

COMISION DE REGULACION DE  
TELECOMUNICACIONES

CRT

REPUBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 372

DEL 2001

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por ORBITEL S.A. E.S.P., TELECOM y la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá -ETB- contra la Resolución CRT 272 del 16 de junio del 2000".

LA COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial las conferidas por la Ley 142 de 1994 y el Decreto 1130 de 1999 y,

CONSIDERANDO

I. ANTECEDENTES

Dentro del término legal, las apoderadas de ORBITEL S.A. E.S.P., en adelante ORBITEL, y de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, en adelante TELECOM, interpusieron recurso de reposición contra la Resolución CRT 272 de 2000, por medio de la cual se terminó la actuación administrativa ordenada mediante Resolución CRT 133 de 1999, cuyo objeto era determinar si la Sociedad Occidente y Caribe Celular - OCCEL S.A.- había incurrido en alguna de las conductas descritas en el artículo 73.2 de la Ley 142 de 1994, con la prestación del servicio denominado "#124 Voz sobre IP".

Por su parte, el apoderado de la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A. E.S.P., en adelante -ETB-, en un mismo escrito, interpuso recurso de reposición contra las Resoluciones CRT 272 de 2000, objeto del presente recurso y la CRT 271 del 2000 que declaró terminada la actuación administrativa ordenada por Resolución CRT 132 contra COMCEL S.A., por las mismas razones y para los mismos fines señalados en la Resolución CRT 133 de 1999.

De conformidad con lo previsto en los artículos 113 de la Ley 142 de 1994 y 52 del Código Contencioso Administrativo, los recursos presentados cumplen con los requisitos de ley, razón por la cual deberán admitirse y se procederá a su estudio.

A. De los Recursos

1. Del Recurso Interpuesto por ORBITEL

En primera instancia es necesario precisar que únicamente se estudiarán y tendrán en cuenta los argumentos a que hace referencia el escrito de reposición del 4 de julio de 2000, por cuanto el escrito de consideraciones adicionales al recurso, presentado por esta empresa, es extemporáneo.

La apoderada de ORBITEL solicita que se revoque la resolución recurrida y, en su lugar, se adopten las decisiones administrativas que desaten de fondo la investigación adelantada. Fundamenta su petición, en síntesis, en los siguientes argumentos:

a) Los conceptos constitucionales y legales de servicio público y servicio público domiciliario son diferentes, pues mientras aquel es el género y el continente, éste es la especie y el contenido. Así, todos los servicios de telecomunicaciones son públicos, tales como la telefonía móvil celular y los de valor agregado, pero sólo la telefonía pública básica conmutada en sus distintas modalidades, son servicios públicos domiciliarios, los cuales tienen una regulación especial en razón a su carácter de básicos para la construcción del bienestar y de esenciales para la población colombiana.

b) A partir de 1994 se admitió la competencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios y dentro de ellos, en los servicios de telecomunicaciones, consagrando la libertad de entrada en los mismos, siendo su régimen legal especial y mucho más estricto que los de otros servicios públicos, ya que exige mucho más de la labor intervencionista del Estado por cuanto en los mismos se reclama una gran organización del mercado, a fin de prevenir y corregir las fallas y aún anticiparse a éstas por el impacto que su prestación efectiva y eficiente tiene en la comunidad.

c) El artículo 73.2 de la Ley 142 de 1994, al ordenar someter a empresas que no sean de servicios públicos a la regulación de la CRT y a las normas de ese Estatuto, está defendiendo las condiciones del mercado de los servicios públicos domiciliarios, en procura de un interés superior, el bien común, a través de la prevención de distorsiones del mismo por parte de empresas que prestan servicios no sometidos a la ley 142 de 1994; bien común que no debe mirarse en forma limitada en beneficio inmediato del consumidor, sino que debe apreciarse también respecto del sometimiento a las mismas normas de los operadores habilitados.

