

El contrato de interconexión de redes de telecomunicaciones

FRANCISCO CASTRO CÓRDOBA

I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

Mediante este análisis jurídico presentamos, además de los principales componentes del contrato de interconexión de redes en telecomunicaciones, los efectos que produce el mismo y las consecuencias que para las partes acarrearán los derechos y obligaciones típicas de este contrato.

Este análisis parte del estudio básico en materia contractual, es decir identificando la naturaleza jurídica del contrato de interconexión para tener una mayor claridad al momento de abordar los elementos esenciales del mismo y los efectos que produce en el mundo jurídico.

Adicionalmente presentaremos dos aspectos directamente relacionados con el contrato de interconexión, como son la Oferta de Interconexión de Referencia (en adelante OIR)¹ y la declaratoria de imposición de servidumbre, dado que devienen en un futuro contrato de interconexión o harán las veces del mismo.

El escrito ha sido redactado de manera general, sin atenernos a ninguna legislación en particular, puesto que está dirigido principalmente a los países latinoamericanos.

Por ello, no se pretende abarcar un análisis detallado de la normatividad de un país en particular, aclarando desde ya que por ser los países latinoamericanos de una estructura jurídico romana, en los cuales los códigos civiles han sido elaborados tomando como base el Código Civil napoleónico de Francia, los conceptos aquí emitidos –consideramos– tienen vigencia en la región latinoamericana. De todas maneras para un análisis en detalle, recomendamos que los conceptos esbozados en este documento sean estudiados de conformidad con la normatividad interna de cada país.

Igualmente, valga aclarar que la formación jurídica del autor del documento² ha sido adquirida principalmente en Colombia (país de origen), por lo cual en algunas ocasiones se tomarán como fundamento las normas colombianas, siempre y cuando cuenten con un referente internacional o sean de aplicación general.

Es importante recalcar que el documento –en la medida de lo posible– ha sido redactado en un lenguaje claro, sencillo y de fácil comprensión para el lector, teniendo en cuenta que los destinatarios del mismo son personas de diversas profesiones. En

todo caso, para su mayor entendimiento es necesario contar con los conocimientos básicos técnicos de telecomunicaciones y de interconexión en particular.

Por último, este documento no pretende agotar la temática jurídica del contrato de interconexión y sus efectos, sencillamente es una aproximación preliminar al tema que busca presentar algunos conceptos básicos que permitan al interesado contar con mayores elementos de juicio al momento de analizar en detalle los aspectos aquí esbozados.

II. ASPECTOS GENERALES DE LA REGLAMENTACIÓN DE LA INTERCONEXIÓN

En primera instancia queremos iniciar este módulo del curso presentando un breve resumen de los principales aspectos en materia de Reglamentación de la Interconexión, los cuales fueron presentados en detalle en el primer nivel de este curso. Ello por cuanto, los reglamentos de interconexión a nivel mundial son uniformes y contienen aspectos similares, gracias a los mandatos que sobre el particular ha expedido la Organización Mundial del Comercio y a las recomendaciones de la UIT, CITELE y las experiencias de la Unión Europea.

La similitud de los reglamentos de interconexión expedidos por cada país es importante, ya que ello permite que los contenidos de los contratos de interconexión sean igualmente uniformes a nivel mundial, por lo cual los conceptos presentados en este documento tienen relevancia en los países miembros de la OMC que han incorporado las normas sobre Interconexión de dicha organización y además han seguido las recomendaciones de la UIT y CITELE sobre la materia.

A. Organización Mundial del Comercio, OMC

El Acuerdo General sobre el comercio de servicios en materia de telecomunicaciones básicas, adoptado por la OMC en Marrakech el 15 de abril de 1994, contiene algunos elementos importantes en materia de reglamentación de la Interconexión que deben observar los diferentes entes de cada país encargados de reglamentar o regular el tema de la Interconexión

En primer lugar el anexo del acuerdo³ establece el Principio de la *Independencia de la Entidad de Reglamentación*, según el cual, "*Las decisiones del órgano de reglamentación y los procedimientos aplicados serán imparciales con respecto a todos los participantes en el mercado*". De esta manera los órganos o entidades encargados de expedir la reglamentación en cada país miembro de la OMC deberán actuar con imparcialidad en las decisiones y procedimientos que lleven a cabo.

De tal forma que la OMC marca un hito importante para las reglamentaciones en telecomunicaciones en general (lógicamente incluida la Interconexión), y es precisamente la imparcialidad en las decisiones de los agentes gubernamentales encargados de la reglamentación. Por tanto, el órgano encargado de la reglamentación en cada país miembro de la OMC o que haya aprobado el acuerdo general de servicios en materia de telecomunicaciones básicas no podrá discriminar a un operador de redes o servicios de telecomunicaciones cuando este solicite la Interconexión.

Este punto cobra aún mucha más fuerza cuando el mismo anexo del acuerdo establece la obligación de dar la Interconexión por parte de un "Proveedor Importante"⁴ en cualquier punto técnicamente viable de la red.

Igualmente, esta Interconexión –según la OMC– debe ser bajo tarifas que no sean discriminatorias, oportuna, con calidad, con transparencia (dando a conocer las Ofertas de Interconexión de Referencia), lo cual a todas luces obliga al ente de reglamentación a adoptar decisiones y procedimientos imparciales cuando este fijando las normas sobre interconexión.

Tenemos entonces que la OMC establece los siguientes principios en materia de Interconexión que deberán ser observados e implementados por el ente de reglamentación de cada país:

- Imparcialidad de la entidad de reglamentación en las decisiones y procedimientos adoptados.
- Garantía de interconexión entre proveedores de redes y servicios, especialmente con proveedores importantes.
- Normas técnicas y tarifas que no sean discriminatorias.
- Interconexión con calidad similar a la facilitada para sus propios servicios.
- Interconexión oportuna.
- Presentación de ofertas de Interconexión de Referencia por parte de los proveedores importantes.
- Garantía de interposición de recursos en materia de Interconexión

B. Unión Internacional de Telecomunicaciones, UIT

Para presentar las recomendaciones de UIT en materia de Reglamentación de la Interconexión hemos tomado como referencia el libro *Tendencias en las reformas de telecomunicaciones 2000-2001: Reglamentación de la Interconexión*" 3.ª ed., informe publicado por la UIT en el 2001⁵.

El desarrollo de las actuales redes de comunicaciones mundiales integradas exige imperiosamente acuerdos de interconexión eficaces. La interconexión es uno de los fundamentos de una competencia viable, que a su vez es el principal motor de crecimiento e innovación en los mercados de telecomunicaciones⁶.

Quizá este párrafo resume la importancia que la UIT le da a la Interconexión, por lo cual presenta varios elementos que los entes de reglamentación de cada país pueden observar al plasmar en normas las cuestiones de la Interconexión.

En el informe, la UIT toma como referencia el "*Telecom Regulation Handbook*"⁷, en donde plantea algunas cuestiones fundamentales de Interconexión⁸, que deberían observar los respectivos entes al momento de fijar las normas sobre Interconexión. Entre estas se destacan las siguientes:

1. Marco y cuestiones de procedimiento

- Adecuación de la orientación reglamentaria para las negociaciones de interconexión.
- Disponibilidad de Interconexión con operadores establecidos.
- Acceso a condiciones normalizadas de interconexión.
- Mecanismo independiente y oportuno de solución de controversias.
- Acceso no discriminatorio a instalaciones y servicios de interconexión.
- Acceso a las especificaciones de la red RTPC.
- Políticas de servicio universal, acceso universal o cobro en caso de negativa de acceso.

2. Cuestiones comerciales

- Nivel y estructura de tarifas de interconexión.

- Base de costo para el cálculo de las tasas de interconexión.
- Desagregación de las tasas para componentes de red y servicios conexos.
- Reventa de instalaciones y servicios de red.
- Pago de modificaciones de la red para facilitar la interconexión.
- Tratamiento confidencial de la información sobre competencia y clientes.

3. Cuestiones técnicas y operacionales

- Normas de red abierta y compatibilidad técnica.
- Ubicación de puntos de interconexión.
- Acceso a redes de señalización y programas y bases de datos avanzadas inteligentes.
- Acceso a sistemas de facturación y sistemas de apoyo de operaciones.
- Parámetros de desagregación de redes, incluido acceso al bucle local.
- Igual facilidad de acceso del cliente a las redes competidoras.
- Acceso a números y aplicación de portabilidad de número.
- Ubicación compartida y compartición de infraestructura.
- Calidad de interconexión, incluida suficiente capacidad y suministro oportuno.

Sobre las recomendaciones en materia de reglamentación de la interconexión, concluye el informe de la UIT:

Los encargados de la formulación de políticas y los reguladores deben abordar varios problemas para crear y proteger un entorno estable y equitativo para la interconexión. Ningún régimen de interconexión ha demostrado ser perfecto, y todos esos regímenes deben necesariamente evolucionar para ajustarse a los adelantos tecnológicos y a la convergencia de mercados y redes.

Obviamente, las cuestiones de interconexión siempre darán lugar a divergencias, y los reguladores de todos los países estarán muy ocupados en clasificar las reclamaciones e intereses divergentes de los operadores establecidos y los nuevos competidores en el mercado.

Sin embargo, en las circunstancias actuales, ningún regulador o legislador debería sentirse aislado cuando examine el conjunto de cuestiones de interconexión que deben resolverse. Existe a disposición de los reguladores de todo el mundo un acervo creciente de conocimientos acumulados para determinar el enfoque adecuado que exige cada cuestión delicada. En efecto, se está cada vez más cerca de definir enfoques comunes o prácticas recomendadas para las múltiples decisiones sobre cuestiones jurídicas, técnicas y de reglamentación que deben adoptarse⁹.

C. Unión Europea, UE

Si bien es cierto las decisiones de la UE no afectan de manera directa a los países de la región americana, hemos considerado valioso conocer sus recomendaciones en materia de reglamentación de la interconexión, no solo para tener un punto de referencia frente al manejo europeo de la interconexión, sino también porque eventualmente en una interconexión internacional (América-Europa) podrían prevalecer las reglas fijadas por la UE.

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, mediante la Directiva 97/33/CE, fijaron las condiciones para la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP).

La directiva establece que los Estados miembros de la UE adoptarán todas las medidas necesarias (incluida la reglamentación) para suprimir cualquier restricción que impida a los organismos autorizados (Proveedores) por los Estados miembros a suministrar redes públicas y servicios de telecomunicaciones accesible al público negociar entre sí acuerdos de interconexión de conformidad con el derecho comunitario. No importará que los Proveedores se encuentren en diferentes países.

La directiva garantiza la interconexión para los diferentes proveedores ubicados en cualquier país de la Unión, con lo cual una sola directiva facilita la interconexión entre diferentes proveedores transnacionales; es decir se fijan las reglas no solo para las interconexiones nacionales, sino también para las internacionales dentro de la UE, las cuales serán objeto de reglamentación por cada Estado miembro, pero siempre bajo el marco definido por la UE.

Según la directiva, los Proveedores siempre negociarán directamente, en primera instancia, los acuerdos de interconexión. La autoridad nacional de reglamentación intervendrá cuando no se de un acuerdo directo entre las partes.

El artículo 9.º de la directiva establece que en la reglamentación que cada país haga de la interconexión, a través de la autoridad nacional de reglamentación, ésta deberá fomentar y garantizar una interconexión adecuada en interés de todos los usuarios, teniendo como fin que la reglamentación de la interconexión este orientada a obtener el máximo rendimiento económico y alcanzar el máximo beneficio para los usuarios finales. La reglamentación tendrá en cuenta: la necesidad de fomentar un mercado competitivo, la necesidad de

asegurar el desarrollo justo y adecuado de un mercado europeo de telecomunicaciones armonizado, la necesidad de cooperar con las autoridades homologas de otros Estados miembros, la necesidad de promover el establecimiento y el desarrollo de las redes y servicios transeuropeos, los principios de no discriminación y proporcionalidad, y la interconexión como factor clave para mantener y desarrollar el servicio universal.

Es importante destacar que la reglamentación europea sobre la materia debe ser uniforme en los Estados miembros, puesto que se fundamenta en la directiva de la UE, lo cual permite una mayor armonización jurídica y técnica en los procesos de interconexión a nivel nacional y transeuropeo.

Esta experiencia es importante para la región americana en aras de buscar la expedición de normas comunes en materia de interconexión para toda la región, lo cual contribuye ostensiblemente a disminuir los costos de transacción de los diferentes proveedores u operadores de redes y servicios. Si bien es cierto la región a través de pactos sub-regionales, como el NAFTA, la Comunidad Andina o el Mercosur, ha buscado el establecimiento de políticas generales en materia de Interconexión, bien vale la pena analizar de cerca el caso europeo, ya que en un mundo globalizado como el que vivimos es indispensable fijar reglas transnacionales cuando los intereses son comunes.

D. Comisión Interamericana de Telecomunicaciones, CITEL

La CITEL promulgó en Noviembre de 1999 las Directrices y Prácticas para la Regulación de las Interconexiones, mediante el documento CCP.I/Res.77 (XI-99) en el cual,

respecto a las recomendaciones para los organismos reguladores o de reglamentación, señaló que el órgano regulador debe permitir múltiples formas de participación competitiva, fundamentalmente la competencia basada en la infraestructura¹⁰, la descomposición de los elementos de la red¹¹ y la reventa¹².

Con esto se busca que la reglamentación de las interconexiones este orientada básicamente hacia la competencia en el sector de las telecomunicaciones y concretamente en la prestación de servicios hacia el usuario final, puesto que con los tres elementos de participación competitiva enunciados se garantiza la entrada de nuevos operadores al mercado, bien sea con infraestructura propia, arrendada o comercializando la infraestructura establecida.

De otra parte, la CITEI recomienda el establecimiento, mediante la reglamentación, de mecanismos de salvaguardia competitiva, con el fin de evitar el abuso de posiciones de dominio en el mercado, lo cual se presenta dado el carácter monopólico de las telecomunicaciones en la región. En ese sentido las reglamentaciones de las interconexiones deberán orientarse hacia la competencia en las redes, estableciendo incentivos para el ingreso de nuevos operadores.

La Transparencia es otro de los postulados que la CITEI recomienda para la reglamentación de la interconexión, buscando que los acuerdos de interconexión sean públicos y que los procesos mediante los cuales se adoptan las decisiones reglamentarias sean abiertos, transparentes y bien definidos.

Los mecanismos para la solución de controversias es otros de los elementos que la reglamentación debe prever. En primera instancia la reglamentación debe garantizar que

las partes negocien directamente sus acuerdos y las diferencias surgidas del mismo. En caso que las partes no puedan resolver todos los aspectos mediante negociaciones comerciales en forma oportuna y justa, el sistema regulador debe incluir un mecanismo justo y eficiente para que las partes puedan resolver sus áreas de desacuerdo, accediendo a mecanismos legales, tales como los tribunales de arbitraje, cuando no es posible un acuerdo negociado en un periodo de tiempo razonable, recomienda la CITEI.

Finalmente, la reglamentación debe fijar acciones coercitivas o sanciones para aquellas personas u operadores que se nieguen a cumplir con el régimen de interconexión.

Es común (como se presentó en detalle en el primer nivel de este curso) que las diferentes reglamentaciones en materia de interconexión consagren aspectos similares sobre la materia, diferenciándose únicamente en la terminología utilizada en cada una de las normas. Es común que todas las reglamentaciones consagren los mismos principios básicos, los cuales a su vez desarrollan o recogen las recomendaciones que sobre el particular ha emitido la OMC, la UIT y la CITEI.

En general las reglamentaciones cumplen con las disposiciones de la OMC. En efecto, en primera instancia la OMC establece el principio de la Independencia de la Entidad de Reglamentación, encontrándose que en general los entes de reglamentación de cada país poseen autonomía en las decisiones que adoptan, a pesar de estar vinculados a un Ministerio o una Secretaría, dando garantías de la imparcialidad en las decisiones y procedimientos adoptados.

