicio del derecho de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones a comunicarse con otros usuarios de dichos servicios.”

Siendo el objeto jurídico, los efectos del contrato, mirados objetiva, y no subjetivamente, es decir la legítima interconexión de una a más redes de telecomunicaciones y todos los servicios que vienen con ella y por ende el *aval del uso de los servicios por los usuarios*.

Pero, hay que recordar lo anteriormente dicho respecto de la diferencia entre el objeto jurídico y objeto material, ya que lo anteriormente descrito referiría al objeto jurídico, ya que el objeto material, en este caso se podría pensar que es la *red*, pero como se sabe, un bien que no se puede entender como un “objeto determinado”, no puede constituir objeto material, pero, por supuesto, siendo importante explicar la red, como la combinación de elementos tecnológicos de emisión y recepción que habitan en el espectro electromagnético, el cual según Velásquez se entiende afirmando que:

El espectro electromagnético es primer elemento esencial de infraestructura TIC junto con los demás equipos físicos y dispositivos terminales que proveen la conectividad digital entre los usuarios de los servicios TIC. El espectro electromagnético es propiedad del Estado, administrado y regulado por los gobiernos de cada país, siguiendo la normalización de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). (Velásquez, 2015, p. 144).

Teniendo en cuenta, por supuesto, al igual que la causa, que la licitud del objeto, implica que la materialización de la protección al derecho de las telecomunicaciones, este acorde a la norma imperativa, y que de por sí, sea real y efectiva dicha protección, so pena de adolecer de nulidad relativa, o anulabilidad.

4. El contrato de interconexión según la jurisprudencia en España y Colombia

En el siguiente análisis, se analizará de forma preliminar los principales temas que analiza la jurisprudencia española, y el porqué esta tan alejada de la colombiana, ya que como se verá en el análisis, el tema de la naturaleza jurídica es un tema que la jurisprudencia española no trata, ya que el contrato está identificado y regulado, posteriormente se comprenderán los principales laudos arbitrales que se han emitido en Colombia referente al contrato de interconexión en el derecho de las telecomunicaciones, (siendo analizados aquellos que tratan el tema de la naturaleza jurídica, los cuales son la gran mayoría).

Teniendo en cuenta que el cometido, o principal objetivo será ver que evoca la justicia arbitral acerca de la naturaleza jurídica del contrato, pero por supuesto se identificarán todos los problemas jurídicos claves para el cometido de la investigación, ya que todos de alguna forma explican qué es el contrato, sus elementos y como se suele utilizar en el mercado de las telecomunicaciones, pero por supuesto haciendo énfasis, en aquellos laudos que tratan el tema de la naturaleza jurídica de este especialísimo contrato.

4.1 En lo referente a la jurisprudencia española

Un tema clave para esta investigación, y para este capítulo, será la razón por la cual no se analiza la jurisprudencia española de forma profunda, como se analizará la Colombiana, y la razón se explicará, primero porque la doctrina española, refiere un punto muy importante, aseverando que, la naturaleza jurídica del contrato, o como se denomina en España, la naturaleza institucional, consta de tres características según Nakagawa (p.307,308), comentando en relación a las telecomunicaciones en Europa:

- “La interconexión como contrato privado”
- “La interconexión como acuerdo regulado”
- “La interconexión como negociación supervisada”

De estas tres características es posible evidenciar similitud con el contrato según el derecho Colombiano en dos de ellas, primero en ser de derecho privado, y segundo que es de negociación supervisada o que en Colombia se entiende como *intervenido*, pero en relación al elemento restante, que refiere la autora en relación a ser un acuerdo regulado, identificamos que en el sentido del texto de Nakagawa, el concepto se relaciona con la tipicidad de los contratos, es decir que, como se vio en el capítulo referente a la doctrina, en relación a la legislación española, más específicamente al llamado “LGTel”, se regula el contrato de interconexión, por lo que es posible afirmar que según la autora y según la ley española, que el contrato es típico.

Por ende, comentado lo anterior es claro que la naturaleza jurídica del contrato en España es mucho más clara que en la legislación Colombiana, afirmando que generalmente en los contratos típicos, a razón de que están plenamente regulados, se pueden establecer sus características naturales más fácilmente que en un contrato atípico, el cual no se encuentra regulado, en relación a la teoría clásica de la tipicidad por supuesto.

Pero, en relación a la teoría moderna que afirma que la tipicidad es social, tesis soportada por Camacho (p.2, 3) y Cámara (p.128), se puede afirmar que si un conglomerado mercantil, utiliza de forma uniforme determinado contrato, es porque conoce sus características naturales, generalmente por costumbre, pero si resulta ser atípico, es decir, que un conglomerado mercantil no trate el contrato de forma uniforme, es porque dicho conglomerado mercantil no está de acuerdo en relación a las características naturales, por ende dilucidar la naturaleza jurídica en la teoría moderna, resultaría aún más difícil.

El hecho de que en España el contrato sea regulado, se soporta analizando por ejemplo la sentencia STS 4869/2016 - ECLI: ES:TS:2016:4869 del Tribunal Supremo sala de lo contencioso administrativo de Madrid, teniendo en cuenta que el problema jurídico resuelto en la providencia va relacionado con un incumplimiento contractual, y la forma de resarcirlo, o la sentencia SAN 3555/2017 - ECLI: ES:AN:2017:3555, de la Audiencia Nacional – sala de lo contencioso administrativo de Madrid, el cual tiene como principal tema las sanciones aplicadas por el órgano regulador por acciones y omisiones del

interconectante y solicitante, en otras palabras, problemas jurídicos muy alejados a los analizados en la jurisprudencia Colombiana.

Por ende, se puede afirmar que la jurisprudencia española no trata el tema de la naturaleza jurídica del contrato de interconexión, ya que en este sistema, y en general en el caso europeo, no hay mucho debate respecto de este punto específico, el cual es el punto central de la investigación, en cambio, se puede observar que la mayoría de fallos, tratan sobre la inconformidad e impugnación de sanciones y emisiones del órgano regulador.

Pero para dar correcta argumentación a esta afirmación se muestra que según el informe anual del 2009 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, pocos de los cuales recopilan jurisprudencia en materia de interconexión, se catalogan los recurrentes temas y problemas jurídicos que se dan en la jurisprudencia española respecto de este contrato, siendo estos los siguientes, y sus respectivas sentencias, enunciando los temas base de cada providencia:

Impagos de servicios de acceso e interconexión, conductas irregulares y anticompetitivas:

Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la 24 de junio de 2009 (recurso de casación 380/2007): Bajo la cual se desestima un recurso interpuesto por una empresa, contra una sentencia, referente a la potestad de la Comisión, para intervenir en acuerdos ya celebrados entre las partes, en relación a contenidos anticompetitivos.

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2009 (procedimiento ordinario 912/ 2006): Providencia bajo la cual se impugna una resolución emitida por el órgano regulador respecto de formas de liquidación, la cual considera el accionante como desproporcionada.

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA 30 28 de septiembre de 2009 (procedimiento ordinario 226/2003): Providencia bajo la cual también se trata el tema de la desconexión por parte del interconectante al interconectado, es decir incumplimiento contractual, junto con legitimidad y potestad del ente regulador.

Precios de acceso e interconexión”:

Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del

Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2009 (recurso de casación 4713/2006): Sentencia que además trata el tema del cambio de una oferta de interconexión por parte del interconectante al solicitante.

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional 10 de abril de 2009 (procedimiento ordinario 167/ 2007): La cual trata específicamente el tema de los efectos perjudiciales del establecimiento de precios máximos a la interconexión, ya que estos afectan a terceros *contractuales*.

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de junio de 2009 (procedimiento ordinario 526/ 2007): Sentencia en la cual se trata el tema del principio de *no discriminación*, en relación al elemento del precio.

Numeración, portabilidad y preselección:

Sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2009, de 25 de mayo de 2009 y de 29 de junio de 2009 (recursos de casación 5177/2006, 5580/2006 y 575/2007): Providencia bajo la cual se desestiman tres recursos, en relación a una controversia relativa a la asignación de unos costes de servicios en una interconexión, asignaciones que fueron resultado de emisiones de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, sentencia que tiene como núcleo conceptual, la potestad de solucionar conflictos de interconexión, por parte del ente regulador.

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 23 de febrero de 2009 (procedimiento ordinario 78/2007): Fallo que también tiene como problema jurídico principal, la legitimidad de la resolución de conflictos por parte de la Comisión.

Oferta de acceso al Buclé de Abonado de Telefónica (OBA), servicios, coubicación, penalizaciones, incumplimientos y multas coercitivas:

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de febrero de 2009 (procedimiento administrativo 50/2007): Providencia que trata el tema de la inmersión del órgano regulador en un conflicto de *acceso*.

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2009 (procedimiento ordinario 813/ 2005): bajo la cual se reafirma una Resolución emitida por la CMT, la cual decide un conflicto de acceso entre las dos empresas que hacen parte del litigio, además de analizar la potestad solucionadora del ente regulador en conflictos de acceso.

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de febrero de 2009 (procedimiento ordinario 139/2007): Fallo que plantea una serie de conflictos en relación a incumplimientos contractuales, relacionados con plazos de los servicios de cobricación de la oferta de acceso al bucle de abonado planteando también como interviene en estos el ente regulador.

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 27 de febrero de 2009 (procedimiento ordinario 216/2009: en el mismo sentido, la Sentencia de 13 de febrero de 2009, procedimiento ordinario 783/2005, explica los dilemas en relación a resoluciones de conflictos por parte del órgano regulador, teniendo como tema central, la entrega de señal de la oferta de acceso al bucle abonado de telefonía.

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (procedimiento ordinario 782/2006): Providencia que trata el tema de la legitimidad y legalidad de la asignación de una sanción a razón de un conflicto de acceso, por parte del ente regulador.

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 2009 (procedimiento ordinario 985/2006): providencia que tiene como núcleo temático la desestimación de un recurso, el cual tenía como tema un conflicto de acceso, y provisión del servicio de ampliación del tendido de cable interno.