d) Someter a la regulación del Estado en materia de Servicios Públicos Domiciliarios a empresas que han realizado o se preparan para realizar algunas conductas, significa tomar acciones "ex ante" y "ex post". Ex ante, como medidas preventivas del desorden de los mercados de servicios públicos esenciales y ex post cuando esas medidas deben ser tomadas a posteriori de las conductas realizadas, para corregir el desorden presentado o para prevenirlo. Es en este contexto que debe entenderse la facultad de la CRT de "someter a regulación", es decir, a la labor de asegurar, vigilar, ordenar y estimular de manera general un ambiente institucional, jurídico y político que le permita a los particulares desarrollar sus actividades en forma leal, haciendo claridad que esa intervención del Estado, justificada por el bien común, deben ser transitoria y limitada a un ámbito determinado.

e) El artículo 73.2 de la Ley 142 de 1994 no es el único que consagra la intervención del Estado en empresas que no sean de servicios públicos domiciliarios, ya que esta ley también se ocupa de la intervención estatal cuando empresas o entidades públicas que no sean de servicios públicos, presten en forma residual servicios públicos domiciliarios, o produzcan o comercialicen bienes que hagan parte de la cadena de valor del bien o servicio público que se preste.

f) La presente investigación se abrió con un objetivo preciso respecto de un servicio ofrecido y efectivamente prestado por la sociedad investigada, que podría constituir una conducta prevista en el artículo 73.2 de la Ley 142 de 1994. Es sobre esta conducta del operador que se está solicitando adoptar las decisiones correspondientes, las cuales deben cumplir con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

## 2. Del Recurso Interpuesto por TELECOM:

En el escrito de reposición, la apoderada de TELECOM solicita se revoque la resolución recurrida y, en su lugar, se aplique al artículo 73.2 de la Ley 142 de 1994. Para ello, la recurrente hace un análisis de las diferentes competencias en materia de servicios públicos domiciliarios y del marco legal que las asigna. De igual manera, analiza las resoluciones proferidas por la CRT dentro de la presente actuación administrativa y del

artículo 73.2 antes citado, como fundamento legal para que la CRT iniciara la presente actuación, y expone, en resumen, lo siguiente

a) La facultad que el artículo 73.2 de la Ley 142 de 1994 otorga a las "Comisiones de Regulación" como autoridades encargadas de la promoción de la competencia en los servicios públicos, tiene como finalidad someter a regulación a aquellas empresas prestadoras de servicios públicos no domiciliarios que realicen o se preparen para realizar conductas que atentan contra la libre competencia, siendo la consecuencia prevista en la ley el sometimiento a la regulación por parte de la CRT en materia de tarifas, información, actos y contratos.

b) La empresa OCCEL S.A., al prestar el servicio de larga distancia internacional sin contar con la debida licencia, incurrió en una conducta ilegal y compitió deslealmente con las empresas que se encuentran habilitadas para prestar este servicio, razón por la cual se dan los presupuestos de hecho que consagra el artículo 73.2 de las Ley 142 de 1994 y, por lo tanto, deben aplicarse las consecuencias jurídicas allí previstas.

### 3. Del Recurso Interpuesto por ETB

El apoderado de ETB solicita se revoquen las resoluciones 271 y 272 de la CRT y, en su lugar, se determine que las empresas COMCELSA y OCCEL S.A. quedan sometidas a la regulación de la CRT, a la vigilancia de la SSPD y a las normas de la ley 142 de 1994. Fundamenta su recurso en síntesis, en lo siguiente:

a) La ley 142 de 1994 establece un verdadero régimen especial de libre y leal competencia para los servicios públicos domiciliarios, el cual difiere desde el punto de vista conceptual y estructural del régimen general previsto en las leyes 155 de 1959, 256 de 1996, 446 de 1998 y el Decreto 2153 de 1992 y, por lo tanto, debe ser aplicado de manera preferente por parte de las autoridades del sector, sin invadir las órbitas de otras autoridades, tal como lo reconoció el Consejo de Estado en concepto de fecha 16 de junio de 1997.