Tal como lo establece la OMC, la UIT y CITEI todas las normativas analizadas con-

sagan la garantía de interconexión entre proveedores de redes y servicios, especialmente con proveedores importantes o con poder significativo en el mercado. Igualmente se cumplen con mecanismos para asegurar la salvaguardia competitiva, la transparencia y la solución de controversias.

Todas las reglamentaciones garantizan la interconexión para los diferentes proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, bajo los principios de buena fe, no discriminación, neutralidad y libertad de negociación. Los entes de reglamentación sólo actúan cuando no ha existido libre acuerdo entre las partes.

Es común que la interconexión se dé en cualquier punto de la red en donde resulte técnica y económicamente factible, buscando siempre la desagregación de redes y la utilización de las instalaciones esenciales, bajo principios de red abierta.

También es importante destacar cómo las reglamentaciones han incorporado los principales elementos que deben figurar en los contratos de interconexión, para garantizar aquellos aspectos esenciales que harán viable la unión física y lógica de las redes. Para esto la mayoría de reglamentaciones, aunque no todas, establecen la obligatoriedad para que el operador establecido presente una Oferta Básica de Interconexión o de Referencia en donde, con el aval del ente de reglamentación, de a conocer los aspectos técnicos, comerciales, jurídicos y administrativos bajo los cuales ofrece la interconexión, incorporando los requisitos que sobre este punto ha establecido la reglamentación.

De otra parte, también merece la pena destacar la obligación de los "proveedores importantes" u "operadores con poder significativo en el mercado" para desagregar o

compartir el bucle local de abonado, lo cual puede llevar a una mayor competencia en el mercado.

En conclusión podríamos afirmar que la normatividad de la región recoge o desarrolla los principales postulados que en materia de interconexión han establecido los organismos internacionales en el sector de las telecomunicaciones, siendo claras las semejanzas existentes entre las diferentes reglamentaciones. Por tanto, los conceptos que a continuación presentamos sobre el contrato de interconexión –podemos afirmar– cuentan con un respaldo generalizado en los reglamentos de interconexión de América y Europa.

III. CONCEPTO DE CONTRATO

Según el diccionario de la lengua española¹³ Contrato es el "*Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas*". A su vez Pacto¹⁴ es "*Concierto o tratado entre dos o mas partes que se comprometen a cumplir lo estipulado*". Según Vocabulario Jurídico Contrato es la "*Modalidad de convención que tiene por objeto el crear una obligación o transferir la propiedad (por ejemplo: el arrendamiento, la venta)...*"¹⁵.

El artículo 1137 del Código Civil argentino define al contrato como el acuerdo de varias personas sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos.

Por su parte el artículo 1495 del Código Civil colombiano establece que "*Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas*". El artículo 864 del Código de Comercio colombiano establece que "*El*

contrato es un acuerdo de dos o mas partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial [...]”.

Sin entrar a analizar las concepciones jurídicas de las palabras Contrato, Convenio, Acuerdo o Negocio Jurídico, las cuales para los fines de este documento se asimilan a la expresión *Contrato*¹⁶, tenemos que las principales características del mismo son:

- a. Es un convenio o acuerdo para dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa.
- b. Es necesario la existencia de dos o mas partes¹⁷.
- c. Genera obligaciones recíprocas .
- d. Produce efectos jurídicos.

Por tanto, los contratos siempre deberán contar con un objeto, es decir la obligación de dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa o la obligación de constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial. El objeto es un elemento esencial –quizá el mas importante– del contrato, sin el cual la figura no produce efecto alguno o genera consecuencias diferentes a las de un contrato. Entonces, para la configuración de un contrato es requisito indispensable la existencia de un objeto, el cual se constituye en la finalidad que persiguen las partes para contratar.

De manera resumida podemos decir que el objeto es la razón de ser del contrato. Por ejemplo, en una compraventa el objeto es la cosa que se vende; en un arrendamiento el objeto es el disfrute del bien mueble o inmueble que se entrega; en el contrato de transporte, cualquiera sea su modalidad, el objeto es transportar o llevar a una persona o cosa de un lugar a otro.

De igual forma, para configurar un contrato se requiere de dos o mas partes (entendiéndose que cada parte puede estar

conformada por una o muchas personas, naturales o jurídicas). No es posible la existencia de un contrato con una sola parte, puesto que –según las definiciones del Contrato– es de la esencia del mismo la pluralidad de las partes en su configuración para garantizar la existencia del convenio o acuerdo de voluntades. Pueden existir obligaciones unipersonales (por ejemplo las del padre de familia para con sus hijos o las surgidas de un testamento), pero son obligaciones que no configuran un contrato (sino otro acto jurídico). De manera tal, que en un contrato siempre deberá existir de una parte el generalmente denominado *Contratante*, que es quien contrata los bienes o servicios que requiere, y el *Contratista*, que es quien suministra esos bienes o servicios.

Sin embargo, veremos mas adelante que en materia de Interconexión se diluye un poco el concepto de Contratante y Contratista en el sentido clásico de la expresión; es decir, la existencia de una parte que requiere de un bien o servicio y de la otra que lo suministra, por cuanto en materia de interconexión lo que se da es un acuerdo de voluntades para prestarse bienes o servicios conjuntamente, por lo cual el contrato de interconexión difiere en su concepción original del concepto tradicional que estamos presentando. En todo caso, como lo veremos, el contrato de interconexión es un acuerdo de voluntades que como tal consta de un objeto, produce efectos jurídicos, conformado por dos o mas partes y genera obligaciones recíprocas.

Uno de los aspectos que mayor discusión ha generado desde el punto de vista estrictamente jurídico es el relacionado con las obligaciones que nacen de los contratos, ya que para algunos tratadistas pueden existir contratos en los cuales solo surjan obli-

gaciones para una de sus partes. Independientemente de esa discusión, que es muy válida, consideramos que los contratos siempre generan algún tipo de obligación para ambas partes, por sencilla que esta sea. Dependiendo de la naturaleza del contrato, las obligaciones estarán encaminadas o tendrán como finalidad garantizar la entrega de una cosa (material o inmaterial), hacer algo (prestar un servicio por ejemplo) o dejar de hacer algo (por ejemplo: comprometerse a no acceder a un bien inmueble propio). Como podemos ver las obligaciones contractuales generalmente buscan el cumplimiento del objeto contractual, que si bien es cierto son dos figuras diferentes, están estrechamente relacionadas para efectos de la conformación del contrato.

Las obligaciones se pueden considerar como un elemento accidental del contrato que son necesarias para el logro del objeto contractual. Así no sean requisito indispensable para la configuración del contrato —como si lo es el objeto— es muy difícil lograr un contrato que produzca efectos jurídicos sin la existencia de obligaciones para las partes. Por ejemplo, en el contrato de compraventa la obligación principal del vendedor es entregar la cosa vendida y la obligación principal del comprador será pagar el precio pactado. Por ello, las obligaciones se consideran elementos accidentales del contrato, por cuanto sin ser de la esencia del mismo (como el objeto) es necesario pactarlas, por medio de cláusulas especiales, para el logro del objeto contractual.

Desde nuestro punto de vista es absolutamente recomendable pactar expresamente las obligaciones a las cuales se comprometen las partes en el desarrollo del contrato para que luego no haya inconvenientes en su ejecución. Las obligaciones

serán el camino que llevarán al cumplimiento del objeto contractual.

Ahora, sobre las características del contrato una muy importante es los efectos que el mismo produce. Cuando decimos que el contrato produce efectos jurídicos queremos significar que es ley para las partes. Es decir, los compromisos que las partes hayan pactado a través del contrato deben ser cumplidos en su totalidad, so pena del incumplimiento del contrato y la consecuente indemnización por los perjuicios causados.

Los contratos en últimas siempre buscan producir unos efectos jurídicos, ya sea creando, modificando o extinguiendo una relación jurídico patrimonial. Es así como el fin último del contrato siempre será la creación de un estado de cosas o situaciones diferentes al inicial que quizá no se podrían dar sin la ejecución del contrato. Por ello, decimos que el contrato esta compuesto por dos o mas partes, las cuales cuentan con unos derechos y obligaciones para el logro de un objeto, el cual creará, modificará o extinguirá un estado de cosas o situaciones, y esos efectos (jurídicos) afectarán el patrimonio¹⁸ de las partes.

Los contratos por excelencia generan afectaciones al patrimonio de las personas (naturales o jurídicas), de allí la necesidad de comprender las características básicas que lo identifican, puesto que el incumplimiento de las obligaciones del contrato conllevaran el inicio de las acciones legales pertinentes establecidas en cada legislación para lograr el cumplimiento del mismo. Es por ello que las diferentes normatividades, sin importar los procedimientos establecidos, siempre garantizan una serie de acciones, ya sea por la vía judicial, arbitral o conciliatoria, tendientes al logro o cumplimiento del objeto contractual y, si ello no es posible, al resarcimiento de

los perjuicios causados, por la parte incumplida, en favor de la parte cumplida.

Finalmente, en este breve análisis introductorio de las características básicas de un contrato, es importante resaltar que para que un contrato se forme y sea válido, es decir produzca efectos jurídicos, se requiere que concurren las siguientes condiciones:

a. El consentimiento, que debe tener causa y por objeto los de las obligaciones que está destinado a crear, de manera tal que la persona libremente, sin coacción alguna, decida obligarse a realizar el contrato. El consentimiento recoge y le da plena eficacia al principio rector en materia de contratos y obligaciones, como es el *Principio de la Autonomía de la Voluntad*¹⁹, según el cual son las partes quienes de manera libre y consensuada establecen el objeto y los fines de la contratación.

b. La capacidad de las partes contratantes. En las personas naturales la capacidad para contratar se predica una vez alcanzada la mayoría de edad, siempre y cuando no hayan sido declarados interdictos o impedidos, mediante sentencia judicial, para contratar o estén incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad para contratar según la ley, como por ejemplo los sordomudos, los dementes o los funcionarios públicos frente al Estado. En las personas jurídicas la capacidad para contratar surge a partir de la constitución o formación legal de la persona, cumpliendo con los requisitos normativos establecidos para tal efecto. Por ejemplo, la empresa cuenta con capacidad a partir del acto de formación, mediante la constitución de sus estatutos sociales, y el registro correspondiente ante la autoridad establecida.

c. La licitud del objeto u objetos de las obligaciones. Para que el contrato sea válido el

objeto debe ser lícito. Será inválido (y no producirá efectos jurídicos) el contrato que persiga la realización de un objeto por fuera de la ley, como por ejemplo contratar a una persona para realizar un acto criminal.

d. La licitud de la causa. Además de que el objeto sea lícito la ley exige que la finalidad (causa) que persigue el contrato sea lícita. Por ejemplo, puede suscribirse un contrato de transporte para llevar una mercancía de un lugar a otro, pero si el contenido de la mercancía es una sustancia prohibida por la ley la causa será ilícita a pesar que el objeto era lícito

e. La falta de vicios del consentimiento. Los vicios que afectan el consentimiento y por tanto generan la invalidez del contrato son el error, la fuerza y el dolo. El error se produce cuando una de las partes del contrato cree (erróneamente) que está realizando cierto contrato cuando en realidad esta ejecutando otro tipo de contrato. Por ejemplo, cuando una persona cree estar comprando una casa cuando en realidad solo la esta arrendando. La fuerza, como vicio del consentimiento, se configura cuando una de las partes o un tercero constriñe u obliga a una de las partes, o a ambas, a suscribir el contrato, ya sea por amenaza física o psicológica. El dolo se presenta cuando, mediante acciones fraudulentas, una de las partes engaña a la otra para contratar, como por ejemplo cuando se falsifica un documento para realizar determinado contrato.

f. El cumplimiento de ciertos requisitos o formalidades impuestos por la naturaleza del contrato o por la calidad o estado de las personas que lo celebran. Esto dependerá de cada contrato en particular, por ejemplo —en materia de telecomunicaciones— es común en muchos países que la reglamentación exija que los contratos de interconexión, para que surtan validez, de-

ben ser aprobados por el organismo regulador, de manera que el contrato solo producirá efectos jurídicos para las partes una vez el organismo regulador lo haya aprobado. Igual situación se presenta con las compraventas de bienes inmuebles, en los cuales la ley estipula que para su validez es necesario que consten en instrumento o escritura pública.

Si falta cualquiera de estos seis requisitos el contrato será inválido, es decir no producirá efectos jurídicos para las partes²⁰.

IV. CONCEPTO DE INTERCONEXIÓN

Para efectos de estudiar el concepto de *Interconexión de Redes de Telecomunicaciones* retomamos en parte los conceptos presentados en el primer nivel de este curso en los aspectos introductorios de la Interconexión en donde señalamos:

El término Interconexión no es una palabra castiza, pues no figura como tal en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por lo tanto es un término propio del lenguaje técnico de las telecomunicaciones.

Sin embargo, el Diccionario de la Real Academia²¹ define los términos *Inter* y *Conexión*, manifestando que el primero significa "entre" o "en medio"; en tanto al segundo lo define como "Enlace, atadura, concatenación de una cosa con otra. Acción y efecto de conectar o conectarse. Punto donde se realiza el enlace entre aparatos o sistemas..."

Como puede observarse de estas definiciones el término Interconexión podría entenderse como la unión de dos puntos para realizar un enlace o conexión de aparatos o sistemas.

En materia técnica o de telecomunicaciones existen tantas definiciones como

regímenes. Es decir, cada país en particular ha adoptado una definición sobre Interconexión, aunque todas ellas están orientadas a garantizar la competencia en la transmisión de voz y datos, mediante el uso compartido de la infraestructura requerida.

El Régimen Unificado de Interconexión Colombiano²² define a la Interconexión como "la vinculación de recursos físicos y soportes lógicos, incluidas las instalaciones esenciales necesarias, para permitir el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de servicios de telecomunicaciones".

El Reglamento General de Interconexión Brasileño²³ define a la Interconexión como la "Unión entre redes de telecomunicaciones funcionalmente compatibles, de modo que los usuarios de servicios de una de las redes puedan comunicarse con los usuarios de servicios de otra o acceder servicios disponibles en ella".

El Reglamento Nacional de Interconexión Argentino define a la Interconexión como "la conexión física y funcional de las redes de telecomunicaciones utilizadas por el mismo o diferentes prestadores, de manera que los clientes y/o usuarios puedan comunicarse entre sí o acceder a los servicios de otros Prestadores".

Para la Unión Europea, la Interconexión²⁴ es "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, o acceder a los servicios prestados por otra empresa. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red. La interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas"²⁵.

Para la Organización Mundial del Comercio –OMC– la Interconexión²⁶ "se refiere al enlace con los proveedores que suministran redes o servicios públicos de transporte de telecomunicacio-

nes, con objeto de que los usuarios de un proveedor puedan comunicarse con los usuarios de otro proveedor y tener acceso a los servicios suministrados por otro proveedor respecto de los que se contraigan compromisos específicos”.

De estas definiciones se puede concluir que la Interconexión, como un proceso de vinculación de recursos físicos y lógicos, esta orientada a permitir la comunicación de diferentes usuarios, por lo que, la definición que da la CITEI sobre el particular resulta sencilla y apropiada para entender esta temática. En efecto, la CITEI²⁷ considera que *“en sus términos mas básicos, la interconexión constituye el vínculo entre distintas redes, de forma tal que los clientes de dichas redes puedan llamarse entre si”*.

La justificación de la interconexión también aparece de manera clara en el mismo documento de la CITEI, en donde señala que *“El propósito de un sistema de interconexión es beneficiar a los usuarios, fomentando la competencia, lo que reducirá los precios y mejorará el alcance y la calidad de los servicios. Para que la competencia tenga éxito en maximizar los beneficios al consumidor y la innovación en el mercado de las telecomunicaciones, los operadores deben contar con la oportunidad de tener acceso a todos los clientes, incluso aquellos que se encuentren conectados a las redes de sus competidores”*.

