

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. **3087** DE 2011

*"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por **COMUNICACIONES DIME S.A. E.S.P.** contra la Resolución CRC 3044 de 2011"*

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades conferidas por la Ley 1341 de 2009, y según lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, y

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante la expedición de la Resolución CRC 3044 de 2011, la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en adelante CRC, resolvió la solicitud presentada por **COMUNICACIONES DIME S.A. E.S.P.**, en adelante **COMUNICACIONES DIME**, respecto del conflicto de interconexión surgido entre dicho proveedor y **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, en adelante **TELFÓNICA MÓVILES**, durante la ejecución de la servidumbre de interconexión provisional ordenada mediante acto administrativo por esta Entidad.

A través de comunicación radicada el 16 de mayo de 2011¹, **COMUNICACIONES DIME**, por conducto de su representante legal, interpuso recurso de reposición contra la resolución anteriormente señalada, y solicitó a la CRC revocar o en su defecto entrar a modificar lo pertinente en la decisión adoptada en el mencionado acto administrativo, en lo referente a la constitución de garantías. Lo anterior conforme a las consideraciones y argumentos presentados por este proveedor, los cuales se resumen en el siguiente apartado de la presente resolución.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que de conformidad con lo previsto en los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo, el recurso presentado por **COMUNICACIONES DIME** cumple con los requisitos de Ley, el mismo deberá admitirse y, en consecuencia, se procederá a su estudio.

2. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO POR COMUNICACIONES DIME

COMUNICACIONES DIME sustenta su recurso de reposición en las razones que se resumen a continuación:

¹ Comunicación recibida vía fax con radicación interna número 201132005. Expediente Administrativo 3000-4-2-388

En primer lugar, indica que la solicitud de controversias elevada por **COMUNICACIONES DIME** debía entenderse enmarcada dentro del ámbito de lo dispuesto en la Resolución CRC 2206 de 2009, que establece que la servidumbre provisional impuesta debe regirse por las condiciones establecidas en la OBI de **TELEFÓNICA MÓVILES** aprobada por la Comisión, el día 26 de junio de 2008.

Sobre el particular, el recurrente manifiesta que *"resulta apenas paradójico pretender condicionar la interconexión pendiente entre COMIUNICACIONES DIME y TELEFONICA MÓVILES con base en elementos que en su momento no estaban incluidos en la OBI vigente para el momento de la expedición del acto administrativo que resolvió sobre la solicitud de servidumbre provisional, cómo es la solicitud de constitución de garantías. Ello, en otras palabras, equivale a dar aplicación retroactiva a un acto administrativo para efectos de definir una situación particular que ya había sido objeto de un pronunciamiento por parte de la Comisión."*²

Con base en lo anterior, se refiere a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, señalando de este modo que las gestiones tendientes a materializar la interconexión entre **COMUNICACIONES DIME** y **TELEFÓNICA MÓVILES**, deben regirse por la normatividad que se encontraba vigente al momento de decidir sobre la servidumbre provisional y, en particular, sobre la OBI de **TELEFÓNICA MÓVILES** vigente para aquél entonces.

Con base en lo anterior y como parte de su escrito de recurso, **COMUNICACIONES DIME** *"solicita dirimir el conflicto surgido entre COMUNICACIONES DIME y TELEFÓNICA MÓVILES, a la luz de la OBI de esta última, vigente para la época de la imposición de la servidumbre provisional, en los términos contenidos en la Resolución 2206 de 2009."*³

En segundo lugar, afirma que la CRC en el presente trámite se centró en analizar los argumentos puestos a su consideración frente al desacuerdo surgido en cuanto a la posibilidad o no que tiene **TELEFÓNICA MÓVILES** de exigir a **COMUNICACIONES DIME** la constitución de una garantía, así como lo referente a las condiciones a las que desde la perspectiva regulatoria debe someterse su constitución.

El recurrente adicionalmente reitera lo manifestado en el escrito de solicitud que dio inicio al presente trámite y cita nuevamente lo dispuesto en el Artículo 50 de la Ley 1341 de 2009, al igual que los principios establecidos en dicha disposición. De este modo, trae a colación lo dispuesto en el Artículo 4.2.1.5 de la Resolución CRT 087 de 1997, e incluye un aparte que hace referencia a esta disposición contenido en el acto administrativo de carácter particular⁴ expedido por la CRC, por medio del cual fue resuelto un conflicto de interconexión entre TELMEX TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y UNITEL S.A. E.S.P., lo cual, desde su perspectiva, *"no se compadece con el hecho de que el mismo proveedor disponga condiciones discriminatorias para con terceros interconectantes, en el sentido de exigir garantías a algunos y a otros no"*⁵.