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de diciembre de 2009 (procedimiento ordinario 1542/2007): La cual implica la desestimación de un recurso, contra una resolución del ente regulador, que tiene como tema a debate la modificación de una oferta de acceso al bucle de abonado de telefonía.

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2009 (procedimiento ordinario 213/2007): bajo

la cual de desestima un recurso, relativo a un conflicto de acceso, relacionado con unas visitas a edificios de ubicación de la oferta de acceso al bucle de abonado.

4.2 Referente a la jurisprudencia Colombiana

Esencialmente, cuando se hace lectura de estos fallos arbitrales, es posible identificar muchos aspectos en común entre estos, es decir que hay varios problemas jurídicos analizados, a veces de forma igual y en otras ocasiones de forma diferente según el laudo, y sus respectivos árbitros, siendo muy importante aclarar que, la tecnología celular, y la verdadera era de las telecomunicaciones viene iniciando los años 2000, ya que antes de la ley del 94, la legislación de servicios públicos domiciliarios estaba dispersa en el ordenamiento, casi todas siendo normas de los años ochentas, por lo que las primeras emisiones en esta materia, no solo de tecnología celular real, sino de telecomunicaciones en general e internet, son aquellas emitidas iniciando el siglo veintiuno, aclarando Velásquez (2015) respecto del tema que:

El avance legal logrado en Colombia con la derogatoria de la antigua normativa de las telecomunicaciones y la llegada afortunada de la Ley TIC constituyó el reconocimiento por parte del Estado del mandato constitucional de protección de los derechos de usuarios/consumidores/clientes de las nuevas tecnologías a través de una política y regulación basadas en la promoción, el acceso, uso y apropiación de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) (Velásquez, 2015, p. 142.)

Ahora, respecto de los laudos sujetos a estudio, es importante identificar los tres temas estructurales a través de ellos, de los cuales el primero trata de forma directa la naturaleza jurídica del contrato, pero los otros dos, también evocan puntos muy importantes en relación a la naturaleza jurídica, pero analizados de forma indirecta, sin embargo, como se podrá analizar, evocan varias de las llamadas características naturales, así, los tres bloques a analizar serian los siguientes:

- La naturaleza jurídica del contrato de interconexión junto con la conceptualización de los principales elementos del contrato, y la naturaleza de las normas que lo regulan,
- La incidencia de la normativa sobre lo ya pactado por las partes en determinado contrato y
- El papel real que tiene el órgano regulador en relación con las controversias suscitadas entre las partes contratantes.

Establecido lo anterior, es clave determinar que todos los laudos son sobre contraprestación al bien o servicios prestados, es decir lo que en capítulo anterior determinamos como la obligación del interconectado de pagar un peaje razonable o la obligación de pagar el precio, característica de la cual se puede extraer parte de la naturaleza jurídica del contrato.

Como ejemplo de lo anterior, esta la condición de ser de oneroso, es decir que el interconectante siempre recibirá una contraprestación de carácter económico por la interconexión, bilateral, ya que siempre en cada laudo arbitral se pueden identificar siempre la figura del interconectante y el interconectado (dejando claro que en la mayoría de casos es bilateral, pero quedando el aval legal de poder ser multilateral), ambos teniendo obligaciones recíprocas, lo que por supuesto le brinda la característica de conmutativo, además es necesario evocar que este es de tracto sucesivo, ya que las obligaciones se cumplen en un periodo extendido de tiempo, y claramente consensual, ya que no requiere solemnidad alguna para su perfeccionamiento.

Así, se tratará lo que los laudos brindan, respecto de la naturaleza jurídica del contrato y de sus características más importantes, para identificar si la jurisprudencia está de acuerdo con lo evocado por la doctrina.

Así, en relación al primer bloque temático, por ejemplo, el laudo “EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A ESP VS. EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - TELECOM ESP DEL 21 DE MAYO DE 2003” afirma que “no hay duda de que los contratos de que se trata este proceso se rigen por las normas civiles y comerciales y no por ninguno de los estatutos que sobre la contratación estatal que rigieron cuando se celebraron o se modificaron”.

Por su lado, el laudo “EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DEL LLANO – ETELL- S.A. VS EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ DE 22 DE DICIEMBRE 2003” dice que “la naturaleza de la interconexión y que tiene como extremos hoy a ETELL y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP es un contrato estatal de derecho privado que puede ser modificado por las partes dentro del contexto legal que le significa a las telecomunicaciones ser un servicio público esencial”.

Así, continuando con esta línea argumental, el laudo “UNITEL S.A ESP VS. ORBITEL S.A ESP DEL 13 DE DICIEMBRE DE 2006”, es mucho más enfático en la norma jurídica diciendo que, “sin embargo, es acertado el énfasis que ha hecho la parte convocante durante el

arbitramento en el carácter ius privatista del contrato, dado, por expresa disposición legal”, por lo que afirma el laudo que “el contrato es esencialmente de derecho privado”.

Como tercer laudo de acuerdo en este punto, TELÉFONOS DE CARTAGO S.A. ESP VS. ORBITEL S.A ESP DEL 25 DE ENERO DE 2007, se refiere al mandato legal, establecido en la ley de servicios públicos, reafirmando, en cuanto a la naturaleza del contrato, que este siempre será de derecho privado o común, obviamente, postura que es solo correcta en parte.

Así, por otro lado, en cuanto a este punto en específico, respecto el laudo TELEPALMIRA S.A ESP VS. ORBITELL S.A ESP DEL 20 MARZO DE 2007, Gonzales y Herrera (2012, p. 327) establecen que el contrato de interconexión, como contrato que rige un servicio público domiciliario, es un contrato en general sometido a las reglas del derecho común a pesar de tratarse de un contrato de naturaleza mixta”, citando a Atehortúa (1998, p. 16, 17) es decir en parte privado, y en parte público.

Así, el laudo BUGATEL S.A ESP VS ORBITEL S.A ESP DEL 20 DE ABRIL DE 2007, aclara respecto del punto de discusión que, a pesar de que este contrato es de naturaleza privada, no es como cualquier otro negocio del derecho común, ya que tiene como centro neurálgico la protección del derecho fundamental a la comunicación, dándole la característica de deber legal a la interconexión, tal como lo establece TELEFÓNICA MOVILES COLOMBIA S.A VS. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A - ETB DEL 7 DE NOVIEMBRE DE 2007. Fallo que también aclara que en el contrato objeto de estudio, no existe una total libertad en la autonomía negocial de las partes, ya que como se dijo antes, tiene una limitación por la calidad de derecho público de las obligaciones, estableciendo este laudo además que por la interconexión, se adeuda una remuneración, aclarando este fallo una vez más la característica de onerosidad en este negocio y obviamente, quedando más que claro la naturaleza de derecho privado.

Ahora, es esencial hacer síntesis junto con lo aportado por la doctrina, ya que como se puede analizar, las categorías de *contrato estatal privado*, y *contrato de naturaleza mixta*, encuentran correcta concreción en el sentido del contrato como intervenido, es decir, como aquel contrato privado que a razón de tener como objeto un derecho fundamental, encuentra una fuerte inmersión del Estado, teniendo en cuenta por supuesto, que el mismo laudo aclara un tema clave, afirmando que el contrato si es un contrato privado, pero que se desarrolla por unas normas

especiales, que tienen la categoría de orden público, a razón que materializan un derecho fundamental, y servicio público esencial.

Respecto de este mismo tema TELEFÓNICA MOVILES COLOMBIA S.A VS. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A - ETB DEL 7 DE NOVIEMBRE DE 2007, establece como problema jurídico referente a que si son las telecomunicaciones un servicio público de interés general y con un régimen jurídico especial, a lo cual claramente se responde que por supuesto responde a un régimen jurídico especial, y como resumen no de este , sino de todos los todos laudos, se puede afirmar que las normas que lo regulan son de carácter general y orden público, a razón del derecho inmerso en las negociaciones.

Posteriormente pregunta si la interconexión de redes es de interés general, argumentando el tribunal que con fundamento en la ley que regula los servicios públicos, en el capítulo de los contratos especiales, se puede afirmar que la interconexión si es interés general, y aún más, tiene connotación de derecho fundamental, teniendo como derecho nuclear el derecho a la comunicación, por lo que es posible añadir a la naturaleza jurídica del contrato, que su objeto según el artículo 1502 del estatuto civil, es de carácter o jerarquía constitucional, y que por ende la doctrina determina como regulado, o intervenido y por ende se limita la autonomía de la libertad negocial, comprendiendo que el contrato tiene la especial característica de que su regulación es de orden público.

Ahora, analizando los anteriores fallos, en relación a lo que en la parte preliminar refiere a la relación sucinta de las condiciones específicas de los contratos, se puede determinar que este negocio en la permisión del uso de la red, comprende una operación compleja definida como coligación negocial, concepto tratado por el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera sub-sección A, en sentencia del primero (1) de octubre de dos mil catorce (2014), es decir, muchos contratos unidos entre sí, creando entonces un solo contrato operacional, prestación contraria (al pago), en sentido de la operación económica del contrato, se definiría como “interconectar”, concepto que la ley no pudo definir.

Pero analizando la jurisprudencia, puede afirmarse entonces por fin, un sentido a la acción “interconectar”, la cual implica una coligación que varía según la condición del contrato, y las condiciones de las partes, deduciéndose entonces, una nueva característica natural en este contrato, que se definirá como la *operacionalidad de ejecución irregular o variable*, la cual, por

lo general, pero no en la totalidad de los casos, se representa bajo los contratos de arrendamiento, compraventa, transporte, suministro, mandato y comodato, afirmando que dicha operabilidad variable, halla uniformidad y univocidad por vía de costumbre, a razón de que siempre serán variables los contratos coligados.