Para concluir en lo que a definiciones se refiere y antes de analizar los elementos que componen las mismas, consideramos oportuno incluir la definición elaborada por el Grupo de Investigaciones de Teleinformática de la Universidad Nacional de Colombia²⁸, para el cual la Interconexión *“Es la conexión física y lógica de dos redes de telecomunicaciones en cualquier punto técnicamente viable de la red, que garantice su interfuncionamiento y la interoperabilidad y convergencia de servicios de telecomunicaciones, para permitir el acceso y la comunicación de*

los usuarios independientemente de la red a la que estén conectados”. Llama la atención esta definición porque de manera expresa señala a la convergencia de servicios como una de las finalidades o propósitos de la Interconexión que, precisamente, es uno de los fines que hoy en día mas fuerza tiene para lograr acuerdos de interconexión.

Es así como de lo anterior podríamos extraer los siguientes elementos conceptuales básicos de la Interconexión:

- a. Técnicamente es la vinculación de recursos físicos y soportes lógicos.
- b. Garantiza el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de los servicios.
- c. Permite la comunicación entre los usuarios de diferentes operadores²⁹.

La vinculación de recursos físicos y soportes lógicos quiere significar la unión o el uso compartido de los elementos de infraestructura o hardware (postes, ductos, bienes muebles, etc) y software (sistemas computacionales, sistemas lógicos, etc) entre dos o mas operadores de telecomunicaciones para la prestación de facilidades de comunicación.

Esta vinculación de recursos y soportes tiene como propósito el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de los servicios de telecomunicaciones. Es decir, busca que las redes de los diferentes operadores actúen como una sola red, y que a través de la misma se presten los servicios que ofrecen los diferentes operadores.

El interfuncionamiento de las redes está orientado a la ejecución de las funciones propias de cada red de forma conjunta con las demás redes que se han interconectado, de manera que todas las redes, y sus funciones, sean vistas por el usuario como una sola.

La interoperabilidad de los servicios esta orientada al funcionamiento conjunto de los diferentes servicios de telecomunicaciones ofrecidos por los operadores existentes en el mercado, de manera que, a través del interfuncionamiento de las redes, el usuario pueda acceder a todas las facilidades de comunicación que ofrecen los operadores y que estos puedan llegar a todos los usuarios finales.

Mediante este proceso técnico se pretende como meta final que todos los usuarios puedan acceder a los diferentes servicios que prestan los operadores de telecomunicaciones, sin importar si el usuario tiene una relación directa con alguno(s) de los operadores. De manera sencilla, se busca que el usuario pueda gozar de todas las prestaciones o facilidades de comunicación que se encuentren en el mercado.

Las definiciones de las diferentes reglamentaciones generalmente varían en aspectos semánticos, pero la gran mayoría consagran los tres requisitos básicos enunciados.

De esta manera se alcanza el cumplimiento de la finalidad esencial de la interconexión puesto que, mediante unos procedimientos técnicos o de ingeniería, se logra la conformación de una sola red que garantice al usuario el goce de todos los servicios que ofrecen los diferentes operadores, e igualmente el operador podrá llegar a todos los usuarios existentes en la red.

Hemos visto así, de manera general, los componentes básicos de la Interconexión. Sin embargo, también es preciso analizar el concepto de dos elementos que se encuentran inmersos dentro de la definición de interconexión y cuyo entendimiento es fundamental para lograr una plena apreciación del significado de la misma. Estos elementos son: Las telecomunicaciones y la red.

Es claro que el proceso de interconexión siempre estará referido a la unión de dos o más redes y que estas siempre tendrán como finalidad el intercambio de comunicaciones a distancia, esto es de telecomunicaciones. Por ello, es necesario entender estos dos conceptos, ya que el proceso de interconexión necesariamente hará referencia a las redes de telecomunicaciones.

El concepto de telecomunicaciones es casi universal, pues la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) se ha encargado de uniformizarlo, siendo recogido por las legislaciones de los países miembros de la UIT.

Siguiendo los conceptos de la UIT, la telecomunicación la entendemos como toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.

Entonces, se podría afirmar que la telecomunicación tiene como finalidad el intercambio de información a través de medios físicos o electromagnéticos.

Por su parte, la red es un concepto que se deriva y se encuentra inmerso en la misma definición de telecomunicación, vinculada a tal punto con ella que es esencial para la existencia de esta última y para su viabilidad técnica.

En nuestro concepto, la red es el medio o la infraestructura utilizada para la prestación del servicio o facilidad de comunicación, bien sea a través de hilo, radioelectricidad o cualquier otro sistema físico, óptico o electromagnético.

Por ello, se concluye que el concepto de telecomunicación contiene dos elementos básicos para su configuración: de una par-

te los servicios o facilidades de comunicación que se ofrecen al usuario y, de otra, el medio a través de cual se transportan dichos servicios (la red).

Lo anterior nos lleva a concluir que la *Interconexión de Redes de Telecomunicaciones*, significa la vinculación de recursos físicos y lógicos de dos o más operadores de telecomunicaciones para el intercambio de información a través de diferentes medios de transmisión³⁰.

V. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE INTERCONEXIÓN

Los elementos del contrato son aquellas características y componentes básicos para conformar el acuerdo de voluntades a fin de producir los efectos jurídicos propios de cada tipo contractual. Así, tenemos que los elementos básicos del contrato son los sujetos o partes, el objeto, las obligaciones de cada parte, el valor o la cuantía y las demás cláusulas accesorias o accidentales.

Estos son los componentes esenciales o básicos de un acuerdo de voluntades, siendo de la autonomía de las partes adicionar todos aquellos elementos que en concepto de estas contribuyan al cumplimiento del objetivo contractual y que faciliten el desarrollo del mismo.

En materia de interconexión de redes de telecomunicaciones los elementos del contrato los podemos definir así:

A. Sujetos

El contrato de Interconexión por esencia es un contrato bilateral³¹ en donde intervienen dos partes (cada parte conformada por una persona jurídica denominada operador de redes de telecomunicaciones) que de

manera directa acuerdan una relación jurídico patrimonial.

Si bien es cierto es posible que cada parte esté conformada por una o varias personas, creemos que por los efectos prácticos y la casuística presentada en los contratos de interconexión es usual que cada parte solo este conformada por una persona jurídica (empresa u operador), por lo cual así lo presentamos en este análisis.

Las partes del contrato de interconexión son el *Interconectante* también conocido como el incumbente u operador establecido, quien provee la interconexión y el *Interconectado*, quien solicita la interconexión. Entre ellos dos se establecerá un acuerdo de voluntades para la Interconexión de redes.

El Interconectante es quien ofrece su infraestructura física y lógica de telecomunicaciones al Interconectado para que curse sus comunicaciones a través de la red del Interconectante hacia los usuarios finales del mismo.

En nuestro concepto, esos dos son los únicos sujetos del contrato de interconexión, sin ser posible la existencia de un tercer sujeto o parte del mismo. Si bien es cierto que para el logro de los acuerdos contractuales en materia de interconexión se requieren de terceras personas (por ejemplo el organismo regulador, un tercero que alquile sus locaciones o un operador de destino), aquellas actuarán como terceros vinculados a la ejecución del contrato, pero no entrarán a ser partes del contrato, ya que las partes solo son aquellas directamente relacionadas con el cumplimiento del objeto contractual. Inclusive, si la legislación o reglamentación lo autorizan, en la Interconexión Indirecta el operador de destino (fundamental para las interconexiones) no es sujeto del contrato, sino un tercero afecto a

la ejecución del mismo, quien a su vez dispondrá de otros contratos de interconexión que hacen viable la interconexión indirecta.

En resumen, los sujetos del contrato de interconexión siempre serán el Interconectante y el Interconectado, siendo posible la participación de terceros afectos al desarrollo contractual.

B. Objeto

La esencia fundamental del objeto del contrato de interconexión es la vinculación o unión física y lógica de la red del operador interconectado con la del operador Interconectante para garantizar el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de los servicios de los dos operadores para así lograr la comunicación de sus usuarios. Para ello, el objeto prevé unos derechos y unas obligaciones recíprocas (bilateralidad del contrato) de las partes tendientes a la interconexión. Además de la interconexión, el objeto del contrato también puede (o debe) buscar las condiciones de acceso y uso de la red.

Entonces, el contrato de interconexión tiene por objeto determinar los derechos y obligaciones de las partes para el acceso, uso e interconexión entre la red del Interconectante y la red del Interconectado en lo relativo a las condiciones de carácter técnico, operativo, financiero, jurídico y comercial, con el fin de permitir el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de los servicios, de manera que los usuarios del Interconectado se puedan comunicar con los usuarios del interconectante y viceversa.

El acceso y el uso de la red son condiciones necesarias para la interconexión, ya que para su configuración se requiere del acceso y uso de las redes del interconectante. Ade-

más permiten el acceso y el uso de elementos de red física para la ubicación de equipos necesarios para la interconexión (instalaciones esenciales).

De otra parte, para lograr el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de los servicios, es del objeto del contrato alcanzar unas condiciones técnicas, operativas, financieras, jurídicas y comerciales que coadyuven hacia ese fin.

Las condiciones técnicas y operativas buscan lograr la prestación de los servicios que soportan las redes a interconectarse, la infraestructura física requerida para la interconexión, el cumplimiento de los planes técnicos básicos (numeración, señalización y marcación) y los procedimientos para el control, el dimensionamiento e interfuncionamiento de la interconexión para garantizar a los usuarios de ambas redes un nivel óptimo de servicio.

A su vez las condiciones financieras y comerciales buscan alcanzar la liquidación y pago de los cargos de acceso y uso por tráfico entrante o saliente de la red de los operadores interconectados, el valor de las instalaciones esenciales utilizadas para la interconexión, los valores por prestar servicios adicionales a la interconexión, los procedimientos de factura y recaudo hacia los usuarios, los procedimientos bajo los cuales las partes transferirán o pagarán las sumas derivadas del contrato, los procedimientos para conciliaciones de cuentas y el trámite relacionado con la recepción y gestión interna de reclamos.

Los aspectos jurídicos se reflejarán en todas aquellas cláusulas del contrato que plasman las condiciones técnico operativas y financiero comerciales de la relación entre interconectante e interconectado y además en los efectos que pretende producir.

Por tanto, creemos que el objeto del contrato de interconexión no debe limitarse sencillamente a pretender la conexión física y lógica de las dos redes en aras del interfuncionamiento de ellas y la interoperabilidad de los servicios. El objeto debe buscar, además, el cumplimiento de unas condiciones técnicas, financieras y comerciales que hagan armoniosa la Interconexión entre las partes durante su ejecución, ya que generalmente son contratos a diez o más años, por lo cual es de la esencia del contrato buscar una relación pacífica y estable entre las partes a lo largo del mismo.

Es por ello, que como parte fundamental para el logro del objeto contractual se recomienda la inclusión de anexos técnico operativos y financiero comerciales en donde las partes desarrollen todos los procedimientos que llevarán a cabo en aras de garantizar la Interconexión de redes, anexos en los cuales se fijarán en detalle, por una parte, los aspectos propios de ingeniería para hacer realidad la interconexión desde el punto de vista técnico y, de otra parte, las cuestiones financieras y comerciales que mediante formulas claras, ciñéndose a la reglamentación establecida, logren definir el monto de los cargos de acceso y uso de instalaciones a cobrarse entre las partes y los procedimientos comerciales frente al usuario.

En todo caso, serán las partes quienes de acuerdo a sus necesidades y posibilidades definirán el objeto del acuerdo de interconexión, por lo cual lo que hemos presentado es un marco general para señalar el objeto contractual.

C. Obligaciones

Las obligaciones en el contrato de interco-

nexión son aquellas actividades que debe realizar cada una de las partes (interconectante e interconectado) para el logro del objeto contractual, buscando un desarrollo eficiente de la relación contractual.

Las obligaciones más comunes para el Interconectante son:

- Permitir el acceso, uso e interconexión en condiciones técnicas, operativas, comerciales y económicas no discriminatorias.
- Suministrar las instalaciones esenciales necesarias para el acceso, uso e interconexión que el interconectado requiera.
- Reconocer y pagar los valores que resulten en favor del interconectado.
- Transferir al interconectado los valores conciliados por los conceptos derivados por la ejecución del contrato, pactados en las condiciones financiero comerciales.
- Abstenerse de ejercer prácticas o conductas restrictivas de la libre competencia o desleales, según la normatividad vigente. En particular la obstrucción a la Interconexión se considera una práctica restrictiva de la competencia.
- Entregar la información pertinente que requiera el Interconectado cuando sea esencial para la interconexión y mantenimiento de los servicios, para lo cual se pueden suscribir acuerdos de confidencialidad.
- Efectuar oportunamente la facturación, recaudo y transferencia de las comunicaciones originadas por los usuarios de su red con destino a la red del operador Interconectado
- En general, cumplir con las obligaciones establecidas en los acuerdos técnico operativos y financiero comerciales del contrato.

Las obligaciones más comunes para el Interconectado son:

- Permitir el acceso, uso e interconexión en condiciones técnicas, operativas, comerciales y económicas no discriminatorias.
- Reconocer y pagar los cargos de acceso y uso por la utilización de las redes del operador Interconectante.
- Reconocer y pagar los valores que resulten en favor del interconectante por el uso de las instalaciones esenciales requeridas y los servicios adicionales convenidos.
- Transferir al interconectante los valores conciliados por los conceptos derivados por la ejecución del contrato, pactados en las condiciones financiero comerciales.
- Abstenerse de ejercer prácticas o conductas restrictivas de la libre competencia o desleales, según la normatividad vigente. En particular la obstrucción a la Interconexión se considera una práctica restrictiva de la competencia.
- Entregar la información pertinente que requiera el Interconectante cuando sea esencial para la interconexión y mantenimiento de los servicios, para lo cual se pueden suscribir acuerdos de confidencialidad.
- Efectuar oportunamente la facturación, recaudo y transferencia de las comunicaciones originadas por los usuarios de su red con destino a la red del operador Interconectante
- En general, cumplir con las obligaciones establecidas en los acuerdos técnico operativos y financiero comerciales del contrato.

A groso modo estas son las obligaciones básicas de un contrato de interconexión,

siendo en todo caso potestativo de las partes establecer las obligaciones que a su juicio coadyuven el cumplimiento del objeto contractual, prohibiéndose obligaciones que tengan como fin o efecto limitar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

Como puede observarse son obligaciones reciprocas, bilaterales, en donde lo que se persigue es el equilibrio de las cargas al momento de contratar de manera que sea un contrato justo para ambas partes. Si bien es cierto el contrato de interconexión facilita el ingreso del operador Interconectado al mercado de las telecomunicaciones, este contrato jamás busca crear desequilibrios para el operador Interconectante, de manera que este vea retribuido justamente el uso que de sus redes hace el operador interconectado, quien como beneficio principal logra explotar nuevos mercados y ofrecer servicios o facilidades de telecomunicación a nuevos usuarios.

D. Valor

A pesar que las legislaciones civiles prevén la existencia de contratos sin valor, es decir sin pagar un precio por las contraprestaciones recibidas, consideramos que para los efectos mercantiles del contrato de interconexión el valor es uno de sus componentes básicos, dado que las diferentes reglamentaciones e inclusive las recomendaciones de la OMC sobre la materia, establecen que los precios de interconexión deben estar orientados a los costos mas una utilidad razonable, prohibiéndose el cobro de valores por debajo de dichos costos, ya que se incurrirían en prácticas contrarias a la libre competencia por precios predatorios³².