Consideraciones de la CRC

COMUNICACIONES DIME indica que la resolución objeto de recurso comporta una aplicación retroactiva de un acto administrativo respecto de una situación particular que ya había sido objeto de un pronunciamiento a través de lo dispuesto en la Resolución CRT 2206 de 2009, por medio de la cual la Comisión impuso servidumbre provisional de interconexión entre la red de este proveedor y la red de **TELEFÓNICA MÓVILES**.

En este sentido, el cargo presentado obliga a entrar en el análisis referente a los actos de imposición de servidumbre provisional y su alcance respecto de los pronunciamientos de solución de conflicto como del que se ocupa el presente recurso, habida cuenta de las consideraciones orientadas a hacer esta delimitación sobre el particular y que fueron incluidas en la parte motiva de la referida Resolución CRC 3044.

En efecto, en la mencionada resolución, se indicó que la vigencia de la servidumbre provisional contenida en la Resolución CRT 2206 de 2009, en nada impide que las partes puedan negociar sobre asuntos atinentes a la interconexión que estén por fuera del objeto del referido pronunciamiento y que, como consecuencia de dicha negociación, surjan nuevos puntos de

² Folio 156, expediente administrativo 3000-4-2-388.

³ Folio 156, expediente administrativo 3000-4-2-388.

⁴ Resolución CRT 1496 de 2006.

⁵ Folio 155, expediente administrativo 3000-4-2-388.

divergencia, circunstancia que legitima a cualquiera de los proveedores involucrados a acudir a la CRC, para que los mismos sean resueltos en ejercicio de la facultad administrativa de solución de conflictos que la Ley 1341 de 2009 le otorga. Prueba de ello, es precisamente la solicitud presentada por **COMUNICACIONES DIME** que dio origen al presente trámite, en la que este proveedor advirtió sobre la divergencia relacionada con la constitución de garantías, aspecto que sobrevino durante la etapa de ejecución de la interconexión ordenada por la CRC y que, claramente, desborda el alcance del mencionado acto de imposición de servidumbre provisional.

Por esta razón, constituye un contrasentido el argumento de el recurrente que ahora reclama la aplicación de la OBI de **TELFÓNICA MÓVILES** vigente al momento de la expedición de la Resolución CRT 2206 de 2009, cuando precisamente fue **COMUNICACIONES DIME** quien decidió acudir a la CRC a solicitar un nuevo pronunciamiento particular en torno al asunto de la constitución de garantías, dada la controversia advertida.

En ese sentido, bajo las reglas contenidas en el Título V de la Ley 1341 de 2009 debe decirse que la naturaleza del acto que se deriva de un trámite de solución de conflictos tiene la virtud de establecer, con base en la regulación aplicable al caso, aquéllas condiciones llamadas a dirimir un conflicto entre las partes con efecto vinculante, como consecuencia esperada por quien somete una controversia a decisión de la CRC. Así las cosas, de ninguna manera puede decirse que la resolución objeto de recurso conlleva una aplicación retroactiva de un acto administrativo respecto de una situación particular ya decidida, y no podría hacerlo dado el principio de irretroactividad que marca los actos administrativos⁶, en tanto que el acto derivado del presente trámite lo que pretende es dirimir con efectos hacia el futuro la divergencia surgida entre **COMUNICACIONES DIME** y **TELFÓNICA MÓVILES** respecto de la constitución de garantías, asunto que como se explicó en el acto recurrido, claramente escapa del alcance inicial de la mencionada servidumbre provisional y que, por ende, debía ser resuelta por la CRC en atención a la solicitud de solución de conflictos que con tal propósito presentó **COMUNICACIONES DIME**.

En consecuencia, los términos que en adelante deben seguir las partes en lo referente a la constitución de garantías contenidos en el acto administrativo que resuelve la controversia como efecto de la intervención de la CRC, están llamados a sumarse a las condiciones específicas que rigen esta relación de interconexión, sin perjuicio de lo que los proveedores pacten sobre el particular y, en todo caso, de conformidad con lo dispuesto en la regulación vigente.