b) Las funciones relacionadas con el derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones, se pueden clasificar así: i) La CRT ejerce funciones de promoción de la libre competencia en la prestación de los servicios, de regulación de los mercados y de las condiciones en que se prestan dichos servicios públicos. ii) La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejerce funciones de inspección, vigilancia y control de las personas que infrinjan el régimen especial de libre competencia para los servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones y iii) La Superintendencia de Industria y Comercio ejerce funciones de inspección, vigilancia y control de las personas que infrinjan las normas sobre competencia desleal en todos los mercados, incluyendo los correspondientes a los servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones.

c) De acuerdo con lo dicho antes, la CRT tiene funciones específicas de promoción de la competencia y regulación de los mercados, las cuales no dependen de la actividad ni tienen como requisito previo el pronunciamiento de ninguna otra autoridad. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que la Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado declarando la existencia de actos de competencia desleal por parte de COMCEL, se encuentran dados los requisitos previstos por la ley para que la CRT someta a COMCEL y OCCEL, a su regulación, a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a las normas de la Ley 142 de 1994.

### B. Réplica de OCCEL S.A. a los Recursos Presentados

El apoderado de la sociedad OCCEL S.A. solicita que sean desestimadas las pretensiones de los recurrentes por las razones que se resumen a continuación:

a) El Decreto 1130 de 1999, 'norma reglamentaria', permite en general a la CRT regular y proteger la competencia cuando lo considere apropiado, pero los actos que expida con fundamento en tal atribución, deben estar debidamente motivados. En consecuencia, la CRT no puede adelantar una actuación particular que tiene como propósito un sometimiento a su regulación, ya que por reglamentación general le ha

sido conferida tal potestad de regulación, existiendo en el presente caso una sustracción de materia por otra causa diferente a la esgrimida por la CRT, que genera la terminación de la actuación.

b) El sometimiento de que trata el art. 73.2 de la ley 142 de 1994 tiene como objetivo una actividad nociva para la competencia y no las demás actividades y bienes de la empresa que desarrollan aparentemente tal actividad nociva. Por tal razón no se puede pretender, como podría inferirse del escrito de reposición de ORBITEL, que se someta a OCCEL, en toda su universalidad como empresa, a la regulación de la CRT y a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

c) El artículo 73.2 de la ley 142 de 1994, procura proteger las empresas de servicios públicos respecto de la competencia desleal y la reducción de la competencia; las medidas que propone frente a tales conductas son la regulación y la vigilancia, pero tales medidas solo podrían decretarse si fueran aplicables (no lo son en el presente caso), respecto a la actividad que comprende una competencia desleal o reducción de la competencia.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CRT

En atención a que los recursos presentados pretenden la revocatoria de la resolución recurrida con fundamento en argumentos similares, por economía procesal se analizarán de manera conjunta, al igual que las réplicas presentadas por el apoderado de OCCEL S.A., y de esta forma se dará respuesta a todos los puntos planteados.

### Régimen de Competencia en Servicios Públicos Domiciliarios

En materia de servicios públicos domiciliarios, los preceptos constitucionales que enmarcan su prestación determinan el comportamiento de los agentes que intervienen en su gestión, pues si bien es cierto, tal como lo afirma la apoderada de ORBITEL, dichos servicios se abrieron al mercado en el sentido de que todas las personas tienen derecho a organizar y operar empresas de esta naturaleza, deben hacerlo dentro de los límites impuestos por la constitución y la ley.

En este sentido y en consonancia con lo afirmado por el apoderado de ETB en su recurso, dicho régimen es ordenador de la competencia y no sancionatorio, pues es evidente que el Estado tiene como misión asegurar la prestación continua e ininterrumpida de los servicios domiciliarios, sin excepción alguna, salvo fuerza mayor o caso fortuito o razones de orden técnico o económico que así lo exijan, tal como lo prevén los artículos 365 de la Constitución Política y 2.4 de la Ley 142 de 1994.