Es perfectamente posible que en el mundo comercial se realicen contratos sin pactar precio, como por ejemplo la entrega de un bien mueble o inmueble a título de propiedad sin que el adquirente deba pagar algo por ello, ya sea en dinero o en especie. Esto es posible y es una modalidad contractual denominada donación o comodato cuando simplemente se transfiere el goce de la cosa. Sin embargo, consideramos que para el caso del contrato de interconexión de redes que estamos analizando las donaciones están prohibidas, dado que ello daría lugar para señalar precios predatorios que limitarían la competencia.

Por ello, el contrato de interconexión tendrá un valor apreciable en dinero, y será un valor que se fijará previo el cumplimiento de las condiciones establecidas por la reglamentación de la interconexión expedida por el organismo regulador respectivo. Es decir, si bien es cierto las partes son quienes definirán el valor de su contrato, el mismo se encontrará desarrollando las formulas o principios señalados por la reglamentación.

En principio, el valor de los contratos de interconexión es indeterminado, ya que dependerá de las condiciones del uso de la red en el tiempo, por lo cual es muy difícil establecer desde un comienzo el valor exacto del contrato. Este valor se obtendrá con el paso del tiempo, de acuerdo con el uso de las redes, instalaciones esenciales y servicios adicionales que utilicen o realicen las partes.

Generalmente el valor de un contrato de interconexión puede estar conformado por los siguientes elementos:

- El valor por concepto del cargo de acceso y uso de la red del operador Interconectante

que reconoce el operador Interconectado, y que será cancelado por este último de conformidad con las condiciones financieras pactadas en el contrato y con base en la reglamentación existente.

- El valor correspondiente al uso por parte del operador Interconectado de las instalaciones esenciales definidas en el contrato de propiedad del operador Interconectante.

- El valor correspondiente a los costos por concepto de los servicios adicionales prestados por el operador interconectante al operador Interconectado, como puede ser el de facturación y recaudo, alquiler de instalaciones no esenciales, entre otros.

En el evento en que el operador Interconectante requiera de la red del Interconectado o de alguna de sus instalaciones, igualmente se pactarán los valores correspondientes.

Las partes se facturan periódicamente (usualmente cada mes), de conformidad con los procedimientos establecidos en las condiciones financieras y comerciales del contrato, la prestación de los servicios de interconexión. Generalmente las partes acuerdan compensar las cantidades que se adeuden por razón del contrato, produciéndose la extinción de la obligación por compensación. Para ello se crean comités encargados de conciliar o compensar y pagar las cuentas pendientes entre las partes.

Los mecanismos de facturación y compensación de las obligaciones dinerarias de las partes requieren de agilidad y eficiencia en su procedimiento, ya que son los que configuran el valor del contrato en el tiempo.

Por tanto, el valor o cuantía del contrato de interconexión será indeterminado al momento de su suscripción o perfeccionamiento y se constituirá con los cargos que el

interconectado deba pagar al interconectante durante la relación contractual y las compensaciones que surjan de dicha relación.

E. Cláusulas accidentales

Las cláusulas accidentales de un contrato son aquellas que no son de la esencia (objeto, partes, valor) ni de la naturaleza del mismo (obligación de registro ante el organismo regulador), pero que son establecidas por las partes para un mejor entendimiento del contrato y un eficaz desarrollo o ejecución del mismo.

Las cláusulas accidentales, al igual que las esenciales o naturales al mismo, son de obligatorio cumplimiento para las partes y generan los mismos efectos jurídicos para las partes. Quizá la única diferencia entre las cláusulas esenciales y naturales frente a las accidentales radica en los efectos frente a una nulidad o ineficacia de las mismas. Mientras que en las primeras las nulidades son insubsanables o la ineficacia es de pleno derecho en las segundas las nulidades pueden ser saneables y la ineficacia surte efectos a partir de la declaratoria judicial y no desde la formación del contrato.

Es decir, las cláusulas accidentales no son fundamentales para la formación del contrato y para que este produzca efectos jurídicos, pero una vez pactadas su cumplimiento es obligatorio. Presentan la ventaja que las deficiencias que se hayan presentado en su formación pueden ser subsanadas posteriormente, lo cual no es posible con las cláusulas esenciales del contrato.

A manera de ejemplo podemos presentar las siguientes cláusulas accidentales que las partes pueden pactar en un contrato de interconexión:

1. Acuerdos de confidencialidad frente a la información que manejen las partes.
2. Los plazos para el cumplimiento de las obligaciones³³.
3. La duración del contrato³⁴.
4. La implementación de los comités de seguimiento a la interconexión.
5. La implementación de los comités de conciliación y compensación de cuentas.
6. La incorporación de mecanismos para la solución de conflictos.
7. Las causales para la modificación, terminación anticipada, revisión e incumplimiento del contrato.
8. Las cláusulas penales o pecuniarias en caso de incumplimiento.
9. Las situaciones en las cuales procede la cesión del contrato.
10. Las causales de fuerza mayor o caso fortuito que impidan el cumplimiento del contrato.
11. Las definiciones especiales para evitar interpretaciones equivocadas del contrato.
12. En general las que las partes establezcan de mutuo acuerdo para el buen logro del objeto contractual.

Como puede observarse de la enunciación de estas cláusulas accidentales presentadas a guisa de ejemplo, vemos como, si bien es cierto tienen la connotación de accidentales, son cláusulas que las partes pactan para el logro del objeto contractual que satisfaga las necesidades de las partes. Por tanto,

la diferenciación entre cláusulas esenciales, naturales y accidentales se da desde el punto de vista de los efectos jurídicos que producen, ya que las primeras se requieren necesariamente para la formación y validez del contrato; las segundas se requieren para evitar posibles nulidades o declaratorias de ineficacia; en tanto que las terceras sin ser necesarias para la formación y validez del contrato son indispensables para asegurar el logro del objeto contractual y una relación armoniosa en la ejecución del acuerdo de voluntades.

VI. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE INTERCONEXIÓN

La naturaleza jurídica de un contrato hace referencia a las características esenciales del mismo que definen sus componentes y los efectos que produce en el mundo comercial. Es así como, permite identificar las características básicas o principales de determinado contrato para encasillarlo dentro de una categoría particular.

La importancia de identificar la naturaleza jurídica de un contrato radica en determinar los efectos que la ley le ha asignado y las obligaciones para las partes.

En principio, la ley se ha encargado de definir o identificar la naturaleza jurídica de determinados contratos, y cuando esto sucede se dice que son Contratos Típicos o Nominados, es decir que figuran de manera expresa en la ley. Por ejemplo, la ley establece que, cuando una persona entrega a otra un bien mueble o inmueble a título de propiedad, recibiendo como contraprestación una suma apreciable en dinero, estamos frente a un contrato de compraventa. Cuando la entrega se hace solo para el disfrute temporal de la cosa estamos frente a

un contrato de arrendamiento; o cuando se transfiere la propiedad sin recibir nada a cambio estamos frente a una donación. Igualmente, cuando las partes se comprometen a transportar a una persona o cosa de un lugar a otro por una remuneración, estamos frente a un contrato de transporte terrestre, aéreo o marítimo, según el caso. Cuando una parte contrata a otra para que asuma los riesgos frente a determinada situación, a cambio de una remuneración, estamos frente a un contrato de seguro. Si el contrato consiste en custodiar unos bienes a cambio de una remuneración, estamos frente a un contrato de depósito.

De manera que, los contratos que cuentan expresamente con una regulación legal o reglamentaria en la cual el legislador haya señalado los requisitos propios de ese contrato y los elementos para su formación y validez, serán contratos típicos o nominados con expresa reglamentación legal. Con el paso del tiempo y con el avance de las relaciones comerciales muchos contratos que surgieron de la costumbre o de la necesidad de acordar nuevas formas de establecer negocios jurídicos se han ido convirtiendo en contratos típicos reglamentados por el legislador, como por ejemplo el contrato de leasing, el contrato de franquicia comercial, el corretaje, entre otros.

A contrario sensu, aquellos negocios jurídicos o acuerdos de voluntades que no cuentan con una reglamentación legal específica se denominan Contratos Atípicos o Innominados, precisamente porque no están tipificados como tal en la ley. Estos contratos atípicos gozan de la misma legalidad de los contratos típicos, siempre y cuando para su formación hayan concurrido los elementos fundamentales que le den validez en el mundo jurídico.

La diferencia entre un contrato típico y uno atípico radica en su naturaleza jurídica. Mientras en los contratos típicos la ley se ha encargado de identificar los requisitos que deben confluír para su formación y validez, siendo obligación de las partes cumplir dichos requisitos, en los contratos atípicos, por no contar con disposiciones de ley, son las partes quienes se encargan de definir su naturaleza y sus efectos.

De una manera sencilla se podría afirmar que en los contratos típicos el legislador se ha dado a la tarea de definirlos e identificar sus componentes y efectos para facilitar las relaciones comerciales y para que, de antemano, las partes conozcan las obligaciones y derechos que esos contratos generan y en ocasiones las consecuencias del incumplimiento de los mismos. En tanto que, en los contratos atípicos son las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, quienes definen e identifican los componentes y efectos del contrato, así como el régimen de derechos, obligaciones y consecuencias por el incumplimiento. Tienen entonces las partes, en los contratos atípicos, una responsabilidad mayor al momento de elaborarlos, ya que no cuentan con una referencia legal que enmarque dichos contratos.

A. Generalidades de la contratación atípica

Los contratos atípicos son la consecuencia de los tiempos modernos, en donde hemos visto una gran cantidad de cambios, motivados principalmente por la adopción mundial del concepto globalizador, que generan con mayor amplitud y frecuencia, la aparición, entre otras, de: Tecnologías innovadoras, ampliación de mercados, comunicaciones

más eficaces y rápidas que propician inevitables cambios en los estilos de vida de las personas y, consecuentemente, en sus interacciones. Este hecho provoca el nacimiento de una mayor cantidad de vínculos contractuales no previstos en los textos jurídicos tradicionales. La utilización, por parte del derecho, de nuevas figuras contractuales que regulen esas relaciones, se hace indispensable, de ahí la utilización cada día más generalizada, de la llamada contratación atípica o innominada.

La contratación atípica tienen su origen en el Derecho Romano donde, en sus primeras manifestaciones, no se le daba mayor importancia, ya que para los romanos de la época sólo era relevante aquel contrato regulado por la ley. Posteriormente, le dieron un tratamiento más amplio, llegando incluso a aceptar el criterio de que la ejecución voluntaria del convenio (contrato innominado) por una de las partes, constituía causa suficiente para obligar de forma civil a la otra. En la actualidad el aporte de la globalización y del surgimiento de las nuevas tecnologías en favor de estos contratos es haber acelerado y masificado su uso.

El contrato innominado es el índice más seguro de que la vida jurídica no se fosiliza en formas inmutables, sino que al contrario, está en constante movimiento y evolución (por ejemplo, de la venta se ha desprendido el suministro; de la locación se ha destacado el arriendo de cosas productivas, del mutuo ha surgido la apertura de crédito, el anticipo y el descuento). A las formas tradicionales jurídicas de origen romano, y gracias a la constante evolución del derecho anglosajón, se van agregando figuras contractuales que son el resultado de la vida económica moderna.

B. Características de los contratos atípicos

Según EDUARDO CHULÍA³⁵, citando a SEGOVIA, MACHADO Y SERENA, SALVAT, SPOTA, MASNATA y GASTALDI, las características básicas de los contratos atípicos son:

- Se les aplica las disposiciones generales de los hechos y actos jurídicos y de los contratos típicos con los que tengan mayor analogía.
- Se rigen por las estipulaciones de las partes.
- Se ciñen a los principios generales del derecho.
- Se guían por las normas generales de carácter imperativo.
- En aquello no previsto por las partes se les aplica la tipicidad social: Por normas, criterios y usos jurisprudenciales y de la doctrina científica.

Por tanto, los contratos atípicos, al igual que los típicos, se rigen por las estipulaciones de las partes (Autonomía de la Voluntad), por los principios generales del derecho y por normas generales de obligatorio cumplimiento (por ejemplo, normas tributarias o de seguridad nacional). La diferencia radica en que para los contratos atípicos regirían las normas establecidas para los contratos típicos análogos y la tipicidad social.

Precisamente, respecto a la tipicidad social (elemento clave distintivo de los contratos atípicos) la ley mercantil reconoce a *la Costumbre* como una fuente del derecho, siempre y cuando no contraría a la ley y los hechos constitutivos de la misma sean pú-

blicos, uniforme y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

C. El contrato de interconexión

Luego de presentar las consideraciones generales frente a los contratos típicos y atípicos la pregunta que surge es: Es el contrato de interconexión un contrato típico o atípico?

Si bien es cierto las diferentes reglamentaciones existentes en materia de Interconexión hacen referencia al contrato de Interconexión, en el sentido de que debe existir un contrato que regule la interconexión de redes, es claro que esas reglamentaciones en particular ni la ley en general han definido qué es el contrato de interconexión, ni mucho menos sus componentes básicos, el régimen de derechos y obligaciones y los efectos que produce.

A nivel mundial la normatividad en materia de Interconexión se ha dedicado a establecer las condiciones bajo las cuales debe operar la interconexión de redes, así como los derechos y obligaciones de los operadores involucrados en el proceso, estableciendo casi que de manera obligatoria la interconexión entre redes de distintos operadores, pero esa reglamentación no se ha encargado de definir e identificar al contrato de interconexión, únicamente es mencionado como el mecanismo para reglar los derechos y obligaciones de las partes.

Siendo esto así y teniendo en cuenta que los contratos típicos son aquellos definidos y caracterizados por la ley podemos responder que la naturaleza jurídica del contrato de interconexión es atípica o innominada.

Pero entonces al ser un contrato atípico se le deben aplicar las normas de los contratos típicos análogos y la tipicidad social? Y entonces surge un segundo interrogante: Cuales son esos contratos típicos análogos al contrato de interconexión y cuáles las reglas típicas sociales aplicables? Existe doctrina científica y jurisprudencia en materia de contratos de interconexión?

Estos son unos interrogantes que deben ser absueltos para identificar la naturaleza particular del contrato de interconexión, porque si bien es cierto es un contrato atípico es necesario identificar las reglas y normas bajo las cuales se debe conformar y ejecutar este contrato.

D. Contratos análogos al contrato de interconexión

Partiendo del supuesto que el contrato de interconexión es un contrato atípico y que como tal se deben aplicar las normas de contratos típicos análogos analicemos cuales serían esos contratos, recordando antes que la Interconexión es la vinculación de recursos físicos y lógicos de dos o más operadores de telecomunicaciones para el intercambio de información a través de diferentes medios de transmisión, y que el objeto del contrato de interconexión es determinar los derechos y obligaciones de las partes para el acceso, uso e interconexión entre la red del Interconectante y la red del Interconectado en lo relativo a las condiciones de carácter técnico, operativo, financiero, jurídico y comercial, con el fin de permitir el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de los servicios, de manera que los usuarios del Interconectado se puedan comunicar con los usuarios del interconectante y viceversa.

1. Contrato de Arrendamiento

Según JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO *"El arrendamiento es el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionarle a otra el uso y goce de una cosa, durante cierto tiempo, y ésta a pagar, como contraprestación, un precio determinado"*³⁶. Es un contrato bilateral, consensual, oneroso, de ejecución sucesiva, principal y nominado.

Los elementos de este contrato son la cosa o bien que cuyo goce temporal una parte otorga a la otra; el precio que el *arrendatario* debe pagar al *arrendador* y el consentimiento de las partes en la cosa y en el precio.

Teniendo en cuenta las características principales del Contrato de Arrendamiento creemos que no se asemeja al Contrato de Interconexión, ya que éste último tiene por objeto el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de los servicios, mediante la vinculación de recursos físicos y lógicos de dos o más operadores de telecomunicaciones para el intercambio de información, es decir, busca la unión de dos infraestructuras para prestar servicios de telecomunicaciones.