Por otro lado, entrando al segundo gran bloque extraído de la lectura de los laudos arbitrales, es posible identificar que todo lo referido al ente regulador, en el capítulo de la doctrina, no es pacífico, ya que a diferencia de España, el ente regulador tiene inmersión en casi cada aspecto de los contrato de interconexión. Así, se ve que el tema bajo el cual hay mas debate, es aquel relacionado con la inmersión del ente regulador en los contratos ya celebrados y en curso, además de encontrar como sub tema a este, la utilización de resoluciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por parte del interconectado, para entrar al negocio de una forma bastante controversial jurídicamente, identificando por ende dos tesis contrarias inmersas en la jurisprudencia. Así, la primera se denominará la tesis *Pro pacta sunt servanda, principios de derecho civil, y efectos de la ley en el tiempo*, y la segunda, la tesis *Pro principio de integralidad e inmersión total del ente regulador*, las cuales se desarrollarán en relación a cada laudo que soporta cada una.

En relación al segundo bloque temático, el laudo EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DEL LLANO – ETELL- S.A. VS EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ DE 22 DE DICIEMBRE 2003 establece que no puede modificarse la voluntad de las partes por acto unilateral, tesis que soporta la primera tesis ya nombrada, a razón de que en este laudo, una de las partes hace uso de una de las emisiones de la CRT (462 de 2001), la cual plantea una nueva forma de liquidar el elemento esencial del precio, planteando así que el precio puede liquidarse por minuto o por capacidad, siendo la ultima la nueva forma incorporada y bajo la misma resolución se plantea que si él interconectado lleva pagando el precio por minuto causado, este puede entrar a decidir comenzar a pagar el precio por capacidad, forma de pago que resulta más barata para el interconectado, sin necesidad de manifestación de la voluntad del interconectante.

Situación que efectivamente sucedió en la practica en este caso, a lo que el laudo responde en su parte resolutive, que teniendo como privado este contrato, no puede entrar a modificar una parte el contrato unilateralmente, infiriendo de este, que en todo contrato civil o mercantil, debe cumplirse lo pactado, bajo voluntad de ambas partes contractuales, a lo que el

laudo afirma que “la Resolución No 463 de 2001 de la CRT establece y abre la posibilidad de nuevas opciones de cargos de acceso para la contratación de interconexión entre los operadores”, pero que según el laudo, no puede entrar a decidirse cambiar aquella forma ya pactada, solo por la voluntad de una de las partes.

Así, UNITEL S.A VS ORBITEL S.A ESP del 13 de Diciembre de 2006, trata el tema desde otra perspectiva, la cual se puede extraer inicialmente en dos preguntas, primero, en que si es aplicable a un contrato de interconexión ya en curso, una norma expedida por la CRT, y si en un contrato ya celebrado, una parte puede retractarse de lo ya pactado, teniendo como fundamento el aval de la resolución 463, al dar la oportunidad de pagar por acceso por minuto o por capacidad.

En primera medida, el laudo, no responde el primero de los dos interrogantes, o no lo responde como se espera, ya que lo que explica es que desde la norma del 2001, la parte solicitante podía escoger una de dos opciones de pago, pero queda en el aire la duda respecto de si en un negocio hecho antes del 2001, la parte interconectada podía, unilateralmente, cambiar la forma en que estaba pagando por la interconexión, lo cual queda resuelto, en teoría en el segundo punto, con lo cual correctamente se explica que “ el rechazo posterior al acuerdo previo es una violación a la buena fe contractual, un acto que este Tribunal estima inaceptable”, infiriendo de la lectura, que no es posible, siendo el contrato un contrato mercantil, que una normativa entre a violar un principio tan esencial como el *Pacta Sunt Servanda*.

Respecto de este tema, el mismo fallo pregunta que si por decisión del ente regulador, se puede modificar un contrato celebrado, a lo cual se responde que con el mandato de una norma del RUDI, se establece que se puede modificar un contrato, cuando se ve menoscabada la libre competencia, o el derecho fundamental de la comunicación, conclusión, que no tiene fundamento en la libertad negocial y autonomía de la voluntad, sino en la voluntad del tercero (CRT) su potestad protectora de los derechos del usuario, y su necesidad de adoptar los cambios tecnológicos, y económicos.

Por otro lado, como laudo propio de la segunda tesis, AVANTEL S.A VS. EPM TELECOMUNICACIONES S.A ESP DEL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2007, se hace una pregunta muy importante en relación con la imperatividad de las normas de la CRT, argumentando que como las mismas decisiones establecen, son de obligatorio cumplimiento, y que las partes

intervinientes en una interconexión deben acoger las emisiones, como si de una norma del Congreso de la Republica se tratara.

Aquí, es cuando el fallo COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A. VS. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ, S.A. ESP ETB DEL 15 DE DICIEMBRE DE 2006, se hace una pregunta clave, preguntando si, dicha forma de pago, es decir, la adopción de la liquidación por capacidad en vez de por minuto causado, es una decisión unilateral de la parte solicitante, a lo cual se responde con un controversial y muy debatido principio, llamado “*de integralidad*”, el cual implica, que el interconectante, tiene que aceptar la forma de pago que decida el interconectado, siempre que este sea el método de pago que usa el interconectante con los otros interconectados anteriores, que en el siguiente problema jurídico, se tratara´ si ha de aplicarse dicho principio, el cual en concepto de este laudo, si debería aplicarse.

Luego, el mismo fallo, hace aclaración al termino “ofrecer”, en relación a que el interconectante, debe ofrecer las formas de pago, pero haciendo aclaración, de que según la normativa, lo que quiere decir el termino es que el interconectante tiene que allanarse a la forma de pago que elija el interconectado, según las formas de pago que maneje el interconectante, dándole al contrato “según esta tesis”, la connotación o característica de contrato de adhesión, dejando claro, que, analizando dicha característica, el interconectante no tiene la posibilidad de no allanarse, a razón de lo que llama Montero la obligatoriedad de la interconexión, por lo que aparentemente, se crea un desequilibrio económico, el cual según este laudo, se legitima por concepto de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A OCCEL S.A VS EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP-ETB DEL 15 DICIEMBRE DE 2006, por su parte, trae a colación el factor de limitación a la libertad negocial, o disposición del *pacta sunt servanda* en los contratos de interconexión, a lo cual responde el fallo, diciendo que este es un mecanismo estatal de intervención en algunos contratos que tienen como fin la prestación de un servicio colectivo, es decir que si se ve muy limitada la libertad contractual en este contrato, que en apartados anteriores se deja claro que es de derecho privado, la rama del derecho que tiene como esencial característica el culto a la libertad.

Luego, el mismo laudo, trata de nuevo el tema de la integralidad, diciendo que el principio también debe aplicarse, diciendo que el artículo quinto de la resolución 462 de 2001 CRT, la cual emite mandato refiriéndose a que cuando un interconectante decide utilizar un

medio de liquidación, es decir por minuto causado o por capacidad, es como si decidiera hacerlo con el resto de sus interconexiones, además, trae de nuevo el sentido de que el interconectante debe “ofrecer” las dos formas de liquidación, aclarando una vez más que esto implica que el interconectante debe aceptar la forma de pago que elija el solicitante, fallo insignia de la tesis dos, además, este fallo trata un tema que no se ha tocado antes, en relación a si se puede pagar un cargo menor al pactado, respondiendo el mismo que mientras se mantenga la forma de liquidación, si se puede disminuir el costo respecto del monto máximo, claro está, por mutuo acuerdo, y no por decisión unilateral, la cual no aplica en este caso.

TELEFONOS DE CARTAGO S.A. ESP VS. ORBITEL S.A ESP DEL 25 DE ENERO DE 2007, por su parte, analiza el tema, desde una perspectiva diferente, preguntándose si se puede dejar a la regulación pertinente, la potestad de la elección de la forma de liquidar, a lo que responde que, si se puede dejar la elección a lo establecido en la decisiones y conexiones anteriores, es decir la forma según el principio de integralidad, así, respecto de este mismo aspecto.

En cuanto a la tesis primera, Gonzales y Herrera (2012) dicen que en el laudo TELEPALMIRA S.A ESP VS. ORBITEL S.A ESP DEL 20 MARZO DE 2007, “como deduce el profesor Alessandri, esta libertad de contratación no es absoluta por cuanto la misma se enfrenta a una infinidad de restricciones impuestas por la Ley que tienen su fundamento en razones de interés público”, y que, en los contratos civiles, a pesar de ser la rama del derecho que más hace primar la igualdad, debe entenderse que en múltiples casos, las partes, en relación a sus condiciones económicas, no son igual, en otras palabras, se plantea una igualdad material.

Además González y Herrera (2012, p. 338) comentan respecto de la característica de intervenido, afirmando que “todos los contratos relacionados a la prestación de servicios públicos domiciliarios en nuestro país tienen, en mayor o en menor medida, un alto grado de restricción”, teniendo en cuenta que la inmersión de contratos privados en esta área, es un mecanismo y tendencia contractual moderna.

El mismo laudo, entonces se centra en analizar si por medio de la resolución del 2001, se le da el poder a las partes para entrar a modificar unilateralmente el contrato, a lo cual el fallo contradice lo establecido en la tesis dos, estableciendo una postura diferente, la cual es más acertada jurídicamente, en relación a la potestad de entrar unilateralmente en la negociación, ya que según el laudo “resultaría excesiva esta supuesta facultad dado que quedaría en las manos de

unos de los contratantes la definición de uno de los elementos esenciales del contrato, esto es, el precio”, dando como el más importante argumento, aquel que afirma que según el “artículo 1865 segundo inciso dos (del Código Civil) no podrá dejarse el precio al arbitrio de una de las partes”.

Entendiendo que estas son normas relativas a la compraventa, pero que a razón de la también naturaleza bilateral, onerosa, conmutativa y privada de ambos contratos, se efectúa un ejercicio de analogía, dejando claro que bajo dicho presupuesto de ley, la consecuencia jurídica en el contrato de interconexión resulta ser igual, es decir, que en el contrato de interconexión no puede dejarse el precio al arbitrio de una de las partes.

