

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



RESOLUCIÓN No. **3108** DE 2011

*"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** contra la Resolución CRC 2970 de 2011"*

**LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES**

En ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 1341 de 2009 y de conformidad con lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, y

**CONSIDERANDO**

**1 ANTECEDENTES**

Mediante la expedición de la Resolución CRC 2970 del 19 de enero de 2011, la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en adelante CRC, resolvió el recurso de reposición interpuesto por **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, en adelante **TELFÓNICA MÓVILES** contra la Resolución CRC 2618 de 2010<sup>1</sup>, por medio de la cual la CRC aprobó el contenido de la Oferta Básica de Interconexión -OBI- de dicho proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones, y fijó directamente las condiciones de interconexión en aquellos aspectos de dicha oferta que consideró apartados de la regulación vigente.

Con ocasión de la Resolución CRC 2970 del 19 de enero de 2011, la CRC concedió a **TELFÓNICA MÓVILES** la posibilidad de interponer recurso de reposición contra el artículo 3º de la mencionada resolución, toda vez que en el mismo se incluyó una modificación asociada a las condiciones de remuneración de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como respecto del servicio adicional de gestión operativa de reclamos establecidas en la Oferta Básica de Interconexión -OBI- de dicho proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones.

En atención a lo anterior **TELFÓNICA MÓVILES** mediante comunicación radicada en esta Entidad bajo el número 201130437 del 4 de febrero de 2011 presentó recurso de reposición, solicitando a la CRC revocar el artículo 3º de la Resolución CRC 2970 de 2011, y que en su lugar se declare y disponga: **i)** que el valor de la remuneración de la provisión de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como del servicio de gestión operativa de reclamos que efectúe **TELFÓNICA MÓVILES**, será el que se obtenga de aplicar la metodología establecida en la Resolución CRC 2583 de 2010, **ii)** declarar que mientras culmina la etapa de monitoreo, si la CRC estima necesario llevar a cabo el mismo, que el valor correspondiente sea de \$895 más IVA, conforme a la OBI registrada el 31 de octubre de 2008, **iii)** que de persistir la CRC con la aplicación de principios regulatorios y de continuar la negativa de la CRC de aplicar lo dispuesto en la Resolución CRC 2583 de 2010, determinar que el valor que **TELFÓNICA MÓVILES** tiene derecho a cobrar por la instalación esencial en comento será el que resulte de promediar los valores pactados en los contratos de interconexión suscritos por **TELFÓNICA MÓVILES** como proveedor de tales servicios o, **iv)** que en caso de no prosperar ninguna de las anteriores, se modifique el valor señalado en el artículo 3º de la Resolución CRC 2970 de 2011 fijando el valor de la provisión

<sup>1</sup> "Por medio de la cual se aprueba el contenido de la Oferta Básica de Interconexión - OBI de la empresa **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, y se fijan las condiciones de la interconexión"

de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como del servicio de gestión operativa de reclamos que efectúe **TELFÓNICA MÓVILES** con base en los contratos en donde éste tenga la calidad de interconectante, el cual deberá ceñirse de manera exclusiva a los componentes del servicio contemplados en el precio pactado.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto y dado que de conformidad con lo establecido en los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo, el recurso cumple con los requisitos de ley, el mismo deberá ser admitido y se procederá al estudio de los argumentos expuestos por la recurrente en el mismo orden propuesto en su escrito.

## **2 CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Previo a avocar el conocimiento de cada uno de los argumentos de la recurrente, la Comisión encuentra necesario hacer la siguiente consideración:

La Resolución CRC 2583 de 2010 estableció un mecanismo que les permitía a los proveedores de redes y servicios contar con una regla transparente de auto imputación objetiva y no discriminatoria de costos, para calcular el valor de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como el servicio adicional de gestión de reclamos, sin que se haya fijado un tope de precios para dicha instalación. En adición a lo anterior, la CRC a través del referido acto general en comento, determinó el inicio de un monitoreo respecto de la información reportada por los proveedores con el fin de hacer un seguimiento al comportamiento de los valores asociados a la remuneración por el suministro de las mencionadas facilidades.