De otra parte, la ley está interesada en promover la competencia, asignándole a las comisiones de regulación esta tarea, o en su caso, cuando la competencia no es posible, la de regular los monopolios, a fin de que las operaciones de unos y otros sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad, según lo establecido en el artículo 73 de la misma.

En consecuencia, las conductas a que se refiere el artículo 73.2 de la ley deben ser analizadas y entendidas en el marco conceptual y jurídico antes visto, esto es, con referencia a las particularidades del régimen de la ley en materia de competencia desleal, reducción de la competencia y abuso de la posición dominante, identificando y diferenciando sus perfiles, para concluir, como lo hace el apoderado de OCCEL S.A. en su escrito de replica a los recursos, que si una empresa que no es de servicios públicos incurre en actividades que configuran las conductas allí señaladas, la empresa podrá ser sometida a la regulación, respecto del servicio o la actividad que afecte el mercado de los servicios públicos domiciliarios, porque lo que quiere garantizar el marco jurídico es su prestación y continuidad, previniendo las distorsiones del mercado que puedan atentar contra la libre y leal competencia, sin extender los efectos de la intervención a actividades que no lo requieren por no afectar ni directa ni indirectamente el mercado protegido por la Ley 142 antes mencionada.

20 FEB. 2001

Así se ha pronunciado el Consejo de Estado, en concepto de 16 de junio de 1997<sup>1</sup>, al delimitar el campo de acción de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, refiriéndose específicamente al servicio público domiciliario de energía eléctrica, manifestó: *"...Sobre estas actividades complementarias debe advertirse que son exclusivamente las dirigidas a los usuarios domiciliarios; en consecuencia no habrá control de la Superintendencia de Servicios Públicos de las demás actividades relacionadas con generación de energía para el consumo directo o las previstas para realizar negocios de exportación, por ejemplo. O sea que las únicas actividades sujetas al control y vigilancia de la SSPD ejercidas sobre estas actividades se reducen a las dirigidas al suministro de los usuarios domiciliarios (...). Además debe señalarse que como parte del complejo funcional de inspección, vigilancia y control, se encuentran las atribuciones sancionatorias ya analizadas por la Sala, de manera que ante la violación de las disposiciones a las que están sujetos quienes presten servicios, o de las normas de competencia, surgen las potestades sancionatorias indicadas, las cuales comprenden las actividades de quienes realicen la generación y transmisión de energía, pero únicamente a las destinadas para el suministro domiciliario, según se expresó..."*

#### Situación de OCCEL S.A.

Teniendo claro el marco conceptual y jurídico antes reseñado, acto seguido se analiza la situación particular de la empresa OCCEL S.A.:

Revisado el expediente, se tiene que dentro de esta actuación administrativa se practicó una inspección judicial con intervención de perito en las instalaciones de OCCEL S.A. (fs.243 a 261 Cuaderno I) y un dictamen pericial rendido por el perito Juan Carlos Calderón (fs.316 a 343 Cuaderno 2), pruebas que fueron remitidas al Ministerio de Comunicaciones y a la Superintendencia de Industria y Comercio, para que hicieran parte de las respectivas investigaciones que adelantaban.

De igual manera, obra comunicación del Ministerio de Comunicaciones, de fecha 17 de mayo de 2000 (fl.1025 cuaderno IV), por medio de la cual remite a la CRT, en medio magnético, copia de la Resolución 000984 del mismo año, mediante la cual concluyó que los operadores COMCEL S.A. y OCCEL S.A. con la prestación del servicio #124 incurrieron en la violación del artículo 52 numerales 3º y II del Decreto Ley 1900 de 1990, frente a la vulneración del artículo 60 del Decreto 741 de 1993.