El Contrato de Interconexión se asemejaría al de arrendamiento si únicamente tuviera por objeto el uso de las redes del operador Interconectante y de las instalaciones esenciales por parte del operador Interconectado, pero es claro que además de eso el contrato de interconexión, como su nombre lo dice, busca la vinculación o unión de los recursos físicos y lógicos de los dos operadores. Si el objeto del contrato fuera solo el acceso y uso de la red del operador Interconectante por parte del operador Interconectado, estaríamos frente a un contrato de arrendamiento, pero como ese

no es el objeto único y básico de la Interconexión, creemos que no existe semejanza entre los dos contratos.

Con todo, no es de la esencia u objeto principal del contrato de interconexión el arrendamiento de infraestructura, física o lógica, sino la posibilidad de vincular diferentes redes para la prestación del servicio. Cuando un operador de telecomunicaciones simplemente requiera el acceso y uso de la red de otro operador, sin que medie la interconexión, puede perfectamente, a través de un contrato de arrendamiento, pactar dicho acceso y uso, como sería el caso de un operador virtual que no posea red o infraestructura propia para cursar telecomunicaciones.

Por lo demás, el Contrato de Interconexión, al igual que el de arrendamiento, es un contrato bilateral (obligaciones recíprocas para las partes), consensual (de mutuo acuerdo), oneroso (tiene un valor o precio que se debe pagar), de ejecución sucesiva (duradero en el tiempo), principal (no está vinculado a otro contrato). Sin embargo, como ya lo manifestamos el contrato de interconexión es innominado.

En el contrato de interconexión se requiere de un precio y del consentimiento de las partes, a veces forzado por el organismo de regulación, para su conformación. Creemos que en el contrato de interconexión no existe una cosa o bien que se da en arrendamiento, puesto que el objeto es la unión de recursos de las dos partes para conformar una sola infraestructura (red) de telecomunicaciones. Además, el precio que se paga en el contrato de interconexión está compuesto por varios elementos como el precio por el uso de la red y los cargos de acceso, entre otros.

2. Contrato de Compraventa

Según BONIVENTO³⁷, la Compraventa es un “contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero”.

La obligación de *dar* que contiene el contrato de compraventa no significa únicamente la simple entrega del bien por parte del vendedor al comprador, sino también la transmisión del dominio (a título de propiedad) del bien que se da. Es decir, la compraventa implica la entrega de una cosa a título traslativo de dominio, de manera que el vendedor (propietario del bien) entrega el bien y su propiedad al comprador, a cambio de una suma de dinero.

El Contrato de Compraventa es bilateral, consensual, oneroso, principal, nominado, de ejecución instantánea y de libre discusión.

Creemos que no existe semejanza con el contrato de interconexión, ya que en éste se da la unión de recursos físicos y lógicos de los dos operadores, sin que medie la entrega de una cosa, por parte de alguno de ellos al otro, a título traslativo de dominio.

La compraventa operaría en el evento en que un operador de telecomunicaciones vendiera a otro operador (a título traslativo de dominio) un segmento de red o instalaciones físicas para su funcionamiento, lo cual no incluye al concepto de interconexión.

En el contrato de interconexión no se da la entrega de un bien o cosa a título de propiedad, por lo cual no se asemeja a la compraventa.

3. Contrato de Transporte

Tomando como fundamento el artículo 981 del Código de Comercio colombiano afirmamos que “el transporte es un contrato por me-

dio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario”.

El Contrato de Transporte es bilateral, consensual, oneroso, principal o accesorio, nominado, de ejecución instantánea o sucesiva y de libre discusión.

Se asemeja en parte al contrato de Interconexión, dado que, precisamente, una de las obligaciones del operador Interconectante es transportar por su red el tráfico de comunicaciones generadas por el operador Interconectado (uso), pero no incluye la definición de contrato de transporte la unión o vínculo físico y lógico de las redes, que es la esencia del contrato de interconexión.

Tenemos entonces que, al igual que el arrendamiento, el Contrato de Transporte recoge ciertos aspectos del contrato de acceso, uso e interconexión de redes, pero sin asemejarse en sus aspectos esenciales, quizá con a excepción del uso de las redes por las cuales se trasmite o transporta información.

Si el objeto de un operador de telecomunicaciones es simplemente el transporte de comunicaciones de un lugar a otro, estaríamos frente a un contrato de transporte, pero ya hemos dicho que el contrato de interconexión abarca aspectos esenciales adicionales al transporte.

Un ejemplo típico en materia de telecomunicaciones del contrato de transporte se da en el servicio portador, ya que este servicio proporciona la capacidad necesaria para transmisión de señales entre dos o más puntos definidos de la red de telecomunicaciones sin conexión al usuario final. Es por ello que los operadores portadores actúan como “transportistas” de señales de comunicaciones.

Para efectos de cursar telecomunicaciones, la diferencia entre el contrato de arrendamiento y el de transporte radica en que en el primero se arrienda temporalmente la infraestructura necesaria para el transporte de las señales (siendo el operador el encargado del transporte), en tanto que en el segundo se entregan esas señales a un tercer operador para que el se encargue de transportarlas.

4. Contrato de Suministro

El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.

En virtud de este contrato una parte puede suministrarle a otra una cosa de manera periódica. Por ejemplo, en materia de telecomunicaciones es común acudir a este contrato para el suministro periódico de bienes que se desgastan con el paso del tiempo y deben ser reemplazos para el funcionamiento de las redes de telecomunicaciones, pero no se asemeja al contrato de interconexión.

El suministro hace referencia a la entrega de cosas o servicios para que quien las recibe las utilice según sus necesidades, por tanto no vemos semejanza con el contrato de interconexión.

El contrato de suministro solamente implica la entrega de una cosa para su uso, pero sin ser quien la suministra el responsable del uso que se le da a la misma. Por ejemplo, puede darse el suministro de una red, pero ello no conllevaría a una relación comercial por el uso de la misma, ya que para que medie una relación comercial en el uso de la red se requeriría de un contrato

de arrendamiento o del contrato de interconexión.

5. Contrato de Mandato

Según BONIVENTO³⁸ "El mandato es un contrato en virtud del cual una parte llamada mandante, encarga a otra, llamada mandataria, la gestión de uno o más negocios, por cuenta y riesgo de la primera". En este contrato opera la representación, según la cual lo que una persona ejecuta en nombre de otra, estando facultada para ello, produce, respecto del representado, iguales efectos que si hubiere contratado él mismo.

El mandato es un contrato para conferir poder a otra parte para que haga algo, que en nada se asemeja a la esencia del contrato de interconexión.

6. Contrato de Comodato

Desde el Derecho Romano es conocida la figura del préstamo de uso. Surgía cuando entre amigos o vecinos se entregaba una cosa no consumible para que usaran de ella, a título gratuito, con la obligación de restituirla. Revestía el carácter de *intuitu personae*.

Tanto el Código Napoleónico, como el Código Civil chileno, acogieron, en su esencia y forma, el comodato tal como lo regló el Derecho Romano. Por su parte, nuestro Código Civil, en su artículo 2200, siguió esa trayectoria definiéndolo como el contrato en que "una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso"³⁹.

Es característica esencial del comodato entregar una cosa a otro para que la disfrute gratuitamente con la obligación de devolverla después de cierto tiempo. Entonces, no

vemos semejanza alguna con el contrato de interconexión, aunque bien podría suceder que dentro de un contrato de interconexión las partes pacten la entrega en comodato de ciertos bienes, analizando, en todo caso, hasta que punto la gratuidad podría afectar la libre competencia en el sector. De todas formas consideramos que el contrato de comodato no se asemeja al contrato de interconexión, dado que el primero busca el disfrute temporal de un bien a título gratuito y el segundo pretende la unión de dos infraestructuras de telecomunicaciones..

Visto los anteriores contratos encontramos que el Contrato de Interconexión no es análogo a otro tipo contractual, recoge en algunos aspectos elementos de otros contratos, pero no se asemeja por completo a cualquiera de ellos.

Es por ello que afirmamos que el Contrato de Interconexión es un contrato *sui generis*, es decir con características especiales frente a los contratos típicos establecidos por la legislación civil o comercial y hasta tanto sea tipificado o nominado, lo elementos que concurrirán a su formación serán los que establezcan voluntariamente las partes.

Si bien es cierto es un contrato *sui generis* sin contar con uno similar, si es un contrato que por el desarrollo de la tecnología ha adquirido elementos propios de las telecomunicaciones que hace que cuente con unas reglas típicas aplicables. Esas reglas típicas aplicables devienen de las recomendaciones que a nivel internacional han promulgado y recomendado organismos como la OMC, UIT, CITEL o la Unión Europea, las cuales se han incorporado o han sido desarrolladas por los reglamentos de telecomunicaciones en general y de interconexión en particular promulgados por cada país.

Estos reglamentos recogen elementos que las partes en la interconexión (interconectante e Interconectado) deben observar e implementar en sus acuerdos de interconexión. De manera tal, que el contrato de interconexión, en alguna medida, pretende desarrollar las normas de obligatorio cumplimiento que los organismos de regulación han promulgado en aras de favorecer la competencia en el mercado, vía la interconexión.

Por ello, en este caso la tipicidad social de los contratos de interconexión esta configurada por las normas y recomendaciones expedidas por los organismos internacionales y a su vez desarrolladas por los organismos nacionales de regulación

De igual manera, gran parte de esas recomendaciones a su vez han sido el fruto del trabajo de la doctrina científica especializada y en alguna medida de la jurisprudencia emitida.

A manera de conclusión sobre este punto, afirmamos que el Contrato de Interconexión es un contrato atípico o innominado, ya que no cuenta con definiciones legales que incorporen sus elementos esenciales, siendo por tanto un contrato *Sui generis* o especial. Con todo, el contrato de interconexión se ha ido formando y perfeccionando gracias a la tipicidad social existente en la materia, tomando como fundamento las recomendaciones y reglas emanadas de los organismos internacionales (OMC, UIT, CITEL, Unión Europea) y al desarrollo que de las mismas han hecho los organismos nacionales de regulación.

VII. EFECTOS JURÍDICOS DEL CONTRATO DE INTERCONEXIÓN

Los contratos están dirigidos a regular los

derechos de las partes por medio de las relaciones jurídicas establecidas, siendo el contrato la causa fuente de efectos obligacionales que otorga al acreedor el derecho a exigir la satisfacción de las obligaciones pactadas⁴⁰. Es por ello que tradicionalmente se ha afirmado que el "*contrato es ley para las partes*", las cuales deben cumplir sus obligaciones, teniendo la parte cumplida el derecho de reclamar aquello que le adeude la incumplida, puesto que ha sido el fruto de la autonomía de la voluntad de las partes.

Si bien es cierto, en muchas ocasiones los contratos de interconexión son el fruto de la imposición del organismo regulador (cuando no ha habido acuerdo directo entre las partes) no debe perderse de vista, como lo afirma JORGE MOSSET ITURRASPE, que "*puede afirmarse, en consecuencia, que el principio de la autonomía de la voluntad con su correlativa fuerza vinculante, va siendo sustituido en el derecho contemporáneo por el de sujeción de la actividad humana a los imperativos de la interdependencia y solidaridad social, creados por la división del trabajo y la comunidad de necesidades*"⁴¹, en donde lo que prima es el interés general frente al interés particular. Es común hoy en día, gracias a los avances tecnológicos, a la globalización y por sobre todo a la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas de la población, que muchos de los negocios jurídicos que se dan en el mundo comercial se hagan coaccionados por la necesidades de satisfacer el interés general de la comunidad, en donde la Autonomía de la Voluntad cede terreno a la primacía del interés general, por lo menos para la formación del contrato.

Los contratos tienen como efecto principal garantizar el cumplimiento de las prestaciones u obligaciones pactadas por cada

parte, debiendo cada una de ellas dar, hacer o no hacer lo que haya comprometido.

En materia de Interconexión, el contrato genera los siguientes efectos para las partes:

1. *Para el Interconectante (operador establecido)*

- Otorgar la interconexión de su red con la red del Interconectado.
- Otorgar el acceso y uso de su red al interconectado.
- Otorgar el acceso y uso a sus instalaciones esenciales.
- Otorgar los servicios adicionales.
- Pagar los cargos de acceso, uso e interconexión al Interconectado (cuando sea del caso).

2. *Para el Interconectado (operador entrante)*

- Utilizar adecuadamente la red del Interconectante sin causar interferencias perjudiciales.
- Pagar los cargos de acceso, uso e interconexión al Interconectante, así como los cargos por uso de instalaciones y servicios adicionales.

De esta manera, el efecto principal del contrato de interconexión será el cumplimiento de las obligaciones establecidas, las cuales únicamente podrán ser incumplidas cuando se presenten situaciones de fuerza mayor o caso fortuito definidas por la ley, o cuando los contratantes estén frente a una causal de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido), según la cual el contratante

no está obligado a cumplir el contrato cuando el co-contratante ha incumplido sus obligaciones⁴².

Como en cualquier contrato, cuando una de las partes ha incumplido con sus obligaciones y la otra exige el cumplimiento de los efectos del contrato, las partes podrán acudir al Jurisdicción Civil o Contencioso Administrativa (según las normas de cada país) a exigir, por la vía judicial, el cumplimiento del contrato, debiendo acatar la sentencia final cuando esta haya hecho tránsito a cosa juzgada. Igualmente, si las partes lo han establecido y la legislación lo prevé, las partes podrán acudir a Tribunales de Arbitramento, conformados por particulares, para dirimir los conflictos que se presenten en la ejecución del contrato.

Sin embargo, es común en materia de telecomunicaciones y de interconexión en particular que la reglamentación establezca que en caso de conflicto entre las partes éstas puedan acudir al organismo de regulación para dirimir sus controversias. En estos casos las reglamentaciones prevén que el ente regulador puede actuar como mediador, conciliador o arbitro entre las partes.

En la mediación, el organismo regulador sencillamente actúa como un acercador de las partes, para que sean estas quienes directamente diriman su conflicto. Aquí el papel del regulador se limita a acercar a las partes en la búsqueda de una pronta solución. En la conciliación, el organismo regulador actúa como un tercero encargado de buscar una solución justa para las partes, debiendo lograr que cada una ceda en parte a sus aspiraciones en pro de un acuerdo negociado. Por último, cuando la reglamentación le ha otorgado poderes de arbitro al organismo regulador, éste actúa con plenas

facultades para dirimir el conflicto, siendo de su competencia estudiar en derecho el conflicto presentado y fallarlo.

Es recomendable acudir siempre al organismo de regulación para dilucidar los conflictos que se presenten entre los operadores de telecomunicaciones, bien sea para que actúe como mediador, conciliador o arbitro, ya que es quien posee la experiencia y el conocimiento suficiente sobre telecomunicaciones, reduciendo ostensiblemente los costos de transacción frente a la Jurisdicción, dado que ésta no cuenta con el experticio necesario para cuestiones de tipo técnico en telecomunicaciones.

Quizás la única falencia que presentan la gran mayoría de regímenes legales en materia de las competencias del organismo regulador es que, al ser éste, usualmente, una dependencia del poder ejecutivo de la Administración, las decisiones que profiere tienen el carácter de actos administrativos y por tanto están sujetos al control jurisdiccional. Es decir, las decisiones que emiten los organismos de regulación pueden ser revisadas por el Juez Contencioso Administrativo, con lo cual se pierde —de algún modo— la especialidad y eficiencia del organismo de regulación en la toma de decisiones.

VIII. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA OFERTA DE INTERCONEXIÓN DE REFERENCIA (OIR)

La OIR “Es el proyecto de negocio que un operador pone en conocimiento general y que contiene los elementos esenciales para la interconexión”⁴³.

La OIR es un desarrollo de la Unión Europea a través de las Directivas emanadas para la Interconexión desde 1997, cuya fi-

gura ha sido acogida por varios reglamentos de interconexión americanos.