Posteriormente, BUGATEL S.A ESP VS ORBITEL S.A ESP DEL 20 DE ABRIL DE 2007 trata el tema del poder de la normativa de la CRT para modificar contratos ya celebrados, y que, en este caso en concreto, no efectúa un cambio en el contrato si no la aplicación de una cláusula ya establecida, en términos de la resolución 463 CRT, después el fallo analiza el tema de los efectos jurídicos, del supuesto principio de integralidad, en relación con la entrada unilateral, con base la forma de liquidación del interconectante que solicita la interconexión, a lo que se afirma que “del contenido de la Resolución 463 de 2001 no se puede deducir que el operador de TPBCLD tenga la facultad de modificar unilateralmente el contrato”. Dando el laudo un aspecto muy importante para la tesis uno, afirmando que lo que sucede respecto del principio de interconexión, es que el problema radica en “una cuestionable redacción, que faculta al usuario de la red para escoger el esquema de remuneración que más le convenga”.

Dejando claro el fallo, que la aplicación de dicho principio, siempre resultará contrario a los principios de derecho civil, pero estableciendo que las formas de liquidación como tal, no encuentran origen en la voluntad de las partes, sino en el mandato en resolución del órgano regulador, emisión que si es válida, ya que se encuentra de los límites de acción del ente administrativo especializado, argumento que también se encuentra en BUGATEL S.A ESP VS ORBITEL S.A ESP DEL 20 DE ABRIL DE 2007, que respecto del mismo problema jurídico, responde afirmando que la determinación de los cargos por la interconexión, viene de la ley, no de la negociación de las partes en el contrato.

Luego el fallo realiza una pregunta esencial, ¿tiene efectos inmediatos una norma regulatoria posterior en un contrato de interconexión ya celebrado? a lo que el laudo responde claramente que sí, estando en oposición a la tesis primera, bajo la cual se afirma solo la voluntad de las partes pueden modificar un contrato celebrado, por lo que la entrada inmediata de la

regulación, en este caso, es exclusivamente, para el cambio hecho en relación a los bloques de numeración, y que estos no generen un costo para los operadores o los usuarios.

Es decir, la normativa entra a hacer cambios, dependiendo el caso en concreto, tema que bajo la tesis uno, se entiende legitimado, exclusivamente cuando está en riesgo el derecho fundamental, solo en esta circunstancia podría el ente regulador modificar contratos ya vigentes, luego en su parte final, se efectúa el problema jurídico referente a que si tiene objeto ilícito una estipulación cuya esencia se ve afectada posteriormente por la expedición de una norma regulatoria, a lo cual responde que no hay norma jurídica que le asigne tal sanción, es decir, bajo ese presupuesto, no puede decirse que hay objeto ilícito.

Pero en cambio, en el salvamento de voto de este mismo laudo, se pregunta si una estipulación en la cual se cobre por la numeración tiene objeto ilícito (estando prohibido en la ley cobrar por la numeración), a lo cual, bajo el Código de Comercio, establece que ya que dicho cobro viola mandato imperativo, adolece de objeto ilícito, en este caso, dando como entendido, que si en un contrato ya celebrado, entra una ley a cambiar un elemento, dándole la calidad de prohibido, y el contrato tuviera naturaleza de tracto sucesivo, desde que la ley empezara a tener vigencia, el contrato empezaría a adolecer de objeto ilícito, y por ende adolecería de nulidad relativa, la cual debería ser declarada judicialmente, (buscando como pretensión, dejar sin efectos jurídicos determinado contrato, teniendo en cuenta que el RUDI, en el artículo 4.3.1 permite la terminación del contrato de interconexión, cuando existe en este un servicio no autorizado).

Pero en relación a que cuando una determinada normativa, establece una posibilidad diferente en la contratación sucesiva ya celebrada, no implicaría que esta cambiaría el contrato, respecto de lo que ya se acordó por las partes, ni tampoco que una de las partes pueda entrar a modificar unilateralmente el contrato utilizando dicho cambio, la única posibilidad es que, las partes entraran a modificar el contrato por mutuo acuerdo.

Por otro lado, TELEFÓNICA MOVILES COLOMBIA S.A VS. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A - ETB DEL 7 DE NOVIEMBRE DE 2007 trata el tema efectuando la pregunta referente a que si los contratos ya perfeccionados, pueden ser modificados por normativa posterior inmediatamente, a lo cual se responde afirmativamente, pero con sustento diferente a los laudos pasados, afirmando que puede efectuar dichos cambios, según los cambios económicos y tecnológicos que se den, hallando legitimidad en la protección

al derecho a las telecomunicaciones , pero preguntándose este, una vez más si debe aplicarse el dicho principio de integralidad, a lo cual refiere que sí, y que todas las futuras interconexiones que haga el interconectante deben ser iguales a las que ha hecho anteriormente, esto es a la forma de cargo de acceso, soportando la tesis dos.

Así, continuando con el análisis, COLOMBIA MOVIL S.A. ESP VS. TELEFÓNICA MOVILES COLOMBIA S.A DEL 26 DE ENERO DE 2011, brinda una pregunta que no efectúan los otros laudos, preguntando si la resolución expedida por un órgano regulador tiene fuerza de cosa juzgada, a lo que responde el tribunal, diciendo que estos tienen carácter de actos administrativos, los cuales siempre serán revocables, y por ende no aplicaría nunca la figura de la cosa juzgada, postura propia de la tesis uno, la cual considera que en la práctica, el ente regulador, extralimita sus funciones, estableciendo también, que las emisiones de la CRT, no son leyes, sino meras emisiones de un ente administrativo, entrando a analizar entonces, el fallo clave para la tesis uno, fallo que en opinión del autor, cierra el debate.

Así, la TUTELA T- 058 DEL 2 DE FEBRERO DE 2009, insistiendo en el mismo problema jurídico ya analizado antes, da un concepto contrario, a todas las jurisprudencias descritas por la tesis dos, ya que para la Corte Constitucional, las comisiones son meros entes técnicos, los cuales en su actividad reguladora, no pueden sustituir al legislador, así la corporación considera que la comisión desbordó sus competencias.

Luego en relación a lo evocado por TELEFÓNICA MOVILES COLOMBIA S.A VS. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A - ETB DEL 7 DE NOVIEMBRE DE 2007, además de no resolver de manera correcta la controversia, se entiende que en 2009 la Corte como máximo ente constitucional cierra el debate, analizando si la comisión puede modificar contratos ya celebrados, teniendo como sustento los principios generales de derecho civil, los cuales hizo preponderar en esta sentencia, es decir, afirmando que prima el principio de *pacta sunt servanda*, principio de igualdad, principio del contrato como ley para las partes, principio de legalidad, y los principios de efectos de la ley en el tiempo.

La misma sentencia, y bajo la misma temática da como cuarto problema jurídico la pregunta referente a que si pueden las regulaciones posteriores del órgano regulador modificar los contratos ya existentes o alterar la voluntad de los contratantes, problema tratado de forma extensa en las anteriores jurisprudencias, y claro, el ente constitucional emite solución diferente a algunos de los tribunales de arbitramento, ya que es clara la Corte en que los cambios de

normativa, afectan de forma inmediata los contratos celebrados con posterioridad a la norma, usando como sustento una vez más los principios generales de derecho, en este caso la irretroactividad de la ley.

Así, una ley posterior, nunca podrá modificar contratos celebrados antes de la vigencia de este, (a menos que las partes decidan renovar el contrato a la luz de determinada normativa), dejando clara esta jurisprudencia, la controversia respecto del papel real del ente regulador y de sus emisiones normativas, concepto contrario a TELÉFONOS DE CARTAGO S.A. ESP VS. ORBITEL S.A ESP DEL 25 DE ENERO DE 2007, el cual establece que bajo mandato normativo de la misma CRT, se puede modificar forzosamente los contratos, tema que TELEPALMIRA S.A ESP VS. ORBITEL S.A ESP DEL 20 MARZO DE 2007 trata bajo la misma tesis de la Corte Constitucional, dejando claro que la “CRT a través de actos administrativos no puede usurpar funciones privativas del Congreso de la República para intervenir la libertad contractual de los particulares”.

Dando el fallo después un importante argumento, el cual implica que dicho “cambio, por virtud de lo que los contratantes convinieron, resultara automático y por tanto no requiere una negociación previa ni mucho menos la suscripción de un documento que lo incorporara al contrato”, lo cual va en contra del ordenamiento jurídico.

Luego, respecto del principio de integralidad, se hace la pregunta en relación a que si el tipo de remuneración pactada para los cargos de acceso en algún contrato celebrado debe mantenerse en los demás contratos de interconexión, a lo que la Corte es clara una vez más, argumentando que dicho principio es contrario al ordenamiento jurídico, y que la idea de que bajo este, todas las interconexiones futuras que haga un interconectante, deban ser la misma bajo decisión unilateral del interconectado, lo que viola los derechos de esa determinada empresa, es decir, concluye esta sentencia, diciendo que la entrada unilateral del solicitante, respecto de la forma de cargo por acceso, es contraria a derecho, y por ende no debería aplicarse.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esa sentencia es de tutela, y por ende solo produce efectos inter-partes, no erga omenes, pero aun así brinda un concepto claro respecto de estos aspectos, considerando el autor de esta investigación, que es la tesis uno, la más acertada jurídicamente hablando.

Ahora, en relación al tercer bloque, referente a el verdadero papel del ente regulador, González y Herrera (2012, p. 338) comentan acerca del laudo TELEPALMIRA S.A ESP VS.

ORBITELL S.A ESP DEL 20 MARZO DE 2007, tratando el tema de la potestad del Comité Mixto de interconexión, para resolver conflictos jurídicos entre las partes contratantes, a lo cual dan una respuesta muy sensata, citando a Atehortúa (1998, p.17), el cual afirma que el contrato de interconexión es consensual, implicando que la potestad solucionadora de conflictos, por parte de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, encuentra su origen en una expresa ratificación de las partes en el contrato de interconexión. Actuando esta como una especie de mandatario, dejando claro el fallo que, en el caso específico “la CMI como órgano de decisión, actuaba como un mandatario de los representantes legales, en virtud de lo cual, no cabe duda, podría modificar el contrato si dicha modificación viniera inmersa en la fórmula de solución de un conflicto”.