El Ministerio de Comunicaciones, al calificar el servicio denominado #124 prestado por OCCEL S.A. y COMCEL S.A., determinó que éste constituye una comunicación de voz de larga distancia internacional, que no configura un servicio de valor agregado y que la concesión del servicio de TMC no permite a sus operadores prestar directamente servicios de telefonía de larga distancia internacional de usuarios celulares con independencia de la red telefónica pública conmutada (fs. 895 a 916 Cuaderno III y 961 a 1014 Cuaderno IV).

En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 60 del Decreto 741 de 1993, reglamentario de la Ley 37 del mismo año: *"... La comunicación de larga distancia internacional originada o recibida por el usuario del servicio de telefonía móvil celular deberá hacerse a través de la RTPC, y en ningún caso los operadores del servicio de telefonía móvil celular podrán prestar directamente servicios de telefonía de larga distancia internacional, salvo que el operador de la telefonía móvil celular esté legalmente autorizado para la prestación de este servicio."*

Con base en lo anterior, se comprueba que OCCEL S.A., al prestar el servicio denominado #124 Voz sobre IP, accedió a un mercado sin cumplir con las condiciones para ello, obteniendo una ventaja competitiva respecto de los operadores legalmente habilitados para prestar servicios de telefonía de larga distancia, consistente en la disminución de costos derivada del no pago de la licencia respectiva, valorada en \$150 millones de dólares y la no obligación de instalar Centros Integrados de Telefonía Social - CITS-, entre otras.

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No.931, Consejero Ponente, Dr. Camilo Osorio I.

En consecuencia, OCCEL S.A. con la prestación del servicio #124, podría haber incurrido en actos de competencia desleal, conforme a lo previsto en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, según el cual se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva significativa, adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica y, por lo tanto, la conducta realizada por esta empresa se adecua a la prevista en el literal a. del artículo 73.2 de la Ley 142 de 1994, que ordena a la CRT someter a su regulación y a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos, a las empresas respecto de las cuales *existan pruebas* de que han realizado o se preparan para realizar conductas de competencia desleal.

Vale la pena señalar que la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de la investigación por competencia desleal adelantada contra COMCEL S.A., por la prestación del mismo servicio investigado por el Ministerio de Comunicaciones, es decir, el servicio denominado voz sobre IP #124, mediante Resoluciones 4954 de 2000 y 12835 del mismo año, declaró que el comportamiento objeto de investigación realizado por COMCEL S.A. es ilegal por contravenir lo previsto en los artículos 8 y 18 de la Ley 256 de 1996 (fs.1033 a 1155 Cuaderno IV).

Por otra parte, para la CRT no es de recibo el argumento expuesto por el apoderado de OCCEL S.A. para justificar el no sometimiento a la regulación en los términos del artículo 73.2, basado en que por reglamentación general -Decreto 1130 de 1999- la CRT ya tiene tal facultad, toda vez que es claro que los efectos del sometimiento a la regulación derivados de la aplicación del citado artículo, son distintos de los que podrían surgir de la facultad otorgada por el mencionado decreto.

Ahora bien, aún cuando en principio existe coincidencia con lo manifestado por los apoderados de ETB, TELECOM y ORBITEL, la CRT considera, con fundamento en el análisis realizado, que el alcance de la aplicación del artículo 73.2 de la Ley 142 de 1994 debe corresponder a la finalidad del mismo, que como antes se manifestó, es preservar el mercado de los servicios públicos domiciliarios en un ambiente de sana y leal competencia, previniendo o evitando que conductas desarrolladas por otras empresas que no concurren en dicho mercado, puedan resultar nocivas para éste.

Se reitera en este punto que la facultad de la CRT para dar aplicación al mencionado artículo no puede extenderse a otras actividades que desarrolla la empresa OCCEL S.A. y que no tienen incidencia alguna en el mercado de los servicios públicos domiciliarios, so pena de vulnerar derechos reconocidos constitucionalmente a dicha empresa, como son la libertad de empresa y la libre iniciativa privada.