Como lo define la CRT de Colombia, la OIR tiene como finalidad que el operador establecido o incumbente ponga a disposición de los interesados los aspectos técnicos, jurídicos, financieros y comerciales bajo los cuales está dispuesto a ofrecer la Interconexión.

Generalmente, son los operadores con cierto dominio del mercado (operador con Poder Significativo en el Mercado) quienes tienen la obligación de ofrecer una OIR a los demás operadores.

Si bien no es una condición *sine qua non*, es general que los operadores que ofrecen una OIR son aquellos que cuentan con esa obligación por disposición normativa, expedida por el organismo de regulación.

Tomando como ejemplo la OIR de *Telefónica de España*⁴⁴ encontramos que los elementos que contiene dicha oferta son:

- Aspectos introductorios
- Servicios de interconexión de tráfico conmutado
- Oferta de centrales abiertas a la interconexión.
- Niveles de interconexión.
- Servicios básicos finales garantizados en la interfaz de interconexión.
- Otros servicios.
- Características técnicas básicas del servicio de conexión a la red de Telefónica de España.
- Consolidación y facturación.
- Interconexión por capacidad.
- Unificación del intercambio de información entre operadores relativa a la interconexión.
- Sistema de gestión de interconexión.
- Precios de los servicios de interconexión a la red de telefónica de España.
- Precios de otros servicios.

- Acuerdo estándar de interconexión de redes: Procedimiento de consolidación, facturación y pago.
- Especificaciones de intercambio electrónico.
- Glosario de términos.
- Minuta del contrato tipo de Interconexión.

Este pequeño ejemplo de los temas que puede contener una OIR nos sirve para determinar que la Oferta contiene prácticamente todos los aspectos que regularán la Interconexión entre las partes, incluso adicionando la minuta del contrato de interconexión que suscribirán las partes.

Por tanto, es importante señalar la naturaleza y los efectos de una OIR frente a los operadores involucrados.

A. Noción y elementos de la Oferta

El artículo 845 del Código de Comercio de Colombia preceptúa que

La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.

En consecuencia, la oferta debe contener los elementos esenciales del contrato ofrecido, de manera que para su celebración sólo falte la aceptación del destinatario.

Los elementos esenciales del negocio que debe contener la oferta, son aquellos indispensables para su existencia, pues la falta de uno de ellos podría impedir que el negocio nazca o hacer que se convierta en otro del cual tenga todos sus elementos⁴⁵.

La oferta debe incluir los siguientes aspectos: a) Ser emitida con la intención de obligarse el oferente contractualmente; b) Ser concreta, de tal manera que contenga todos los elementos esenciales necesarios para la suscripción del contrato; c) Ser dirigida a la persona con la cual el oferente quiere ejecutar el contrato⁴⁶.

La Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre Venta Internacional de Mercancías de 1980 (art. 14.1) establece que

la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituye una oferta siempre que sea suficientemente precisa y si indica la voluntad de quien la hace de obligarse en caso de aceptación.

Por su parte, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha considerado que la oferta,

para su eficacia jurídica ha de ser firme, inequívoca, precisa, completa, acto voluntario del oferente, y estar dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento. Ello significa, entonces, que para que exista oferta se requiere voluntad firme y decidida para celebrar un contrato, lo que la distingue de los simples tratos preliminares, en los que de ordinario esa voluntad con tales características todavía está ausente; y, al propio tiempo, ha de ser tan definida la voluntad de contratar por quien lo hace, de manera tal que no ha de aparecer duda de ninguna índole de que allí se encuentra plasmado un proyecto de contrato revestido de tal seriedad que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquel o aquellos a quienes va dirigida, lo que necesariamente supone que

en ella han de estar contenidos, cuando menos, los elementos esenciales del contrato propuesto⁴⁷.

En síntesis, la oferta puede ser entendida como una manifestación de voluntad unilateral, suficientemente precisa, firme y desprovista de equívocos para que la aceptación de su destinatario sea suficiente para formar el contrato⁴⁸.

Por ello, el oferente no puede retractarse antes del término establecido legalmente o implícitamente en virtud de los usos o de la naturaleza del negocio y por tanto el destinatario de la oferta, con la simple aceptación de la misma, podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el oferente y si esto no se da, podrá exigir la indemnización de perjuicios.

Si bien es cierto, la oferta es considerada como una etapa pre-contractual, una vez aceptada por el destinatario, el oferente está obligado a cumplir con lo ofrecido. Con todo, si el oferente se retracta de cumplir lo ofrecido, el destinatario, si no le interesa la indemnización de perjuicios, podrá exigir la celebración forzada del contrato.

De manera tal, que el plazo de la oferta es esencial para las partes, ya que será el que señalara el tiempo durante el cual el oferente debe estar presto a cumplir las obligaciones establecidas en la oferta.

Ahora, el destinatario de la oferta tiene la obligación, para exigir el cumplimiento de la misma por parte del oferente, de aceptarla, bien sea explícita o tácitamente. La aceptación de la oferta debe ser pura y simple y corresponder a lo que se está ofreciendo, debe ser dirigida al oferente y llevar consigo el propósito de celebrar el contrato. Como se ha dicho debe ser aceptada dentro del plazo establecido. Una vez el destina-

rio de la oferta manifieste su aceptación se dará paso a la celebración del contrato, bajo las mismas condiciones señaladas en la oferta.

Es importante tener en cuenta que la aceptación debe ser pura y simple; es decir sin condicionamientos, limitaciones o modificaciones, puesto que si éstas se presentan, serán consideradas como una nueva oferta o contraoferta.

Sobre el particular es común que las legislaciones mercantiles o civiles de los diferentes países incorporen lo señalado por la Convención sobre Venta Internacional de Mercancías, la cual dispone en su artículo 19 que:

"1. La respuesta que pretenda ser aceptación de una oferta, pero que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se considera como un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta.

2. Sin embargo, una respuesta que pretenda ser la aceptación de una oferta, pero que contenga elementos complementarios o diferentes que no alteren sustancialmente los términos de la oferta, constituye aceptación, a menos que el oferente, sin retardo injustificado, señale verbalmente las diferencias o envíe un escrito al respecto. Si no lo hace, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones señaladas en la aceptación.

3. Los elementos complementarios o diferentes relativos especialmente al precio, al pago, a la cantidad y calidad de las mercancías, al lugar y al momento de la entrega, al alcance de la responsabilidad de una parte respecto de la otra, o a la solución de conflictos, se consideran que alteran sustancialmente los términos de la oferta".

Por tanto, es de la esencia de la oferta la aceptación del destinatario bajo las condiciones ofrecidas por el oferente. "Al respec-

to se ha dicho que la formulación de una contrapropuesta hace caducar la oferta, cuando aquella exprese un rechazo inequívoco y definitivo de ésta. A esta conclusión parece haberse llegado al considerar que la aceptación que contiene modificaciones a la oferta es al mismo tiempo rechazo de esta y nueva oferta que debe aceptar el oferente inicial. Por esto se ha considerado que la oferta original pierde toda eficacia, de manera que puede ser revocada o, en todo caso, ya no puede ser objeto de una aceptación pura y simple para perfeccionar el contrato. Diversos autores franceses e ingleses apoyan esta posición, sin que haya unanimidad, por cuanto otros consideran que no se ve imposibilidad —ni lógica, ni jurídica— para que las dos ofertas coexistan, pudiéndose formar el contrato mediante la conciliación de ambas o por la ulterior aceptación pura y simple de una de ellas⁴⁹.

B. Aspectos adicionales a tener en cuenta en la Oferta

Además de los señalados, existen otros aspectos que en materia comercial o mercantil deben observarse en el desarrollo o presentación de la oferta. Ellos son:

1. *Caducidad de la oferta.* La oferta puede ser aceptada hasta la expiración del plazo fijado o de un plazo implícito razonable. Cuando en la oferta no se establece plazo alguno, podrá aceptarse mientras no sea revocada por el oferente.

2. *Retiro de la aceptación de la oferta.* Una vez el destinatario de la oferta haya manifestado, por cualquier medio, su aceptación, ésta solo podrá ser retirada con tal que el retiro llegue al oferente antes de la aceptación o simultáneamente con ella.

3. *Celebración del contrato.* El contrato se considera celebrado en el domicilio del oferente y en el momento en que él recibe

la aceptación de su oferta. En el evento en que el contrato sea solemne o requiera de alguna formalidad (por ejemplo ser registrado ante el organismo de regulación o aprobado por éste, como sucede en materia de interconexión), el mismo se considerará celebrado a partir del momento en que haya cumplido con la formalidad.

4. *Formalidades Convencionales.* Es sabido que los particulares, en ejercicio de la autonomía de la voluntad de la cual disponen, en cualquier momento pueden establecer que el contrato quede sujeto a ciertas formalidades o condicionamiento, siempre y cuando no transgredan el orden público. Por tanto, cuando en el curso de las negociaciones uno de los intervinientes indique que el contrato no se entenderá celebrado sino una vez que haya acuerdo sobre determinados puntos específicos o se adopte determinada forma, el contrato no se considerará celebrado mientras no se cumplan tales requisitos. Con todo, en cualquier momento los interesados podrán hacer caso omiso de ellos por medio de declaración o de conducta concluyente.

5. *Condicionamientos a posteriori.* Es probable que la oferta no reúna todos los elementos o aspectos que el destinatario requiere para su plena aceptación. Por ello, es viable que las partes celebren el contrato dejando a decisión posterior, de las mismas partes o de un tercero, los aspectos que no hayan establecido al momento de celebrar el contrato.

6. *Confidencialidad.* En el evento de presentarse negociaciones entre las partes, tendientes a modificar alguna de las condiciones de la oferta, se recomienda establecer cláusulas de confidencialidad sobre los temas que las partes acuerden.

C. La Oferta de Interconexión de Referencia (OIR)

Presentadas las características básicas de la Oferta, decimos que la OIR es un documento que los operadores de telecomunicaciones ponen a disposición de los operadores interesados en interconectarse a su red, en donde se contienen los aspectos bajo los cuales operaría la interconexión, siendo de obligatorio cumplimiento para el operador que la ofrece (oferente) garantizar las condiciones ofrecidas a partir del momento en que el operador interesado en interconectarse (destinatario) acepte la oferta presentada.

De tal manera, que la OIR es un proyecto de negocio jurídico que deberá celebrarse a partir de la aceptación del operador interesado en interconectarse, sin que sea posible la retractación del operador que la haya ofrecido, so pena de indemnizar los perjuicios causados o verse compelido a celebrar el contrato.

En esta materia, los operadores deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. *Elementos esenciales de la Oferta:* Al momento de analizar los elementos básicos del contrato de interconexión manifestamos que es de la esencia de este contrato los sujetos o partes, el objeto, las obligaciones de cada parte, el valor o la cuantía y las demás cláusulas accesorias o accidentales.

Dado que la finalidad de la OIR es presentar las condiciones bajo las cuales el oferente está dispuesto a otorgar la Interconexión, éste debe en el escrito que contenga la OIR manifestar claramente los elementos esenciales que a posteriori —una vez el destinatario haya manifestado su aceptación— conformarán el contrato, en especial las partes contratantes, el objeto, las prestaciones u

obligaciones reciprocas, el valor del contrato y las demás condiciones que se requieran para su ejecución.

De hecho, es común que la OIR presente o contenga la minuta del contrato de interconexión a suscribirse una vez se haya dado la aceptación del destinatario, en este caso el operador interesado en interconectarse.

Es así como, los elementos que hemos presentado en este documento como esenciales o recomendables para el contrato de interconexión, deberán estar presentes en el escrito que contenga la OIR.

2. *Acto voluntario:* Es de la esencia de la Oferta, como proyecto de negocio jurídico, y de los contratos en general, la autonomía de la voluntad para obligarse con la oferta o para contratar. Conforme con el principio universal de la *Autonomía de la Voluntad* nadie está obligado a comprometerse con actos que no desea, de manera que es el libre concurrir de las partes el hecho determinante para el surgimiento y la formación de las obligaciones.

Sin embargo, la Autonomía de la Voluntad no es un principio pleno y sin límite alguno. A pesar que la autonomía de la voluntad es uno de los elementos claves para el surgimiento de las obligaciones, en muchas ocasiones ese principio se ve desplazado por otro de mayor jerarquía como lo es el Principio de *Prevalencia del Interés General*, según el cual el beneficio de una comunidad o grupo de personas es mucho más importante que el beneficio de un particular.

Es así como, en muchas ocasiones los particulares se ven obligados a realizar actos en favor del interés general, los cuales no realizarían bajo su propia autonomía de la voluntad. Por ejemplo, la imposición de servidumbres sobre los bienes inmuebles

para permitir el paso de un tercero (servidumbre de paso), la expropiación de bienes inmuebles para la construcción de vías o carreteras, la adquisición obligatoria de bonos del Tesoro Nacional para financiar al fisco, etc.

En estos casos, los particulares –por disposición legal⁵⁰– se ven constreñidos a realizar actos en favor del interés general, dejando de lado su autonomía para obligarse, ya que un valor superior los ha obligado a ello.

Es el caso que se presenta en materia de Interconexión de Redes de Telecomunicaciones, en donde uno o varios operadores se ven obligados a ofrecer sus redes para la interconexión, en aras de garantizar el interés general de la comunidad de comunicarse entre sí, dado que la negación de interconexión cercenaría el derecho a la comunicación con el que cuenta una comunidad.

Es así como, en materia de Interconexión de Redes de Telecomunicaciones no opera plenamente el principio de la Autonomía de la Voluntad, al menos para el surgimiento de la obligación, dado que la ley o los reglamentos de interconexión de antemano han establecido que la Interconexión debe otorgarse de manera obligatoria (siempre y cuando sea viable en lo técnico como en lo económico)⁵¹.

En consecuencia, la OIR que ofrece el operador generalmente no es un acto voluntario del mismo, sino la consecuencia de la imposición obligatoria que sobre el particular ha hecho el legislador o el organismo de regulación. Con todo, no significa ello que la oferta no sea válida, sino que el origen de la misma no es el acto voluntario de las partes sino la ley o el reglamento en aras de salvaguardar el interés general.

3. *Plazo*: Es de la esencia de la oferta comercial la fijación del plazo o periodo de tiempo durante el cual el oferente se compromete a cumplir con lo establecido en dicha oferta sí el destinatario la acepta. El plazo puede ser aquel que el oferente haya fijado de manera explícita o cuando ello no ha sucedido el que la costumbre o el alcance de la oferta requiera para su vigencia.

En materia de la OIR debe fijarse un periodo durante el cual estará en vigencia la misma, para que así el destinatario cuente con la seguridad jurídica del momento hasta el cual podrá aceptar dicha oferta. Sin embargo, la pregunta que surge es: ¿Cuál es el plazo establecido o recomendable para la vigencia de la OIR?

Una solución podría ser que la legislación o reglamentación en materia de Interconexión estableciera de antemano la periodicidad mínima de duración de la OIR o la otra, que el mismo operador que la ofrece establezca directamente en la OIR el plazo de vigencia de la oferta.

En todo caso este aspecto es importante porque un periodo pequeño de vigencia puede generar incertidumbre en el mercado, ya que el operador interesado en interconectarse estará a la espera de una mejor oferta y el que la ofrece a la espera de que las ventajas que la ley o la reglamentación ofrecen al operador entrante disminuyan. Ahora, un plazo muy prolongado puede ser perjudicial para el operador interesado o destinatario de la oferta, dado que la tecnología avanza constantemente, pudiendo generar mejores condiciones de interconexión, y para el oferente sería perjudicial en la medida que tampoco podría adaptar su red a las nuevas condiciones tecnológicas.

La experiencia ha demostrado que los oferentes de la OIR establecen que la misma

será revisada anualmente a menos que la legislación sea modificada previamente, en cuyo caso la OIR deberá adecuarse a las nuevas condiciones legales. En todo caso, si las revisiones de las OIR son anuales (es decir, el plazo es de un año), estas revisiones no podrán menoscabar las condiciones y los derechos que la ley y el reglamento hayan reconocido en favor de los operadores entrantes al mercado.