Tema que se ve complementado por TELEFÓNICA MOVILES COLOMBIA S.A VS. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A - ETB DEL 7 DE NOVIEMBRE DE 2007, laudo que trata el tema referente a que si las normas que facultan al órgano regulador de las Telecomunicaciones para dirimir conflictos, son de carácter jurisdiccional, a lo cual se responde que son de carácter naturalmente administrativo, ya que la facultad jurisdiccional de una corporación la debe asignar la ley.

Además el mismo fallo establece un tema no tocado por ninguna otra providencia, preguntándose si debe la autoridad nacional de regulación adoptar periódicamente decisiones regulatorias para el desarrollo de contratos de interconexión, lo cual resulta ser respondido afirmativamente, pero en condición de potestad, no de forma obligatoria, posteriormente este mismo fallo, respecto del tema de las facultades de la CRT, pregunta si puede la autoridad administrativa fijar el núcleo esencial del derecho y el deber de interconexión, argumentando que la entidad tiene que regirse por lo establecido en la regulación, y con base a eso afectar a los contratos.

Por otro lado, respecto de si el ente regulador tiene la facultad de proteger o hacer predominar el correcto funcionamiento de las interconexiones, a lo cual el mismo fallo establece que el ente regulador, tiene plena competencia para hacer predominar la operabilidad optima de los contratos en vigencia, además de establecer también que la CRT puede emitir regulación, siempre de carácter administrativo, no jurisdiccional, estableciendo por supuesto, que dichas emisiones administrativas siempre deberán estar acorde a la ley y la Constitución.

Posteriormente, respecto de las facultades de dirimir controversias por parte del ente regulador el RECURSO DE ANULACIÓN DEL 1ro DE ABRIL DE 2009, establece que la potestad de dirimir conflictos, siempre es administrativa, no jurisdiccional, una vez más afirmando y aclarando la verdadera facultad de este ente, citando el Consejo de Estado a la Corte Constitucional, tema que también cierra la Tutela 058 del 2009, dejando el precedente de que las comisiones, como entes administrativos, no tienen la facultad de legislar, ya que eso desbordaría sus competencias, además, la tutela deja claro que la CRT si puede dar emisiones respecto de las formas de liquidación de los cargos por la interconexiones, pero nunca modificar los contratos ya celebrados con anterioridad.

Y finalmente la misma sentencia pregunta si las disposiciones proferidas por el órgano regulador son de obligatorio cumplimiento y si pueden restringir la libertad negocial de los contratantes, pregunta clave para entender la característica de intervenido del contrato, a lo que responde que a pesar de que es un contrato civil, por mandato constitucional, este tiene como objeto, la prestación del servicio de comunicación, lo que le da la potestad al Estado de intervenir en la economía, o de entrometerse en lo que en principio es una negociación privada.

Luego, se identifica el último punto tratado en los laudos, es cual refiere a la naturaleza de orden público que tienen las normas que gobiernan la interconexión, a lo que el laudo EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DEL LLANO – ETELL- S.A. VS EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ DE 22 DE DICIEMBRE 2003, responde, afirmando que bajo la naturaleza de estas normas, se puede modificar unilateralmente los contratos, tema tratado con anterioridad, a lo cual el laudo responde con la misma respuesta de la Tutela 058 del 2009, es decir, dejando claro que no se modifica de manera inmediata los contratos, diciendo el tribunal que este elemento no viola la naturaleza de orden público de las normas, dejando claro que éstas gozan de esta calidad, al tener como fundamento que el contrato tiene como fin un derecho fundamental.

Así de lo derivado del estudio jurisprudencial, junto con el doctrinal y el legal, puede evocarse la verdadera naturaleza jurídica del contrato de interconexión, y se explicará característica por característica, para responder por fin a la pregunta efectuada desde el principio de este texto, así, como resultado conclusivo de este análisis jurisprudencial, es correcto y posible deducir que el contrato tiene la siguiente naturaleza jurídica, es decir, las siguientes características naturales, como las que siempre se manifiestan en el contrato:

En primera medida, esta la operacionalidad de ejecución irregular o variable, la cual implica la combinación de diferentes contratos, que componen la acción “interconectar”, es claro por supuesto que todos los laudos tratan sobre la prestación contraria a interconectar, es decir el pago, pero es claro que dependiendo la interconexión variarán los contratos unidos por la llamada coligación negocial, a pesar de que generalmente se dan los mismos contratos, a pesar de que estos pueden cambiar, lo que le da un elemento diferente en su operacionalidad, y por ende no se comprende que la interconexión sea una serie de contratos individualmente celebrados para llegar a su fin, sino que son varios contratos unidos, los cuales combinados logran el fin de interconexión.

Por lo que en opinión del autor de la presente investigación los contratos operacionales se dividen en dos, primero los de contratación operacional constante o regular, y los de contratación operacional irregular o variable, en el primero, se puede hablar del Leasing por ejemplo, que en su operacionalidad, sus contratos coligados siempre son los mismos, como será la compraventa inicial del bien, y el arrendamiento, con o sin opción de compra.

Pero en el segundo grupo está la interconexión, que a pesar de establecer algunos contratos conexos anteriormente, estos no siempre se dan así, ya que los contratos coligados dependen enteramente de las condiciones subjetivas del solicitante, es decir un solicitante con equipos y sistemas propios no tiene que comprar ni arrendar sistemas físicos y lógicos, sino que podría usar sencillamente el mandato y transporte, y por ende no siempre es igual la coligación negocial.

Pero dejando claro que a pesar de que la obligación de interconexión se efectúa por diferentes contratos, estos pueden variar, estableciendo una característica natural del contrato, la cual es constante e inmutable, teniendo en cuenta que la operacionalidad variable, no implica que la característica será cambiante, y por ende no ser natural, ya que el establecimiento de que la operacionalidad es variable, es el elemento que la da uniformidad y por ende la característica de natural, una característica que se deduce de la costumbre mercantil, hecho que se explicará de forma detalla en numeral posterior.

Por otro lado, se encuentra la onerosidad, esta resulta por supuesto, de que las prestaciones debidas generan utilidades, es decir le cuesta a una las partes, y a la otra le genera utilidad, como se puede identificar, no solo es oneroso, sino que las cuantías de este contrato son tan grandes, que se necesita resolver las controversias a través de cuantiosos arbitramentos,

además, por este tema, es que no se puede dejar como correcto el concepto de la definición de la Resolución 87 de 1997, en relación a denominar a este como un simple negocio jurídico, ya que este es un negocio jurídico de carácter económico, es decir un contrato, y como lo dice el mismo artículo 39.4 de la Ley 142 de 1994, que refiere a que en la interconexión se deberá pagar un peaje razonable, por lo cual su naturaleza onerosa es irrefutable.

En cuanto a la bilateralidad o multilateralidad, aunque resulte sencilla, es muy importante para la naturaleza jurídica del contrato, ya que la bilateralidad o multilateralidad, entendidas como que hay más de un agente en la contratación, como se puede ver durante todo el texto, se representará en la existencia del interconectante y el solicitante o interconectado, generando obligaciones entre estos, a pesar de que generalmente es bilateral, pero dejando su característica natural, en que siempre hay más de una parte en la contratación, teniendo en cuenta, que el papel de solicitante, puede manifestarse en la intervención de dos empresas.

En relación a la conmutatividad, esta se muestra en las obligaciones mutuas que se generan del contrato, la conmutatividad se representa en que el interconectante, conecta al solicitante a las redes de telecomunicaciones del interconectante, y el interconectado paga del precio o peaje razonable, estas obligaciones, como se vio en el desmembramiento del contrato, son la base de la comprensión de este negocio jurídico económico, siempre estando presente en el contrato de interconexión, por lo que la conmutatividad, también implica, ser una característica natural.

En cuanto a ser de tracto sucesivo, es clave en relación a no solo cómo ha de cumplirse las obligaciones, sino a la forma de terminación del contrato, como es de conocimiento, este elemento implica que las prestaciones debidas se extienden en el tiempo, y no solo en un acto, como serían los contratos de ejecución instantánea, durante el elemento accidental de la duración del contrato, el cual suele ser relativamente amplio, las partes deberán prestar la interconexión y pagar el precio, durante cada mes, o, como lo dice el Montero (2007, p. 203) citando a la CMT, “es un contrato no totalmente ejecutado”, y como se sabe, si las prestaciones no se han comenzado a ejecutar, es posible la resolución del contrato, pero si ya empezó se dará la terminación unilateral, en referencia a los contratos de tracto sucesivo, pero como ya se vio, esta disposición no es tan libre, como que el fin del contrato tiene que ser avalado por la CRT.

En cuanto a la consensualidad, muestra que este contrato no ha de tener solemnidades, y que podría si se quisiera, constar verbalmente, pero como se sabe, esto es imposible por la

complejidad de la operación, y todos aquellos requisitos para poder ser operador móvil, pero como se vio anteriormente, todos los complejos elementos, y montos necesarios para poder hacer parte del negocio, no constituyen la necesidad una solemnidad para contratar.

Ahora, en relación a ser un contrato intervenido, esta resulta una característica muy importante, ya que como contrato de derecho privado, las partes tienen libre autonomía solo en ciertos aspectos, pero a pesar de ser un contrato privado como lo establece Montero (2007), este no tiene como fin la satisfacción de las partes económicamente hablando, sino que su objeto es el derecho de los usuarios a comunicarse, esto viene intrínsecamente a mostrar que es un contrato privado que presta un servicio público a la comunicación, o derecho a las telecomunicaciones, el cual es un derecho fundamental, establecido en los artículos 20, 64, 107 y demás de la Constitución Política, además de estar caracterizado por ser derecho fundamental según la sentencia T- 058 de 2009.

Por lo cual, a razón de que es contrato privado, el Estado, a través de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, interviene de forma muy significativa en este contrato, tanto así, que las partes no quisiesen celebrar el contrato, la CRT con un Comité especializado, establece una servidumbre de interconexión, es decir obliga la celebración, a razón de que están en juego derechos fundamentales, lo que evoca por supuesto no solo acciones civiles sino constitucionales.