De otra parte, y conforme se deriva de la síntesis de los demás argumentos presentados por el recurrente, debe decirse que la revisión del cargo debe partir de los supuestos de análisis que el recurrente ha planteado a lo largo de la actuación administrativa, esto es, la aplicación del principio de igualdad y trato no discriminatorio habida cuenta de las condiciones otorgadas por **TELFÓNICA MÓVILES** a otros proveedores frente a la exigibilidad de garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la interconexión, y el alcance del pronunciamiento particular de la CRC adicionado en el recurso, que hace referencia a la aplicación de los valores a pagar derivado de la ubicación de equipos asociados a la interconexión⁷.

Visto lo anterior, como primera medida corresponde determinar la naturaleza de los asuntos que ocupan este análisis en el marco de las relaciones de interconexión entre proveedores, dado que respecto de las materias asociadas a la obligación de acceso, uso e interconexión, existen aspectos en los cuales la intervención regulatoria no responde a una misma intensidad. En efecto, aspectos

⁶ En efecto, en relación con la irretroactividad de los actos administrativos en concepto del 25 de febrero de 1975 la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado indicó lo siguiente :

"... de conformidad con el artículo 30 de la Constitución Nacional y la Ley 153 de 1887, es norma general que la ley es irretroactiva, que sólo tiene efectos para el futuro, con miras a mantener la confianza, seguridad y certidumbre de las personas en el orden jurídico. Es norma de observancia para los Jueces y el legislador en garantía de situaciones nacidas válidamente al amparo de normas legítimamente existentes.

"De la irretroactividad de la ley se deduce la irretroactividad de los actos administrativos, los cuales no pueden surtir efecto con anterioridad a su vigencia. Sólo en forma excepcional puede un acto administrativo tener efectos hacia el pasado y siempre con base en una autorización legal.

"Los tratadistas de derecho administrativo son acordes al afirmar que el acto administrativo no produce efectos sino para el futuro. El profesor Riveró en su obra "Derecho Administrativo" sostiene que la aplicación de un acto administrativo con retroactividad puede dar lugar a su declaratoria de nulidad por exceso de poder, pues la Administración no puede hacer remontar los efectos de su decisión sino para el futuro. En su obra "El Principio de la Irretroactividad de los Actos Administrativos" afirma Lietourmer que la regla de la irretroactividad de los actos administrativos significa que un acto de esta índole no puede legalmente producir efectos en una fecha anterior a aquella de su entrada en vigencia." CONSEJO DE ESTADO. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Segunda. - Bogotá, D. E., 12 de diciembre de 1984. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Referencia: Juicio No. 9267.

⁷ Resolución CRC 1496 de 2006 "Por la cual se resuelve un conflicto de interconexión entre TELMEX TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y UNITEL S.A. E.S.P."

que cuentan con una mayor proximidad al núcleo esencial de las obligaciones de acceso, uso e interconexión, se encuentran sometidos a una intervención más fuerte en aras de garantizar los intereses de servicio público comprometidos, lo que en la mayoría de los casos supone un menor margen de disposición para los particulares, dada la regulación imperativa que sobre dichos aspectos recae.

En contraste, existen condiciones que al no ser indispensables para la materialización de la obligación de acceso, uso e interconexión, regulatoriamente revisten un carácter accesorio respecto de aquéllos aspectos fundamentales sin cuya definición la interconexión no es posible o siéndolo, no permiten que la misma cumpla con los propósitos encargados a este instituto en un mercado en competencia, tal y como ocurre con las condiciones en que han de proveerse y aplicarse los cargos de acceso, las instalaciones esenciales, los nodos de interconexión, la señalización entre redes, entre otros. Es de indicar que el concepto de ubicación al cual hace referencia el antecedente particular de la CRC citado por la recurrente, corresponde a una instalación esencial al tenor de lo dispuesto, en el Artículo 4.2.2.8^o de la Resolución CRT 087 de 1997, y en esa medida, se inscribe dentro este primer conjunto de condiciones.

En este orden de ideas, se encuentran entonces aspectos que por su naturaleza accesoria respecto del conjunto de términos y condiciones asociadas a la obligación acceso, uso e interconexión, son prescindibles, esto es que pueden o no estar definidos dentro de una relación de interconexión, sin que con ello se afecte el núcleo de esta obligación, o cuya definición ha sido librada a la autonomía de la voluntad de las partes.