#### Aplicación del Artículo 73.2

El artículo 73.2 ha previsto que cuando una empresa que no es de servicios públicos ha realizado o se prepara a realizar alguna de las conductas descritas en sus literales, la CRT puede adoptar las siguientes decisiones respecto de esa empresa: a) Someterla a la regulación de la CRT; b) Someterla a la vigilancia del Superintendente de Servicios Públicos; c) Someterla al régimen de la Ley 142, en materia de tarifas; d) Someterla al régimen de la Ley 142, en materia de actos y contratos; y e) Someterla al régimen de la Ley 142, en materia de información.

Con base en lo anterior y atendiendo la finalidad de la norma, antes referida, la CRT considera que en materia de tarifas, no hay lugar a tomar ninguna medida porque no se puede entrar a regular la tarifa de un servicio que no puede operarse, tal como se afirmó en la resolución recurrida.

De igual manera, en lo que tiene que ver con el régimen de los actos y contratos de esta empresa, es de señalar que por la razón antes expuesta, no hay lugar a aplicar la normatividad que en esta materia contiene la Ley 142 de 1994, ya que si la actividad desarrollada por OCCEL S.A. fue declarada contraria al régimen legal, el objeto de los actos o contratos derivados de la misma tendrían objeto o causa ilícitos y, por lo tanto, mal haría la CRT en ordenar que tales actos y contratos se sometieran a condiciones especiales, cuando ni siquiera pueden celebrarse.

26 FEB. 2001

Sin embargo, aún cuando en principio estas fueron las razones que motivaron a la CRT a dar por terminada la respectiva actuación administrativa por sustracción de materia, se observa que la tercera consecuencia prevista en la norma, es decir, la de someter a la empresa al régimen de la Ley 142 de 1994, en materia de información, no solo es posible, sino incluso pertinente, toda vez que al haberse presentado la conducta prevista en el literal a. del artículo 73.2, es necesario adoptar medidas que permitan a las autoridades del sector prevenir que en el futuro se puedan presentar conductas como las que se investigaron.

En consecuencia, al darse los presupuestos previstos en el artículo 73.2 de la Ley 142 de 1994, se someterá a la empresa OCCEL S.A. a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de acuerdo con las funciones propias de esta entidad, por el término de un año contado a partir de la ejecutoria de esta resolución, a efectos de verificar que el comportamiento de esta empresa en desarrollo de su actividad no va a generar conductas anticompetitivas que puedan afectar de nuevo el mercado del servicio de larga distancia internacional.

En virtud de lo expuesto,

### RESUELVE

**Artículo Primero.** Admitir los recursos de reposición interpuestos por ORBITEL S.A. E.S.P., TELECOM y ETB S.A. E.S.P. contra la Resolución CRT 272 del 16 de junio de 2000.

**Artículo Segundo.** Revocar la resolución recurrida y en su lugar, en aplicación del artículo 73.2 de la Ley 142 de 1994, someter a la empresa OCCEL S.A. a la regulación de la CRT en materia de información, respecto de las actividades que realice y que puedan afectar el servicio de larga distancia internacional y a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la cual será ejercida por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha de ejecutoria de la presente resolución, en los términos establecidos en la parte motiva de esta resolución.

**Artículo Tercero.** Comunicar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios este acto administrativo. Para tal efecto, remítase copia del mismo.

**Artículo Cuarto.** Notificar personalmente la presente Resolución a los Representantes Legales de OCCEL S.A., TELECOM, ORBITEL S.A. E.S.P., ETB S.A. E.S.P. y REY MORENO S.A. o a quienes hagan sus veces, advirtiéndoles que contra la presente Resolución no procede recurso alguno, por encontrarse agotada la vía gubernativa.

### NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 26 FEB. 2001

  
MARIA DEL ROSARIO SINTÉS ULBOA  
Ministra de Comunicaciones

  
NESTOR HUGO ROA BUITRAGO  
Director Ejecutivo

KZVM