Dejando claro, además, que la característica natural, refiere a ser *intervenido*, y no respecto de la obligación de la interconexión, ya que como se analizó por Sánchez (2008), esta es resultado de la condición económica de los grandes operadores y los pequeños operadores, a razón de que debe evitarse el predominio monopólico por parte de aquellos operadores, que generalmente tienen el papel del interconectante, característica muy importante, pero que podría cambiar con el paso del tiempo, y por motivo de cambios económicos, por lo que es una característica clave, pero no natural.

En cuanto a ser un contrato, que se rige por normas de orden público, es de notar que las normas que rigen la interconexión, tanto en la ley, como en el bloque de constitucionalidad, son normas que no son disponibles de modificar por las partes, y por ende son de obligatorio cumplimiento en toda interconexión en curso o futura, elemento que se relaciona en las cláusulas inexistentes o que se tendrán por no escritas, o como define el Código de Comercio la ineficacia liminar, por tener como centro neural, el derecho fundamental.

Ahora, en relación a ser un contrato de derecho comercial, se ve que está establecido así en la ley 142 de 1994, y se puede extraer que este contrato es de naturaleza privada, como se determinó, la prestación de interconectar, trae varios contratos unidos, los cuales son de total naturaleza privada, lo que lleva por supuesto a remitirse a normas civiles y comerciales, incluso procesalmente, por lo cual al ser contrato comercial se sujetará a las reglas civiles de interpretación de los contratos, además de las comerciales, teniendo en cuenta por supuesto, que materializa un derecho de carácter general, sin que esto elimine su condición privada.

En relación a tener el fin remoto de la protección de derecho fundamental, se afirma que esta característica natural, se representa en relación a que el contrato de interconexión, siempre va a tener como objeto, y como fin último, la protección de un derecho de interés general, ya que, la configuración de las normas que regulan este contrato, y su origen legal, se basa en la materialización de un derecho, que tradicionalmente, se llevaba a cabo por contratos estatales, por lo que esta característica, es decir, el hecho de que un contrato privado haga preponderar un servicio público, se encuentra como una nueva tendencia en el derecho contractual, dejando claro además, que incluso, según el artículo 1502 del Código Civil, el contrato no puede tener otra causa, sino la protección al derecho a las telecomunicaciones, so pena de adolecer de nulidad absoluta.

Ahora, es de mucha importancia destacar que hay dos características, que se vieron estudiadas en esta investigación, pero que se considera que no hacen parte de la naturaleza jurídica, ya que no se encontrarán siempre en el contrato de interconexión, así, las características de la atipicidad, y de ser de adhesión, son características que, por su naturaleza, no podrían estar de forma natural en el contrato, por ende, en relación a la atipicidad, se trae a colación que la teoría utilizada en este caso, es la teoría moderna, es decir, la que plantea que la tipicidad de un contrato es social, es decir que un gran conglomerado mercantil de contratantes, usen el contrato de forma uniforme.

Así, se puede notar que en la actualidad, el contrato de interconexión es atípico bajo esta teoría, ya que los operadores de telecomunicaciones en Colombia, no están de acuerdo en relación a lo que es el contrato como tal, ni a sus características naturales, lo que lleva a los conflictos arbitrales ya estudiados. Pero, si por esta investigación, o por otra razón de carácter económico o social, se comienzan a poner de acuerdo los naturales contratantes de este negocio, bajo esta teoría, se volvería típico, por lo que no es posible, afirmar que esta característica pueda

permanecer en el contrato, pero por supuesto, es muy importante evocar que este contrato es atípico, ya que explica de alguna forma el contexto del contrato.

Sin embargo, analizando la teoría clásica, la cual equipara innominación y tipicidad, se podrá analizar por ejemplo a Ortiz (2013, p. 42), el cual afirma que “el hecho consistente en que el legislador se refiera a algún contrato no típico, y hasta lo denomine contrato nominado” resultará **de** clave importancia, para dicha teoría por lo menos, mismo sentido que **evoca** Castro (2006), por lo es de necesidad evidenciar que la teoría moderna los separa.

Esta separación que a pesar de ser parte de la nueva tendencia, según la doctrina, encuentra origen en el derecho romano, ya que Cámara (2008, p.120) afirma que, como fruto de estudios de Ulpiano, los contratos nominados, eran aquellos que “poseían nombre propio según el Derecho (*proprium nomen contractus*)”, y que por otro lado, los denominados *innominados*, eran usados “sin poseer un nombre propio, es decir, sin contar con una acción nominada para *darle vida*, tesis que fundamenta que en la actualidad también el contrato nominado es aquel que tiene nombre en la ley, o nombre utilizado de forma uniforme por un conglomerado mercantil, mas no es sinónimo de tipicidad, por lo que se puede afirmar que el contrato de interconexión, es un contrato nominado, pero atípico.

Sin embargo, la teoría moderna, encuentra sustento en tres aspectos, en primera medida Camacho (2005, p. 3), afirma que hay dos formas de tipificación de los contratos, aquella que refiere en parte a la teoría clásica, es decir aquel contrato regulado en la ley, “y aquellos otros que no han sido regulados por la ley pero sí por otras fuentes del derecho, por lo que se conciben como contratos sin tipicidad legal pero con tipicidad social”, sentido que encuentra sustento en que actualmente, por desarrollos económicos y sociales, hay una gran cantidad de contratos que no se encuentran regulados sistemáticamente en la ley, pero que si se usan de forma uniforme por un grupo jurídico social.

Allí, en este punto Cámara (2008, p.131), explica la naturaleza de esta tipicidad social, afirmando correctamente que “por ella, los contratos atípicos, mientras continúen no siendo típicos en su sentido legal, lo serían bajo una visión más realista o sociológica del derecho”, estableciendo por supuesto, que esta tipicidad social, tiene que materializarse bajo la luz de los respectivos límites legales y constitucionales, por lo que Cámara (2008, p. 134) afirma como tercer elemento que a estos contratos típicos socialmente siempre “les serán siempre aplicables

las normas generales de los contratos porque ellas tienen difusión amplia a los contratos, típicos o atípicos”.

Por otra parte, en relación al elemento de la adhesión, se puede analizar en el análisis jurisprudencial, que se establece que la adhesión, hace parte de una de dos tesis contrarias, considerando que la estudiada sentencia T-058 del 2009, cierra el debate en relación a este tema, considerando que esta característica, planteada bajo la luz del principio de integralidad, es decir la condición del establecimiento de un contrato de adhesión, bajo el cual el sujeto pasivo no tiene la posibilidad de no allanarse, lo cual resulta contraria a derecho, ya que en todo contrato de adhesión, una parte tiene ya establecidas las condiciones del contrato, y la parte contraria decide allanarse o no allanarse.

Pero bajo esta teoría, no existe la posibilidad de *no allanarse*, por lo que se considera que esta característica, planteada en términos de la resolución 463 del 2001 CRT, no sería correcta de aplicar, y por ende, no podría ser considerada como característica natural, ya que toda característica natural de un contrato, debe gozar de estar acorde al ordenamiento jurídico, y por ende ser lícita, dejando claro por supuesto, que la adopción de dicha tesis, es una adopción doctrinal, ya que una sentencia de tutela solo tiene efecto inter-partes, mas no erga-omnes, sin embargo, es la sentencia más adecuada para utilizar, ya que resulta acorde a los principios generales de derecho y al ordenamiento como tal.

4.3 Operacionalidad de ejecución irregular o variable, como resultado de la costumbre

Teniendo en cuenta las posturas doctrinales analizadas anteriormente, y teniendo en cuenta los comentarios que se estudiarán en el análisis jurisprudencial, hay que analizar finalmente un tema tratado por Roppo (2005, p. 17), denominado “el contrato como norma”, afirmando el autor que hay evidencia empírica, que demuestra que, en la modernidad, en el mundo del derecho contractual, existe un fenómeno llamado “norma a golpe del contrato” (p. 17), lo que implica que hay “cuerpos de reglas producidos por las mismas empresas que de aquellas operaciones y transacciones son protagonistas” (p.17), las cuales crean, a través de las cláusulas de los contratos, normas, dejando claro Roppo (2005, p.17, 18) que estas tienen esta calidad, ya que “el contrato se vuelve práctica ; la práctica genera el uso; y el uso crea la norma”.

Estableciendo entonces el autor, que esto en parte implica y no, un regreso a la *lex mercatoria*, ya que efectivamente hay una autoproducción de normas por parte de los destinatarios, pero aclarando que actualmente, estos no gozan de duración, ya que el mercado

está siempre listo para cambiar, así, bajo este argumento, puede deducirse que Roppo, habla de forma indirecta de la tipicidad social de los contratos, o que es una primera aproximación a dicho concepto, (teniendo en cuenta que Roppo, es del año 2001), como lo establece Cámara (2008) y Camacho (2005), los cuales afirman que cuando no hay tipicidad legal, si un conglomerado mercantil usa un contrato de forma uniforme, se constituirá la llamada tipicidad social, la cual explican, tiene fundamento en un análisis sociológico del derecho.

Así, en el contrato de interconexión, se puede afirmar que existe solo una característica natural, que es hecha, en términos de Roppo (2005) , *a golpe de contrato*, y por ende, también en términos del autor, el contrato se plantea como norma, hablando específicamente de la operacionalidad de ejecución irregular o variable, ya que esta característica, si viene de la forma en la cual los contratantes se ponen de acuerdo, en relación a como se efectúa la *interconexión*, de las redes y servicios, ya que, como se vio en el análisis jurisprudencial, este uso es uniforme y reiterado, y por ende, constituye costumbre mercantil.

Pudiéndose analizar que, de lo planteado por Cámara (2008), Camacho (2005) y Roppo (2005), se puede entender, que cuando el autor italiano habla del *contrato como norma*, en términos de derecho comercial colombiano, es porque es un uso uniforme y reiterado, es decir, costumbre mercantil, la cual, si contiene los elementos del artículo tercero del Código de Comercio, tendrá la misma jerarquía que la ley.