Revisada la regulación, se advierte que el establecimiento de garantías conforme lo dispuesto en el artículo 4.4.11 de la Resolución CRT 087 de 1997, si bien es un elemento de los contratos de acceso, uso e interconexión y de las Ofertas Básicas de Interconexión, las condiciones y reglas en que las mismas han de establecerse han sido deferidas al acuerdo directo al que puedan llegar los proveedores parte de una relación de interconexión o a su exigibilidad por parte de un proveedor, para el caso de dicha oferta. De esta forma, en caso del surgimiento de un conflicto al respecto, corresponde a la CRC asegurar que la inclusión y definición de este tipo de condiciones en los mencionados instrumentos jurídicos se enmarquen dentro de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad propios de un mercado en competencia.

Bajo esta línea de pensamiento, la CRC debía proceder al análisis del asunto en controversia, como en efecto lo hizo, para lo cual tuvo en consideración los argumentos y los hechos expuestos a lo largo del presente trámite administrativo, aquéllo evidentemente comportaba analizar si a **TELEFÓNICA MÓVILES** le asiste o no el derecho a la incorporación de garantías para el afianzamiento del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la interconexión a la luz de lo dispuesto en la regulación y las condiciones que debían observarse para su constitución en términos razonables y de proporcionalidad. En efecto, sobre este particular la CRC en la resolución recurrida fijó el asunto en controversia en los siguientes términos:

*"Así las cosas, el desacuerdo en este punto versa respecto de si existe para **TELEFÓNICA MÓVILES** la posibilidad o no de hacer exigible a **COMUNICACIONES DIME** la constitución de una garantía a su cargo, así como las condiciones bajo las cuales la misma debe constituirse. Lo anterior, toda vez que **TELEFÓNICA MÓVILES** como oferta final aportada al trámite propone que debe constituirse una póliza de cumplimiento para el amparo de los pagos derivados de la interconexión o la constitución de una garantía líquida (Depósito en efectivo en cuenta bancaria, certificado a término - CDT-, aval bancario y/o carta de crédito) a favor de **TELEFÓNICA MÓVILES** y establece las consecuencias que acarrea la no renovación, ampliación o restablecimiento del instrumento elegido."*

En atención a lo anterior, la CRC constató que según lo dispuesto en la regulación vigente, específicamente en el artículo 4.4.11 de la Resolución CRT 087 de 1997, todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones tienen el derecho de definir garantías, marco dentro del cual la CRC estableció de manera clara los criterios que deben guiar su constitución al momento de desatar el conflicto planteado.

⁸ "ARTICULO 4.2.2.8. DISPONIBILIDAD DE INSTALACIONES ESENCIALES (...)

Se consideran instalaciones esenciales para efectos de la interconexión, las siguientes: (...)

9. El espacio físico y servicios adicionales necesarios para la colocación de equipos y elementos necesarios para la interconexión" (NFT)

En este orden de ideas, ha sido claro para la CRC que el asunto en debate dentro del presente trámite administrativo, no ha recaído únicamente sobre la viabilidad o no de incorporar cláusulas que garanticen el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la interconexión, sino también como lo reconoce **COMUNICACIONES DIME** en su recurso, en cuanto a la determinación de la garantía a implementar en el caso concreto, así como las condiciones y criterios de proporcionalidad y razonabilidad que deben rodear la definición de las reglas para su estructuración frente a una relación de interconexión en particular.

De este modo, como se indicó, la CRC determinó el problema jurídico, no sólo en lo referente a estipular la posibilidad o no que tiene **TELEFÓNICA MÓVILES** de exigir a **COMUNICACIONES DIME** la constitución de una garantía con ocasión de la interconexión, sino que además recogió dentro de la materia en discusión, lo referente a los tipos de instrumentos a utilizarse para tales efectos y los criterios a aplicar en su estructuración, para lo cual tuvo en cuenta la oferta de final presentada al trámite por parte de **TELEFÓNICA MÓVILES**. En efecto, la CRC como parte del acto administrativo recurrido, no sólo validó los parámetros previstos en dicha oferta final, entre otros, lo concerniente a la descripción del objeto de las garantías, vigencia mínima, plazo de renovación, valor asegurado equivalente a tres meses de cargos de acceso y los instrumentos a elegir para la estructuración de las mismas, sino que además moduló algunas condiciones asociadas a la terminación, bloqueo y suspensión de la interconexión, a la luz de lo previsto en el artículo 4.3.1 de la Resolución CRT 087 de 1997 y las reglas establecidas en la Resolución CRC 2661 de 2010.