En consecuencia, siempre deberá existir una OIR para los interesados en interconectarse, la cual –según la experiencia– será revisada anualmente por el operador que la ofrece, en cuyas revisiones no podrá menoscabar los derechos y obligaciones fijados para las partes por los reglamentos de interconexión o la ley.

4. *Aceptación de la oferta:* Se ha considerado que la aceptación de la oferta, por parte del destinatario, deber ser pura y simple, es decir sin sujeción a condicionamiento alguno, con lo cual se entendería que la respuesta del destinatario debería limitarse a dar un sí de aceptación sin ser posible sugerir modificación alguna, ya que esta se consideraría como una contraoferta.

Creemos que la interpretación estricta de la aceptación de la oferta sería esa, es decir que el destinatario debería limitarse a responder si o no (mas aún cuando esa pareciera ser la conclusión que se obtiene de la lectura del artículo 19 –presentado en el aparte anterior– de la Convención sobre Venta Internacional de Mercancías).

Sin embargo, en materia de Interconexión de Redes en concreto surge la inquietud acerca de sí el operador interesado en interconectarse puede solicitar modificaciones a la OIR presentada por el operador establecido. En principio podría afirmarse que no, dado que la OIR fue revisada y aprobada

por el organismo de regulación y fue inscrita en el registro que para el efecto llevan esos organismos, teniendo en cuenta que los diferentes reglamentos establecen la obligación de presentarse a aprobación del organismo de regulación las diferentes OIR.

Con todo, creemos que como en cualquier negocio jurídico impera la autonomía de las partes para el surgimiento de los contratos, por lo cual estas de mutuo acuerdo podrían modificar en el contrato las condiciones previstas en la oferta, si con ello no se afecta el interés público, derechos de terceros operadores o transgrede las normas sobre interconexión. Pero, el interrogante mayor es: Hasta que punto el operador interesado en interconectarse puede solicitar la modificación de la OIR si el oferente no lo desea?

Sobre este punto consideramos que si el oferente de la OIR se niega a la modificación, la misma únicamente podría modificarse a instancias del organismo de regulación si tiene competencia para ello y en el entendido que realmente las condiciones de la OIR ofrecida son perjudiciales para el operador entrante. De allí la importancia que el organismo de regulación sea juicioso al momento de aprobar o inscribir la OIR sometida a su consideración, ya que de ello dependerá en gran medida evitar posibles inconvenientes que se presenten a futuro en el campo de la interconexión.

En todo caso, si se presentan modificaciones a la OIR inicial en los aspectos esenciales de la misma, como pueden ser los relativos al precio, al pago, a la cantidad y calidad de la interconexión, a los puntos de entrega y a las responsabilidades de cada una de las partes, se estaría en presencia de una nueva OIR –tal como lo establece el artículo 19 de la Convención sobre Venta In-

ternacional de Mercancías— y en este caso (al ser la OIR ofrecida a un público en general) las condiciones modificadas deberían plasmarse en una nueva OIR para todo el público.

Para evitar esos inconvenientes y dado que las OIR deben cumplir con el plazo señalado se recomienda:

- Ser estudiosos al momento de elaborar la OIR para no involucrar aspectos que sujeten discusiones a futuro.
- Elaborar OIR generales, sin entrar en detalles innecesarios, incluyendo únicamente los aspectos que la reglamentación ha considerado obligatorios o necesarios para la configuración del contrato, de manera que se deje un margen de negociación para las partes.
- Un análisis detallado por parte del organismo de regulación al momento de estudiar la OIR puestas a su consideración.
- Establecer plazos prudenciales (un año por ejemplo) de vigencia de las OIR, para que todos los nuevos aspectos que se presenten sean estudiados e incorporados en las revisiones anuales previas a la publicación de la nueva OIR.

En conclusión, la OIR podrá modificarse previo mutuo acuerdo de las partes o a instancia del organismo regulador. Si se modifican los elementos esenciales estaríamos frente a una nueva OIR que deberá ser ofrecida al público en general.

5. *Formalidades convencionales*: Teniendo en cuenta que para la celebración del contrato basta la aceptación a la oferta por parte del destinatario y que el contrato debe recoger los aspectos contenidos en la oferta, es necesario precisar hasta que punto el

contrato de interconexión requiere de alguna formalidad adicional o si con la simple aceptación que a la oferta dé el destinatario se entiende celebrado el contrato.

En primera instancia es necesario aclarar que por regla general los contratos de interconexión están sujetos a la aprobación del organismo de regulación, con lo cual la simple aceptación de la oferta no es suficiente para la ejecución del contrato. La aceptación de la oferta da lugar a la celebración del contrato, pero su ejecución esta sujeta a la aprobación que sobre el contrato otorgue el organismo de regulación.

De igual forma, las partes pueden acordar que el contrato empezará a regir posterior al cumplimiento de ciertas condiciones, por ejemplo estudios técnicos que determinen los puntos requeridos para la interconexión, con lo cual se incluyen formalidades convencionales que impiden la ejecución inmediata del contrato, una vez aceptada la oferta.

Al ser la interconexión un aspecto meramente técnico y dado que se recomienda no agotar todos los aspectos de la contratación en la OIR, en muchas ocasiones la ejecución del contrato de interconexión quedará sujeto a la definición de aspectos necesarios para configurar el contrato, por lo cual la simple aceptación de la OIR no será suficiente para la ejecución de las obligaciones allí establecidas, a menos que de entrada todas las condiciones hayan sido fijadas plenamente por el oferente en la OIR.

IX. CONCEPTO DE SERVIDUMBRE DE INTERCONEXIÓN

Desde el derecho romano la servidumbre es un gravamen impuesto a un bien en utilidad de un tercero o de una persona distinta al

propietario de ese bien. Se constituye en una limitación al derecho de dominio, en la medida en que una persona diferente al propietario o poseedor puede disfrutar de ese bien o parte del mismo pagando una remuneración por el uso.

El fundamento de las servidumbres radica en la posibilidad de utilizar un bien (generalmente inmueble o raíz) de un tercero para adelantar una actividad comercial o pública o satisfacer los intereses de un particular (servidumbre privada) o de una comunidad (servidumbre pública).

Las servidumbres pueden ser públicas (o también denominadas administrativas) o privadas. Las privadas son las que rigen las relaciones entre los particulares y usualmente están reglamentadas en el Código Civil, en tanto que las públicas son las limitaciones impuestas por la ley al dominio o propiedad de una persona en favor del interés general.

Las servidumbres privadas son acordadas directamente entre las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, pudiendo ser interpuestas por el Juez en el evento en que no haya sido posible un acuerdo directo de las partes. En las servidumbres particulares (y en algunas ocasiones en las públicas) existe un predio sirviente, el que sufre el gravamen y un predio dominante, el cual reporta la utilidad. Con respecto al predio dominante, la servidumbre se llama activa, y con respecto al predio sirviente, se llama pasiva. El ejemplo típico de una servidumbre predial se da cuando un bien inmueble no tiene acceso directo a la vía pública (predio dominante) y debe solicitar al predio que si la tiene (predio sirviente) un espacio para transitar a la vía pública.

Las servidumbres públicas o administrativas tienen como finalidad satisfacer el interés general y son impuestas a los

particulares para la realización de una obra pública que beneficie a la comunidad. A manera enunciativa podemos enumerar las siguientes diferencias entre las servidumbres de derecho privado y las servidumbres administrativas:

a. La servidumbre administrativa se fundamenta en el interés público; la privada en el interés particular.

b. La servidumbre administrativa no presupone un predio dominante; la privada si lo presupone.

c. La servidumbre administrativa está fuera del comercio (dado que es impuesta por una autoridad en favor de la comunidad); la privada tiene como función facilitar el comercio entre particulares y en general satisfacer intereses particulares.

d. La servidumbre administrativa puede ser activa, es decir, puede consistir en una obligación de hacer a cargo del dueño del predio sobre el que esté constituida; la privada implica obligaciones de no hacer o dejar de hacer en favor del titular de la servidumbre, pero nunca obligaciones positivas o activas a cargo del que sufre la servidumbre.

e. La servidumbre administrativa tiene su origen en la ley y se impone por acto administrativo; la privada, aunque puede tener origen en la ley (servidumbres legales), no se impone mediante acto administrativo, sino mediante negocio jurídico o decisión judicial.

En materia de interconexión de redes de telecomunicaciones decimos que estamos frente a una servidumbre cuando el operador interconectante ha suministrado el acceso y uso de su red al operador interconectado, compartiendo el uso de la red.

Cuando hacíamos referencia a la naturaleza jurídica del contrato de interconexión no nos referimos a la servidumbre, porque ésta no es un contrato, sino un gravamen o limitación impuesta a un predio o bien que puede generar un contrato.

En materia de telecomunicaciones la servidumbre de interconexión puede ser acordada directamente entre las partes, en cuyo caso sería una servidumbre particular, cuya relación se plasmaría en un contrato de acceso y uso de red. Sin embargo, también puede darse la servidumbre administrativa, cuando es impuesta por el organismo de regulación al no haber mediado acuerdo directo entre las partes.

X. CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS Y EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE IMPOSICIÓN DE SERVIDUMBRE DE INTERCONEXIÓN

Por regla general cuando no se da un acuerdo entre los particulares para la imposición de una servidumbre, estos acuden a un Juez Civil de la República para que la imponga de manera obligatoria. En tratándose de Interconexión de redes de telecomunicaciones la competencia para la imposición de la servidumbre de interconexión la tiene el organismo de regulación, el cual la impondrá si después de un tiempo prudencial (de treinta a noventa días) las partes no han acordado directamente las condiciones de la servidumbre de interconexión.

Repetimos, hacemos referencia al concepto de Servidumbre bajo el entendido que es una limitación al uso de un bien previsto en el Código Civil y en las normas que rigen a las entidades públicas. Sin embargo, aclaramos que en algunos países no se usa la denominación de "Servidumbre" sino la

de imposición obligatoria de interconexión, pero los efectos son exactamente los mismos.

Al ser impuesta la Servidumbre de interconexión por una entidad administrativa del Estado (organismo de regulación) tenemos que la servidumbre es Administrativa, debiendo cumplir - para su expedición - los requisitos establecidos en la normatividad para la configuración y validez de los actos administrativos y de las servidumbres administrativas en particular. De todas formas, la posibilidad de imponer servidumbres administrativas debe -creemos que necesariamente- estar prevista en la ley (no es suficiente que este prevista en el reglamento), puesto que se imponen limitaciones al dominio y al derecho de propiedad que generalmente son derechos amparados constitucionalmente.

La ley ha previsto la imposición de servidumbres para bienes afectos a la prestación de un servicio público, es decir, para aquellos bienes que se requieren para satisfacer necesidades de una comunidad. En materia de telecomunicaciones, éstas están afectas a la prestación de un servicio público por lo cual de alguna manera se facilita la imposición de la servidumbre. Ello a pesar que algunas legislaciones no han previsto el carácter de servicio público de las telecomunicaciones, pero sin han establecido facultades de limitación al derecho de dominio sobre la infraestructura necesaria para la prestación del servicio.

La noción de servicio público, fundamento de las servidumbre, trasciende las concepciones clásicas intervencionistas, abstencionistas, neoliberales, socialistas, etc. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado cuyo cometido esencial es el

cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia de la persona. Por ello es deber del Estado garantizar la correcta prestación de los servicios públicos, de manera que la comunidad cuente con la posibilidad de recibir servicios con calidad, eficiencia y a precios razonables.

De tal manera que en el campo de las telecomunicaciones, la interconexión es fundamental para garantizar la competencia en el mercado, ya que la competencia basada en la construcción de infraestructura propia por parte del operador entrante puede resultar costosa, generando capacidad de red ociosa. Además como lo hemos sostenido, la interconexión es simplemente un medio para garantizar la competencia y esta es el camino adecuado para elevar la calidad de vida de los usuarios, puesto que en competencia el usuario recibirá más y mejores prestaciones de telecomunicaciones, contando con la posibilidad de acudir a una gama de diferentes operadores que satisfagan sus necesidades de comunicación.

Por tanto, si la Ley así lo ha previsto el organismo de regulación cuenta con las facultades necesarias para imponer de manera obligatoria la Interconexión entre las partes, cuando estas no han llegado a un acuerdo directo. Este procedimiento se ha previsto para evitar prácticas dilatorias de la interconexión, las cuales afectan la competencia y la posibilidad para que el usuario reciba más y mejores servicios de telecomunicaciones.

Previo a la imposición de la servidumbre de Interconexión, el organismo de regulación debe adelantar un proceso (que no

dure más de un año) en donde las partes puedan presentar motivadamente aquellos puntos sobre los cuales no hubo acuerdo, en tanto que, aquellos puntos en los que haya existido acuerdo deberán ser respetados por el organismo de regulación y así reflejarlos en el acto de imposición de la servidumbre. Igualmente, si es del caso, el organismo de regulación, deberá asesorarse de los peritos necesarios para definir las condiciones técnicas, financieras y comerciales de la interconexión, ya que no debe perderse de vista que a pesar de no existir contrato de interconexión, el acto de imposición de servidumbre de interconexión deberá contener todos los aspectos propios del contrato de interconexión, siendo el deber del organismo de regulación establecer el objeto, las obligaciones recíprocas, el valor y las demás condiciones técnicas, financieras y comerciales necesarias para la implementación de la interconexión, con excepción de aquellas en donde haya existido acuerdo directo.

Valga aclarar que, si bien es cierto el concepto de servidumbre conlleva el acceso y uso de un bien de propiedad de un tercero (la red en este caso), la declaratoria puede (o debe) conllevar la Interconexión de las redes, dado que cuando el operador interconectado goza de una red propia y desea comunicar a sus usuarios con los usuarios de otra red, la Interconexión es un presupuesto o prerequisite para el acceso y uso de la red del operador interconectante, motivo por el cual debe ir aparejada al acceso y uso de la red en la declaratoria de imposición de servidumbre.

Finalmente, presentamos los efectos de la declaración o imposición de la servidumbre de interconexión, acceso y uso de redes por parte del organismo de regulación:

– Es un acto administrativo emanado de una autoridad del poder público y como tal esta sujeto al control jurisdiccional.

– Es de obligatorio cumplimiento para las partes.

– Limita temporalmente el derecho de dominio del propietario de la red, bajo el entendido que un nuevo operador usará dicha red cancelando un valor por ello (cargos de acceso, uso e interconexión).

– Hace las veces del contrato de interconexión, ya que contiene los elementos necesarios para configurar la interconexión, tanto desde el punto de vista jurídico como técnico, financiero y comercial.

– Es un acto que en cualquier momento puede ser modificado por las partes, existiendo mutuo acuerdo para ello. En tal evento, las partes realizarán un contrato de interconexión para los aspectos que hayan modificado al acto de imposición de la servidumbre.

– La servidumbre cesará o perderá vigencia:
a. A partir del vencimiento del plazo establecido (sino es renovada); b. A partir del momento en que las partes decidan celebrar un contrato de interconexión que reemplace la imposición de servidumbre; c. A partir de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del operador interconectado; d. A partir del momento en que –si es viable técnicamente– el operador interconectado haya decidido construir su propia infraestructura, en cuyo caso habría que analizar las compensaciones que debería pagar al propietario de la red cuando éste, para la interconexión, haya debido adecuar su red y esos gastos aún no se hayan amortizado.