Por otro lado, podría resultar el caso bajo el cual, un conglomerado mercantil, utilice un contrato, en forma diferente a como está establecido en la ley, como sucede con la fianza en los contratos de arrendamiento de vivienda, clausula que el conglomerado usa, generalmente como la figura del co-arrendatario, dándole efectos a la clausula, bajo la figura del co-deudor, figuras jurídicamente diferentes, lo que en particular opinión del autor, crea un efecto bajo el cual, la fianza, establecida como esta en la ley, deja de ser usada, y por ende se vuelve un contrato muerto.

Por ende, en relación a lo anotado anteriormente, se crea un contrato con tipicidad social, el cual podría tener la misma nominación que el contrato establecido en la ley, cuestión que por supuesto, genera conflicto, dando la posibilidad de haber contrato regulados, pero atípicos, tema diferente, a lo manifiesta Roppo (2005), en relación al contrato de consumo, y la posibilidad de retractarse del negocio, y en relación al contrato de arrendamiento, y la posibilidad de dar por terminado el contrato cuando se cumple el lapso de tiempo establecido en la ley, en el derecho

italiano particularmente, ya que se desnaturalizan los contratos, al haber choque en el sistema jurídico como tal, tema que no sucede en materia de interconexión.

5. Conclusiones

Como conclusiones esenciales de este trabajo, se puede ver que cada capítulo se aproxima más y más a la comprensión del objetivo principal, y por ende, comprendiendo cual es la naturaleza jurídica del contrato de interconexión en el derecho de las telecomunicaciones en Colombia, así, como principales ideas conclusivas, es posible identificar que no es un negocio jurídico simplemente, como lo dice la Resolución 87 de 1997, sino que es efectivamente un negocio jurídico de carácter económico, y por ende un contrato, bajo el cual, dos partes se obligan, una, a interconectar a la otra a sus redes y servicios, y la otra parte a pagar el precio por dicha interconexión.

Pero, teniendo en cuenta que en estudio de los principios que rigen el contrato, este no agota el fin en sí mismo, sino que como fin último, y como sumatoria de los principios que la rigen, está la prevalencia y protección al derecho fundamental de la comunicación, elemento que se considera característica natural, por lo que también, a través de la investigación se logran identificar las características naturales restantes, las cuales refieren a ser un contrato, Privado / Comercial, operacional de ejecución irregular o variable, bilateral, conmutativo, consensual, de tracto sucesivo, de normas de orden público, e intervenido, características que se deben presentar siempre y de forma uniforme en el contrato, no dependiendo de circunstancias económicas, como la característica de la atipicidad, o la adhesión, la cual se encontró que está en contra al derecho, dejando claro que no toda característica, hace parte de la naturaleza jurídica.

Por ende, es posible evocar que la naturaleza jurídica del contrato de interconexión implica que:

El contrato es un contrato privado / comercial, bilateral, conmutativo, oneroso, de tracto sucesivo, consensual, de normas de orden público e intervenido, por medio del cual, una parte denominada interconectante, conecta, a través de la coligación negocial de diferentes contratos, los cuales varían según las condiciones de las partes, lo que le da la connotación operacional de ejecución irregular o variable, a la otra parte denominada solicitante /interconectado, a sus redes y servicios, con el fin de que el interconectado pueda hacer uso de

las redes y servicios del interconectante, pagando el segundo por ello un peaje razonable, con el fin último de hacer prevalecer y proteger el derecho fundamental de la comunicación.

Así, a través de la investigación se pudo identificar específicamente que brinda la ley escrita al respecto, las autoridades en el derecho de telecomunicaciones, y la jurisprudencia arbitral, quedando claro a cabalidad el concepto del contrato y su naturaleza jurídica, solucionando la problemática vigente, la cual implica ser un dilema de cuantías inconmensurables, dinero que gastan los operadores de telecomunicaciones, a razón de discutir que es el contrato en realidad, operadores los cuales con la lectura de esta investigación, no tendrán más dudas respecto de la naturaleza del contrato.

Además, de afirmar que con la lectura del texto, se podrá redactar un contrato de interconexión, de forma completa y correcta jurídicamente, además, de hacer un importante aporte a la ciencia jurídica en derecho comercial, ya que se muestra una nueva forma de contratación comercial, que se representa en la “operacionalidad de ejecución irregular o variable”, clasificación que no se encuentra establecida por parte de los estudiosos del derecho contractual, que en este caso tiene como núcleo esencial un derecho fundamental, lo que brinda otro aporte revolucionario en el derecho comercial y civil, ya que se manifiesta un contrato privado que materializa un servicio público esencial y derecho fundamental, tema que clásicamente era propio solo de los contratos estatales, por lo que los límites entre la contratación pública y privada, se hacen cada vez pequeños.

Elemento, le da a este contrato una esencia completamente única, el cual, con posteriores avances y estudios, podría revolucionar no solo el derecho comercial, sino el mismísimo estudio de las “obligaciones”, por lo que, como resultado de la investigación se puede decir que los contratos se dividen en estatales, privados (y los que se deriven de este como el contrato laboral), y los contratos privados intervenidos.

Por otro lado, para la práctica, la investigación aporta certeza, seguridad jurídica, y completa comprensión, acerca de este mecanismo contractual moderno, que se utiliza, y se utilizará, a la hora de contratar en materia de tecnología, área que es núcleo central del derecho de las telecomunicaciones, área más importante en el derecho, de la cual hay menos cantidad de estudios a razón de su extrema novedad y aquella que gobernará los cambios más importantes en la historia del hombre.

6. Referencias bibliográficas

Doctrina

Castro, M (2016). *Derecho de las Obligaciones, con propuestas de modernización*. Bogotá D.C, Colombia: Tomo II, Segunda Edición, Universidad de los Andes, Editorial Temis.

Michelsen, S. (2016). *Internet Comercio Electrónico y Telecomunicaciones, grupo de estudios en internet comercio electrónico y telecomunicaciones e informática*, Bogotá D.C, Colombia: Universidad de los Andes, facultad de Derecho, Legis.

Montero, J. (2007). *Derecho de las Telecomunicaciones*. España, Valencia: Tirant lo Blanch.

Sánchez, C. (2008). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Bogotá D.C, Colombia: Universidad de los Andes.

Ortiz, A (2013). *Manual de obligaciones*, Editorial Temis S, A Bogotá – Colombia.

Fonseca, M. (1992). *Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución*, Bogotá D.C, Colombia Revista de derecho, Universidad de! Norte. 1: 32-45.

Roppo, V (2005), *El contrato del dos mil*, Bogota D.C, Colombia, Universidad Externado de Colombia.

Fonseca, M. (1992). *Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución*, Bogotá D.C, Colombia Revista de derecho, Universidad de! Norte. 1: 32-45. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjpmIqi4HcAhXP11MKHX10B0YQFjABegQIBBAC&url=http%3A%2F%2Fciruelo.uninorte.edu.co%2Fpdf%2Fderecho%2F1%2F4%2520Las%2520fuentes%2520formales%2520del%2520derecho%2520colombiano.pdf&usg=AOvVaw2YNVUW09DDRKQJw2KDzqJ->

Iregui, P (2014). *Una mirada al papel del precedente judicial y su aplicación por parte de los jueces administrativos y de la administración pública, estudio del propósito de las*

sentencias de unificación jurisprudencial y del mecanismo de extensión de jurisprudencia, consagrados en la ley 1437 de 2011, Bogotá, D.C, Colombia, Universidad del Rosario facultad de jurisprudencia maestría en derecho administrativo. <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/10504>

Schiell, C. (2008). *La jurisprudencia como fuente del derecho: el papel de la jurisprudencia*, Doctorado en Derecho impartido por la Pontificia Universidad Católica de Chile. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi56fH8i4HcAhUMy1MKHeXUCEcQFjAAegQIABAC&url=http%3A%2F2Fwww.ubo.cl%2Fficsyc%2Fwcontent%2Fuploads%2F2011%2F09%2F13Schiele.pdf&usg=AOvVaw3siO8sUT3nle9qXOUrfWwX>

Savigny, F. (1908). *La Escuela Histórica del Derecho*, Madrid, España, LIBRERÍA General de Victoriano Suárez 48, preciados, 48 <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&ved=2ahUKEwjGoPb65v7bAhVBp1kKHxcDfgQFjAHegQIBxAC&url=http%3A%2F%2Ffama2.us.es%2Fde%2Focr%2F2006%2FescuelaHistoricaDelDerecho.pdf&usg=AOvVaw36EigNXgXtZMxabcCVoVwtX>

Castro, F. (2006). *El Contrato de Interconexión de Redes de Telecomunicaciones*, Revista de Derecho y Economía # 20, Bogotá D.C, Colombia <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1907>.

Velásquez, D. (2015). *Aspectos de la regulación TIC en Colombia**, Bogotá D.C, Colombia, IUSTA : <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwix7KjN0pfbAhXGk1kKHR2xDxIQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Frevistas.usta.edu.co%2Findex.php%2Fiusta%2Farticle%2Fdownload%2F2535%2F2467&usg=AOvVaw1c7MKAKFeDDOHpgpAKSVoU>.

Rocha, J y Peña, D (2016), *TENDENCIAS JURÍDICAS DEL DERECHO PÚBLICO*, Bogotá D.C, Colombia, Revistas Universidad Santo Tomás : <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwix7KjN0pfbAhXGk1kKHR2xDxIQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Frevistas.usta.edu.co%2Findex.php%2Fiusta%2Farticle%2Fdownload%2F2535%2F2467&usg=AOvVaw1c7MKAKFeDDOHpgpAKSVoU>.