Ahora bien, como se explicó atrás, otro de los supuestos a revisar planteados por el recurrente en su escrito guarda relación con la aplicación del principio de igualdad y trato no discriminatorio previsto en el artículo 4.2.1.5 de la Resolución CRT 087 de 1997.

En este sentido, el cargo formulado conduce al análisis referente a la materialización del mencionado principio en el caso concreto de la constitución de garantías, pues a pesar de que la inclusión de las mismas responde a una decisión propia del giro ordinario del negocio de la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones que la regulación defirió en los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, el ejercicio de esta potestad debe obedecer a sanos criterios de razonabilidad y proporcionalidad respecto de todo el conjunto de condiciones que deberán regir las relaciones de **TELEFÓNICA MÓVILES** con agentes a quienes se les brinde la interconexión bajo las mismas condiciones y exigencias referidas a la constitución de garantías.

Lo anteriormente expuesto no resulta contradictorio con el principio de trato no discriminatorio aludido por el recurrente, por el contrario la aplicación de dicho principio previsto en la regulación general está llamado a materializarse en este caso, de forma tal que **TELEFÓNICA MÓVILES** no podrá brindarle a **COMUNICACIONES DIME** un tratamiento menos favorable que el otorgado a otro proveedor que se apreste o se haya aprestado a constituir una garantía a efectos del amparo de las obligaciones que se desprenden de una interconexión de similares condiciones y no en cuanto a que se requiera o no a los diferentes proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, la constitución de este tipo de afianzamientos.

Finalmente, en relación con lo expuesto por **COMUNICACIONES DIME** sobre el aludido condicionamiento a la implementación de la interconexión establecida en la servidumbre provisional impuesta por la CRC, debe tenerse en cuenta que la presencia de puntos en divergencia que surjan durante la ejecución de una relación de interconexión, producto de un acto administrativo de imposición de servidumbre, no es excusa para que las partes desatiendan o dilaten el cumplimiento de la orden de interconexión inmersa en los actos administrativos de imposición de servidumbre provisional. Lo anterior, más aún si se tiene en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 1341 de 2009, la servidumbre provisional corresponde a una "*orden perentoria de interconexión inmediata*" dirigida a los particulares destinatarios de dicho acto.

Precisamente, fue por esta razón que la CRC, dentro de la parte resolutive del acto recurrido previó el traslado de los antecedentes recogidos a lo largo de la presente actuación administrativa al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de las circunstancias concernientes al desenvolvimiento de la situación narrada tanto por **COMUNICACIONES DIME** como por **TELEFÓNICA MÓVILES** en sus escritos referente al estado de la interconexión entre los proveedores parte del presente trámite administrativo. Lo anterior, en la medida en que la CRC no es la autoridad competente para efectos de analizar el presunto incumplimiento de los actos que contienen la servidumbre provisional, sino que tal competencia según la Ley 1341 de 2009,

corresponde al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones quien hace las veces de autoridad de control, inspección y vigilancia del sector.

Por lo expuesto, el cargo formulado por **COMUNICACIONES DIME** no resulta procedente.

En virtud de lo antes expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **COMUNICACIONES DIME S.A. E.S.P.** contra la Resolución CRC 3044 de 2011.

ARTÍCULO SEGUNDO. Negar las pretensiones del recurrente por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución y, en consecuencia, confirmar en sus todas sus partes la Resolución CRC 3044 de 2011.

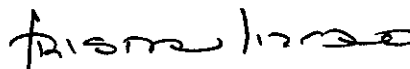
ARTÍCULO TERCERO. Notificar personalmente la presente resolución a los representantes legales de **COMUNICACIONES DIME S.A. E.S.P** y de **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, o a quienes hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo, advirtiéndoles que contra la misma no procede recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

Dada en Bogotá D.C., a los, **12 JUL 2011**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO MOLANO VEGA
Presidente



CRISTHIAN LIZCANO ORTÍZ
Director Ejecutivo

C.C. 16/06/2011. Acta No. 773.

S.C. 29/06/2011. Acta No. 254

LMDD/DAB