Ahora bien, en el proceso de monitoreo de la metodología establecida en la Resolución CRC 2583 de 2010<sup>2</sup>, la CRC evidenció que los valores reportados por los distintos proveedores de redes y servicios no se sustentaban en criterios técnicos eficientes que justificaran plenamente la variabilidad de los resultados. Adicionalmente, en la ejecución del monitoreo se evidenció que los valores reportados presentaban desviaciones e inconsistencias, con lo cual el problema de asimetría de información presente antes de la aplicación de la metodología no sólo seguía presente, sino que adicionalmente se agravaba por cuanto los valores reportados distaban considerablemente de los valores establecidos en los contratos de interconexión suscritos por los proveedores.

Como consecuencia de lo anterior, la CRC identificó la necesidad de expedir la Resolución CRC 3096 del 15 de julio de 2011<sup>3</sup>, a través de la cual, previo análisis de cada una de sus particularidades, se fijó un tope regulatorio para la remuneración de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo cuando sea prestada de manera independiente, y otro para aquéllos casos en los que se requiera un valor de remuneración conjunto para la instalación esencial de facturación, distribución, recaudo y para el servicio adicional de gestión operativa de reclamos. Lo anterior comporta una evolución en la regulación expedida en la materia orienta a la remuneración eficiente de la instalación en estudio con ocasión del presente recurso.

En efecto, para la remuneración de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, se debe tener en cuenta que el artículo 2º de la Resolución CRC 3096 del 2011 estableció que dicho valor no podrá ser superior a seiscientos ochenta y cinco pesos con setenta y seis centavos (\$685,76) por factura, precio que comporta la remuneración de tal instalación esencial, así como su respectiva utilidad y el IVA. Ahora bien, en aquéllos casos en que los proveedores hayan establecido un valor de remuneración conjunto tanto para la provisión de la instalación esencial de facturación, distribución, recaudo, como para el servicio adicional de gestión operativa de reclamos, dicho valor no podrá ser superior a ochocientos trece pesos con cincuenta y dos centavos (\$813,52) por factura, precio que incluye la remuneración de la instalación esencial y el servicio adicional mencionados, así como su respectiva utilidad y el IVA. En esta medida, el valor de las facilidades, dependiendo de su remuneración de manera conjunta o separada en la OBI, deberá atender a los valores antes mencionados.

<sup>2</sup> Se debe señalar que la metodología establecida en la Resolución CRC 2583 de 2010 constituía un ejercicio de auto imputación de costos por parte de los proveedores, que partía de la base que los proveedores podían tener estructuras de costos diferentes entre sí, y que por lo tanto lo que se buscaba era que los mismos se distribuyeran de manera justa y no discriminatoria

<sup>3</sup> "Por la cual se establece un valor tope de remuneración de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, se define un valor tope de remuneración de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo y gestión operativa de reclamos cuando se prestan estos servicios de manera conjunta y se establecen otras disposiciones."

De otra parte, debe recordarse que la regulación no desconoce que los proveedores dentro de los procesos de negociación directa pueden pactar valores inferiores a los establecidos en la Resolución CRC 3096 del 2011, como quiera que los valores consignados en la OBI son valores de referencia, sin que ello implique que se esté desconociendo el alcance y efecto que la Ley 1341 de 2009 le dan a la OBI, en el caso en que un proveedor solicitante acepte las condiciones allí plasmadas para la definición de las condiciones bajo las cuales ha de desarrollarse su relación de acceso, uso o interconexión.

### **3 ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN**

Efectuada la anterior aclaración, la CRC procederá a pronunciarse respecto de los argumentos y peticiones planteadas por **TELEFÓNICA MÓVILES**, así:

#### **3.1 Sobre el cambio de criterio para determinar el valor de la remuneración por el uso de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como del servicio de gestión operativa de reclamos que efectúe TELEFÓNICA MÓVILES**

En relación con la decisión adoptada en el artículo 3º de la Resolución recurrida, **TELEFÓNICA MÓVILES** considera que la CRC se aparta de la Resolución CRC 2583 de 2010, dejando de lado la metodología para definir las condiciones de remuneración de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como del servicio de gestión operativa de reclamos, para tomar arbitrariamente un nuevo criterio para determinar el valor objeto de estudio, sin que dicho criterio estuviere definido en una norma de carácter general.