Nakagawa, V. Interconexión de Redes y Servicios” públicos de telecomunicaciones: real acceso a la competencia, Themis 38, 299, <file:///C:/Users/Julio%20David/Downloads/>

[Dialnet-InterconexionDeRedesYServiciosPublicosDeTelecomuni-5110357.pdf](#)

Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (2009), *Legislación y jurisprudencia*, Informe anual 2009, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwism9XcmvXaAhWMz1MKHc5ZDQoQFgg4MAM&url=https%3A%2F%2Fwww.cnmc.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2F1554546_0.pdf&usg=AOvVaw0qaOGdzWoUel7-1H2H-UPv

Cámara, B. *Apuntes a la Clasificación de los Contratos en Típicos, Atípicos y Mixtos* (2008), *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"* - Año II, Número 3, Primavera 2008, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiNts2nzf7bAhXHK1kKHRyOCDIQFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4356686.pdf&usg=AOvVaw2Rnkw0-wmS6vaALJeKvBwt>

Camacho, M. *Régimen Jurídico Aplicable a los Contratos Atípicos en la Jurisprudencia colombiana*, (2005) *REVISTA@ e – Mercatoria* Volumen 4, Número 1 2005, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjbnqSMzv7bAhWxo1kKHYgJD4AQFjABegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3625884.pdf&usg=AOvVaw1hSsYavaDJrPSUgYB4u3XC>

Atehortúa, C. *El régimen general de los servicios públicos domiciliarios en Colombia*, (1998), *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana ISSN0120.3886, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiQt8n75ZPcAhVNxVkkHWiBAmoQFggvMAE&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5617426.pdf&usg=AOvVaw3fsYgzWZDBVRbXLitU9no2>

Ballesteros, A. y Carreño, D. *Oralidad y derecho, de la academia y las prácticas jurídicas*, (2016), Bogotá D.C, Colombia, *Revistas Universidad Santo Tomás*, <http://repository.usta.edu.co/handle/11634/9/browse?type=author&value=Dalia%2C+Carre%C3%B1o+Due%C3%B1as>

Torregrosa, N. *Bioética y Docencia*, (2016), Bogotá D.C, Colombia, *Revistas Universidad Santo Tomás*, <http://repository.usta.edu.co/handle/11634/1527>

Jurisprudencia colombiana

Avantel S.A vs EPM Telecomunicaciones S.A. ESP del 5 de septiembre de 2007. Colombia Móvil S.A. ESP vs Telefónica Móviles Colombia S.A del 26 de enero de 2011, Tribunal de arbitramento- Centro de arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Gilberto Peña Castrillón, Álvaro Londoño Restrepo y Ramiro Rengifo.

Comunicación Celular S.A, Comcel S.A vs Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ESP ETB del 15 de diciembre de 2006, Tribunal de Arbitramento. Centro de arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Jaime Cabrera Bedoya, Fernando Sarmiento Cifuentes y Caros Manrique Nieto.

Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ESP vs Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom ESP del 21 de Mayo de 2003, Tribunal de arbitramento- Centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, Bernardo Carreño Varela, Sandra Morelli Rico y Enrique Vargas Lleras.

Empresa de Telecomunicaciones del Llano (ETELL) S.A vs Empresa Nacional de Telecomunicaciones de Bogotá del 22 de diciembre del 2003, Tribunal de arbitramento- Centro de Conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Villavicencio, Rosalba Domínguez, Luis Álvaro Nieto y Pedro Borrero.

Occidente y Caribe Celular S.A, Ocel S.A vs Empresa de telecomunicaciones de Bogotá S.A ESP ETB del 15 de diciembre de 2006, Tribunal de arbitramento- Centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Jaime Cabrera Bedoya, Fernando Sarmiento Cifuentes y Carlos Manrique Nieto.

Teléfonos de Cartago S.A ESP vs Orbitel S.A. ESP del 25 de enero de 2007.

Telefónica Móviles Colombia S.A vs Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ETB del 7 de noviembre de 2007, Tribunal de arbitramento- Centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, Hernando Alfonso Díaz Quintero, Jaime Valenzuela Cabo y Alba Lucia Gutiérrez Ortiz.

Telepalma S.A. ESP vs Orbital S.A ESP del 20 de marzo de 2007, Bugatel S.A. ESP vs Orbitel S.A. ESP del 20 de abril de 2007, Tribunal de arbitramento – Centro de arbitraje t

conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, José Fernando Jaramillo Gutiérrez, Fernando Jordán Mejía y Diego Suarez Escobar.

Recurso de Anulación del 1 de abril de 2009, Ref. 43.846, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Enrique Gil Botero, impugnante: Empresa de Teléfonos de Bogotá- ETB S.A ESP, impugnado: laudo proferido el 7 de noviembre de 2007 por el Tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Telefónica S.A y la ETB S.A. ESP.

Tutela T 058 del 2 de febrero de 2009, Corte Constitucional. Sala primera de revisiones, Clara Elena Reales Gutiérrez, accionante: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A esp, accionado: Tribunal de arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A contra Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A e.s.p, con vinculación oficiosa de Telefónica Móviles Colombia S.A, la Procuraduría Cuarta Judicial Administrativa de Bogotá, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Ministerio de Comunicaciones.

Sentencia del primero (1) de octubre de dos mil catorce (2014) del Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera sub-sección A, Hernán Andrade Rincón, expediente, 250002326000 199902657 01 (28233), actor : red de solidaridad social , demandada, bbva seguros ganadero compañía de seguros s.a. - bbva seguros s.a. - Sentencia C-486/93, Corte Constitucional, Eduardo Cifuentes Muñoz, Ref: Demanda N° D-244, actores: Alfonso E. Rodríguez y José Ruiz López, demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 410 de 1971, la Ley 04 de 1989 y los artículos 3 a 9 y 98 a 514 del Código de Comercio

Jurisprudencia española

STS 4869/2016 - ECLI: ES:TS:2016:4869 del Tribunal Supremo sala de lo contencioso Administrativo de Madrid.

SAN 3555/2017 - ECLI: ES:AN:2017:3555, de la Audiencia Nacional – sala de lo contencioso. Administrativo de Madrid.

Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la 24 de Junio de 2009 (recurso de casación 380/2007)

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2009 (procedimiento ordinario 912/ 2006)

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA 30 28 de septiembre de 2009 (procedimiento ordinario 226/2003)

Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2009

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional 10 de abril de 2009 (procedimiento ordinario 167/ 2007)

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de junio de 2009 (procedimiento ordinario 526/ 2007)

Sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2009, de 25 de mayo de 2009 y de 29 de junio de 2009

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 23 de febrero de 2009 (procedimiento ordinario 78/2007)

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de febrero de 2009 (procedimiento administrativo 50/2007)

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2009 (procedimiento ordinario 813/ 2005)

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de febrero de 2009 (procedimiento ordinario 139/2007)

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 27 de febrero de 2009 (procedimiento ordinario 216/2009)

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (procedimiento ordinario 782/2006)

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 2009 (procedimiento ordinario 985/2006)

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de diciembre de 2009 (procedimiento ordinario 1542/2007)

Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2009 (procedimiento ordinario 213/2007).

Legislación colombiana (y legislación analizada en la jurisprudencia)

Resolución 87 de 1997, artículos 1.3.12., 1.3.29., 1.3.31., 1.3.32., 1.3.34. y 1.3.70.

Resolución CRT-469 de 2002. Artículo Iro

Ley 1341 de 2009, artículo 4 numeral 9, artículo 22 numeral 3 y 10, y artículo 41 a 50.

Constitución Política artículo 6, 121, 209, 15, 20, 64, 107, 11 y 23, 33, 334, 336, 365 y 366, 36, 368 y 370.

Código Civil, artículos 27, 28, 1602, 1546, 1501, 1502, 1994, 2302, 1518, 1594, 1595, 1608, 1610 y 1615.

Código de Comercio, artículos 625, 870, 113, 101, 3, 871 y 981.

Artículo 32 de la ley 80 del 1993, ley 142 de 1994, Decreto 222 de 1983, Decreto 1333 de 1-986.

Artículos 1499, 1503, 1625, 1879 y 2053 del Código Civil, Artículos 488 del CPC, Artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

Artículo 38 de la Ley 80 de 1993, Artículos 87.1, 87.3 y 87.4 de la Ley 142 de 1994, artículo 287 a 289 del Decreto 222 de 1983.

Artículo 82 del Código de Procedimiento Administrativo, Artículo 500 del Código de Artículo 97 del CPC, Artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, Artículo 68 del Decreto 2304 de 1989, Artículo 21 del Decreto 2067 de 1991.

Artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001, Artículo 9 de la Resolución CRT 489 de 2002.

Ley 80 de 1983, Artículos 14 numeral 5, y 31 de la Ley 142 de 1994.

Artículos 32 y 39 de la Ley 142 de 1994, Artículo 4 de la Ley 689 de 2001.

Artículos 4.4.12.4.2.219 y 5 de la Resolución 463 de 2001 de CRT.

Artículos 4.4.12 y 4.4.13 de la Resolución 489 de 2002.

Resolución CRT 253 de Resolución CRT463 de 2001, Resolución CRT 469 de 2002, Circular 40 de 2002.

Artículo 4.1.2 de la Resolución CRT 575 de 2002, y Resolución CRT 463 de 2001.

Resolución CRT 463 de 2001.

Resolución CRT 575 de 2002.

Artículos 3.7 y 19.4 del Decreto 2542 de 1997.

Resolución CRT 253 de 2000, Resolución 463 de 2001, Resolución

Artículo 5 de la Resolución CRT de 463 de 2001, Resolución CRT 575 de 2002.

Resolución 575 de 2002.

Resolución CRT 463 de 2001

Artículo 1594, 1595, 1608, 1610 y 1615 del Código Civil.

Artículos 32 y 39 de la Ley 142 de 1994,

Artículo 4to de la Ley 689 de 2001.

Resolución CRT de 489 de 2002.

Artículos 73.22 y 74.3 literal c) de la Ley 142 de 1994,

Artículo 14 numeral 14.18 y Parágrafo del artículo 69 de la Ley 142 de 1994.

Artículos 39 y 88, numerales 2 y 3 de la Ley 142 de 1994

Decreto 1818 de 1998.

Artículo 72 de la Ley 80 de 1993, Artículo 163 del Decreto 1818 de 1998

Artículo 5to de la Resolución

CRT 463 de 2001, Resolución CRT 1269 de 2005

Resolución CRT 1303 de 2005.

Artículos 302 y 332 del Código de Procedimiento Civil, Artículo 69 de y 175 del Código Contencioso Administrativo.

Ley 1563 del 2012.

Normativa española

Artículos 3, 12 y 11.5 del LGTel

Artículo. 22.4 del RMA.