CONCLUSIONES

A manera de conclusión destacamos a continuación los principales aspectos abordados en este documento, así como algunas reflexiones particulares:

a. El contrato, como acuerdo de voluntades para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídico patrimonial, se requiere para la consolidación y desarrollo de los diferentes negocios jurídicos que se presenta en el mundo comercial. La Interconexión, al igual que el acceso y uso de redes, es una actividad propia de comerciantes que como tal debe guiarse por las normas generales de los contratos.

b. La Interconexión de redes de telecomunicaciones es la vinculación de recursos físicos y lógicos de dos o más operadores de telecomunicaciones para el intercambio de información a través de diferentes medios de transmisión. Una vez se logre la Interconexión de las dos redes se dará el acceso y uso a las mismas por parte de los operadores vinculados al proceso de interconexión (operador interconectado y operador interconectante). Para que el concepto de interconexión opere es necesario que este acompañado del acceso y uso de las redes; en tanto que de manera independiente puede darse el acceso y uso de la red sin que medie proceso de interconexión, como por ejemplo cuando un operador arrienda la infraestructura de otro operador para cursar telecomunicaciones (por ejemplo, el servicio portador).

c. Los elementos del contrato, incluido el de interconexión, son aquellas características y componentes básicos para conformar el acuerdo de voluntades a fin de producir efectos jurídicos. En materia de interconexión las partes del contrato son el

Interconectante y el Interconectado, el objeto del contrato es la unión de las dos redes para cursar telecomunicaciones, el valor del contrato estará sujeto a las disposiciones que el organismo regulador haya fijado para cargos de acceso e instalaciones esenciales, las obligaciones serán recíprocas, tendientes a la configuración de la interconexión. Adicionalmente, las partes podrán pactar aquellas cláusulas accidentales que consideren apropiadas para la correcta ejecución del contrato.

Es necesario que en el contrato de interconexión concurren, al menos, estos elementos esenciales (partes, objeto, valor, obligaciones y cláusulas accidentales) para que su configuración, dado que de no ser así podría configurarse una modalidad contractual diferente a la interconexión

d. El Contrato de Interconexión es un contrato atípico o innominado, ya que no cuenta con definiciones legales que incorporen sus elementos esenciales, siendo por tanto un contrato *Sui Generis* o especial. Este contrato se ha formado y perfeccionando por la tipicidad social existente en la materia, gracias a las recomendaciones y reglas de los organismos internacionales y al desarrollo de los organismos nacionales de reglamentación o regulación.

La naturaleza de este contrato, a pesar de ser atípica, esta orientada hacia la promoción de la competencia en el sector de las telecomunicaciones, debiendo cumplir con los elementos esenciales a cualquier modalidad contractual. En todo caso es un contrato propio del sector de las telecomunicaciones que, quizá con la excepción del sector de energía, no operaría para otras actividades comerciales.

e. El contrato de interconexión es ley para las partes, por lo cual están obligadas

a dar cumplimiento a lo establecido en el mismo. Los efectos jurídicos del contrato de interconexión vinculan a las partes a su cumplimiento, debiendo el interconectante otorgar la interconexión, el acceso y uso de su red e instalaciones esenciales al interconectado y debiendo éste pagar los cargos de acceso por uso de la red y los precios de la interconexión e instalaciones esenciales.

Cuando las partes no estén de acuerdo con los efectos que produce el contrato, se recomienda –por ser el organismo técnico especializado– acudir al ente de regulación para que actúe como mediador, conciliador u arbitro en las diferencias de las partes.

f. La OIR es un documento que los operadores de telecomunicaciones ponen a disposición de los operadores interesados en interconectarse en donde se contienen los aspectos bajo los cuales operaría la interconexión, siendo de obligatorio cumplimiento para el operador que la ofrece (oferente) garantizar las condiciones ofrecidas a partir del momento en que el operador interesado en interconectarse (destinatario) acepte la oferta presentada.

La OIR debe contener los elementos propios del contrato de interconexión. Sin embargo, y dado que en esta materia, en ocasiones además de la aceptación se requiere de la aprobación del contrato por parte del organismo de regulación, se recomienda dejar algún margen de negociación a las partes al momento de celebrar el contrato, puesto que cada Interconexión es particular para cada caso concreto, dificultándose establecer una OIR general que satisfaga las necesidades de los diferentes operadores en interconectarse.

g. El acto de imposición de la servidumbre de interconexión o imposición obliga-

toria de interconexión, es un acto administrativo del Estado, proferido por el organismo de regulación (si la ley le ha otorgado esa competencia) que limita el derecho de dominio del propietario de la red y mediante el cual se autoriza para que el operador entrante haga uso de la red del operador establecido, mediante la interconexión.

La servidumbre será impuesta cuando no haya mediado acuerdo directo entre las partes para el contrato de acceso, uso e interconexión y su fundamento está en garantizar la competencia en el sector de las telecomunicaciones para que los usuarios puedan disponer de mejores y mayores facilidades de telecomunicaciones y en ocasiones satisfacer sus necesidades de comunicación.

De esta manera concluimos el presente documento para el curso "*Interconexión de Redes de Telecomunicaciones!*" ofrecido por ACIEM con el apoyo de la UIT y CITEL. Esperamos que los conceptos y opiniones aquí expresadas sean el punto de inicio para los análisis que cada uno deba realizar de conformidad con la reglamentación de su país y las necesidades propias de sus organizaciones.

- 1 Esta oferta también es conocida como Oferta Básica de Interconexión (OBI). Para efectos de este escrito haremos referencia a la OIR, entendiéndose como tal la Oferta de Interconexión de Referencia o la Oferta Básica de Interconexión.
- 2 El autor es FRANCISCO CASTRO CÓRDOBA, Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con posgrados en Derecho Económico y Derecho de las Telecomunicaciones y cursos avanzados en Gerencia de las Telecomunicaciones y Redes y Servicios de Telecomunicaciones. Instructor de la UIT de este mismo curso en el primer nivel.
- 3 El texto del Acuerdo General de Servicios en Materia de Telecomunicaciones Básicas se puede consultar en el sitio web de la OMC: [www.wto.org].
- 4 Según el Acuerdo General sobre el Comer-

- cio de Servicios en materia de telecomunicaciones Básicas, un Proveedor Importante es un proveedor (entenderíamos de redes y servicios de telecomunicaciones) que tenga la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación (desde el punto de vista de los precios y suministro) en un mercado dado de servicios de telecomunicaciones básicas como resultado de:
- a. El control de las instalaciones esenciales; o
 - b. La utilización de su posición de mercado.
- 5 El libro se puede comprar a través de Internet en [www.itu.int].
 - 6 "Tendencias en las reformas de telecomunicaciones 2000-2001: Reglamentación de la Interconexión" UIT, 3.ª ed., p. 21.
 - 7 Editado por HANK INTVEN DE MCCARTHY TETRAULT, Toronto, 2000 [http://www.infodev.org/projects/314regulationhandbook].
 - 8 Tendencias en las reformas de telecomunicaciones, cit., p. 28.
 - 9 *Ibíd.*, p. 39.
 - 10 Hace referencia a la implementación de la infraestructura requerida para operar redes o servicios de telecomunicaciones por parte del operador entrante. En estos casos el operador entrante en lugar de arrendar las instalaciones del operador establecido decide construir su propia infraestructura, aunque de todas formas requerirá de la interconexión para cursar tráfico de otros operadores y permitir la comunicación de sus usuarios con usuarios de otros operadores.
 - 11 Con esto se busca que el operador establecido, previa normatividad expedida por el regulador, ponga a disposición del operador entrante los elementos o instalaciones esenciales requeridas para la Interconexión, como los servicios de señalización y transferencia para la terminación de llamadas, transporte, servicios auxiliares, entre otros.
 - 12 Según CITEL "en el contexto de las telecomunicaciones, la reventa tiene lugar cuando los competidores obtienen del operador establecido un servicio a precios con descuento o mayorista, y luego lo venden a sus propios clientes". CCP.I/Res.77 (XI-99).
 - 13 *Diccionario de la Real Academia Española*, 21.ª ed., Madrid, 1992.
 - 14 *Ibíd.*, p. 1062.
 - 15 *Vocabulario Jurídico*, Asociación Henri Capitant, Bogotá, Temis, 1995.
 - 16 Es claro que en el mundo jurídico las expresiones contrato, acuerdo, convenio, acto o negocio jurídico generan connotaciones diferentes, las cuales no son objeto de análisis

- en este documento por no ser el tema central del mismo. En todo caso el contrato es una de las especies dentro del genero acto o negocio jurídico.
- 17 Algunos juristas consideran que es posible hablar de contratos unipersonales en donde existe una sola parte, como por ejemplo las donaciones abiertas sin condicionamiento alguno, en donde el beneficiario no contrae obligaciones.
- 18 Según el Código Civil francés –art. 2092– el Patrimonio es el conjunto de los bienes y de las obligaciones de una misma persona (esto es, de sus derechos y cargas apreciables en dinero), del activo y del pasivo considerado como si formará una universalidad jurídica o un todo que comprende no solo sus bienes presentes sino también sus bienes futuros.
- 19 Según JORGE MOSSET ITURRASPE la Autonomía de la Voluntad “Es una libertad o autonomía que se manifiesta bajo un doble aspecto, negativo el primero, positivo el segundo, que es necesario examinar separadamente:
- a) Libertad o autonomía contractual significa, en sentido negativo, que nadie puede ser privado de sus propios bienes o constreñido a ejecutar prestaciones a favor de otros contra o, en general, independientemente de su propia voluntad;
- b) En sentido positivo, que las partes pueden, con un acto de su voluntad, constituir, regular o extinguir relaciones patrimoniales; es decir que pueden disponer de sus bienes o pueden obligarse a ejecutar prestaciones a favor de otro.
- De este modo el Derecho objetivo convierte el poder de hecho en poder jurídico, en poder de generar normas jurídicas poder jurigenético de la voluntad”. *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni Editores, 1995.
- 20 La invalidez de un contrato se diferencia de la nulidad del mismo en que cuando estamos frente a la primera figura, el contrato nunca surtió efectos jurídicos para las partes y si a pesar de haberse configurado la causal de invalidez las partes lo ejecutaron las cosas se retrotraerán a su estado inicial como si jamás se hubiera contratado; es decir la invalidez de un contrato quiere significar que el mismo jamás existió. En tanto que la nulidad significa que el contrato se dejará en el estado en que se encuentre a partir de la declaratoria de nulidad, reconociendo los efectos que hasta ese momento haya producido el contrato. Si no existe acuerdo entre las partes, tanto las causales de invalidez como de nulidad requieren de declaración judicial.
- 21 21.ª ed., 1992.
- 22 Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Resolución 469 de 2002.
- 23 Anatel. Resolución 040 de 1998.
- 24 Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo de abril de 2002.
- 25 La Directiva 2002/19/CE incorpora la definición de Acceso, aclarando que la Interconexión es un tipo particular de acceso a la red. El acceso lo define como “la puesta a disposición de otra empresa en condiciones definidas –sobre una base exclusiva o no exclusiva– de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. El término incluye, entre otros: § El acceso a elementos de redes y recursos asociados que puedan requerir la conexión de equipos por medios fijos o no fijos, en particular el acceso al bucle local y los servicios complementarios al mismo. § El acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles. § El acceso a sistemas informáticos pertinentes, incluidos los sistemas de apoyo operativo. § El acceso a la conversión del número de llamada o sistemas con una funcionalidad equivalente. § El acceso a sistemas de acceso condicional para servicios de televisión digital. § El acceso a servicios de redes virtuales”.
- 26 Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios en materia de Telecomunicaciones Básicas, suscrito en Marrakech el 15 de abril de 1994.
- 27 Directrices y prácticas de la CITEI para la regulación de las Interconexiones. Del documento CCP.I/doc.782/99rev.1 (x-99).
- 28 Documento: “Estudio y definición de Normas Técnicas Colombianas en la interconexión de redes de telecomunicaciones en ambiente multiusuario y multioperador”, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2000.
- 29 Cuando hacemos referencia al término “Operadores u Operador” queremos significar a la persona natural o jurídica encargada de prestar al público un servicio de telecomunicaciones u ofrecer facilidades de red.
- 30 Apartes tomados del documento elaborado por el autor, Introducción al concepto de interconexión de redes de telecomunicaciones (modulo 1) para el curso On Line “Interconexión de Redes de Telecomunicaciones (primer nivel) dictado por la UIT-CITEL-ACIEM entre octubre y diciembre de 2002, y entre mayo y julio de 2003.
- 31 Los contratos bilaterales o con prestaciones

- recíprocas son aquellos que al momento de su perfeccionamiento (celebración válida) generan obligaciones recíprocas o mutuas para las partes.
- 32 Precios Predatorios en el derecho de la competencia son aquellos valores de dinero que un competidor cobra en el mercado, por debajo de los costos de producir el bien o servicio, con el fin de eliminar la competencia.
- 33 Si bien es cierto en materia de interconexión el cumplimiento de los plazos es fundamental para garantizar la Interconexión de redes (objeto contractual), se presenta como una cláusula accidental bajo el entendido que su incorporación no es requisito esencial para configurar el contrato, pero obviamente en el contrato de interconexión deben señalarse plazos para el cumplimiento de las obligaciones establecidas.
- 34 Para algunos autores la duración del contrato es de la esencia del mismo, ya que determina el tiempo durante el cual las partes estarán obligadas al cumplimiento de las prestaciones recíprocamente establecidas. Sin embargo, destacando la importancia de la fijación de la duración del contrato, creemos que es una cláusula accesoria en materia de interconexión bajo el entendido que su incorporación no es requisito esencial para configurar el contrato, ya que independientemente de la duración del contrato la interconexión se dará si se cumplen sus cláusulas esenciales. Por ejemplo, en los contratos laborales, en los de construcción, en los de prestación de servicios la duración puede ser de la esencia del contrato, pero creemos que en materia de interconexión la duración es una cláusula accidental que libremente pueden acordar las partes. En últimas si no se pacta se entenderá que es un contrato indefinido sujeto al mutuo acuerdo para su revisión o finalización o sujeto al plazo que las normas legales o administrativas hayan previsto para ello (P. ej., en Colombia estos contratos se suscriben a 10 años prorrogables).
- 35 EDUARDO CHULÍA VICÉNT. *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, Barcelona, J. M. Bosch, 1995.
- 36 JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 9.^a ed., Bogotá, Librería del Profesional, 1991.
- 37 Idem.
- 38 Idem.
- 39 Idem.
- 40 Conviene aclarar que no puede confundirse, jurídicamente, el efecto del contrato con el efecto de la obligación; el contrato sólo de manera indirecta o mediata es la fuente de los medios tendientes a la satisfacción del derecho del acreedor.
- 41 Idem.
- 42 Sobre el particular el artículo 510 del Código Civil argentino estipula que "En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva".
- 43 Comisión de Regulación de Telecomunicaciones de Colombia. Resolución 469 de 2002.
- 44 Publicada en el web site del organismo regulador de las telecomunicaciones de España, [www.cmt.es].
- 45 JORGE SUESCÚN MELO. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. I, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes, 1996.
- 46 JOSÉ CASTAN TOBEÑAS. *Derecho Civil español, común y foral*, t. II, citado por SUESCÚN MELO.
- 47 Casación Civil del 8 de marzo de 1995. Citada por SUESCÚN MELO.
- 48 SUESCÚN MELO. Ob. cit., p. 312.
- 49 *Ibíd.*, p. 363.
- 50 Es importante aclarar que las limitaciones a la autonomía de la voluntad para obligarse deben provenir de la Ley o la Constitución.
- 51 Sobre este tema ha surgido una discusión muy interesante y es analizar hasta que punto un reglamento, que generalmente es un acto administrativo del Estado, puede cercenar el principio de la Autonomía de la Voluntad el cual es de rango legal y constitucional e incluso el mismo acto administrativo generalmente puede cercenar el derecho a la propiedad cuando se impone servidumbre de interconexión. Por ello es necesario que todas estas limitaciones a principios fundamentales como la autonomía de la voluntad y la propiedad figuren en la ley y no simplemente en un reglamento. De todas formas el análisis de fondo deberá realizarse frente al ordenamiento constitucional de cada país.