Agrega que a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CRC 2583 de 2010, el único mecanismo para determinar el valor que tienen derecho a cobrar por la prestación de la instalación esencial en comento es el señalado en dicha resolución, con lo cual señala que no le está dado a la CRC desconocer la regla fijada sin violar principios como los de seguridad jurídica y confianza legítima, propios de las actuaciones administrativas. De este modo **TELEFÓNICA MÓVILES** aduce que la CRC no puede ampararse en la actividad de monitoreo establecida en el artículo 10 de la referida Resolución CRC 2583 para fijar el precio para la instalación esencial mencionada.

Por otra parte, afirma **TELEFÓNICA MÓVILES** que la actividad de monitoreo para determinar si los valores reportados en la OBI presentan inconsistencias no puede ser excusa para que el valor obtenido luego de aplicar la metodología no sea aprobado por la CRC, en relación con lo cual considera que aceptar la inaplicabilidad del valor reportado sería contrario al querer de la Resolución CRC 2583 de 2010.

Agrega que la CRC se extralimita cuando decide fijar el precio de la instalación esencial que se analiza, tomando como base en el menor valor pactado en los contratos de acceso, uso e interconexión suscritos y no de conformidad con la metodología fijada en la referida Resolución CRC 2583, así sea de manera provisional mientras culmina el monitoreo, aduciendo que la decisión debió adoptarse a través de una resolución de carácter general, previo cumplimiento del procedimiento descrito en el Decreto 2696 de 2004, el cual considera que fue desconocido por la CRC al decidir en la resolución recurrida aplicar un criterio diferente al vigente, a través de una resolución de carácter particular contradiciendo las normas expedidas por la misma Comisión.

Por otro lado, **TELEFÓNICA MÓVILES** indica que ha atendido todos los requerimientos efectuados, y señala que ha expuesto ante la CRC las dificultades en entregar la información tal y como fue solicitada por dicha Entidad, sustentando cada impedimento, y poniendo a la entera disposición de la CRC los datos disponibles, una explicación de la metodología empleada, y el tiempo de los funcionarios dedicados en cada tema.

Agrega **TELEFÓNICA MÓVILES** que la CRC ha violado su derecho al debido proceso, mencionando que no se dio a éste la oportunidad de controvertir y aportar pruebas frente al valor adoptado en la resolución recurrida, sobre lo cual indica que toda la actuación, requerimientos y solicitudes de la CRC han hecho referencia a la metodología de la Resolución CRC 2583 de 2010 y "*nunca sobre un criterio que sorpresivamente fue sacado (SIC) aplicado por dicha Entidad*".

De este modo, **TELEFÓNICA MÓVILES** reitera la solicitud de revocatoria del artículo 3º de la Resolución CRC 2970 de 2011 y en su lugar acoger las peticiones presentadas por el recurrente, así:

2

2

- Declarar que el valor de la remuneración de la provisión de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como del servicio de gestión operativa de reclamos que efectúe **TELEFÓNICA MÓVILES**, será el que se obtenga al aplicar la metodología establecida en la Resolución CRC 2583 de 2011.
- De no accederse a lo anterior, solicita declarar que mientras culmina la etapa de monitoreo, si la CRC estima necesario llevar a cabo dicha etapa, el valor de la remuneración de la provisión de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como del servicio de gestión operativa de reclamos que efectúe **TELEFÓNICA MÓVILES**, sea el reportado por esta Compañía en la OBI inmediatamente anterior a la registrada el 14 de septiembre de 2009, esto es, \$895 más IVA, conforme a la OBI registrada el 31 de octubre de 2008.

### **Consideraciones de la CRC**

Para efectos de dar respuesta a los argumentos expuestos por **TELEFÓNICA MÓVILES**, la Comisión encuentra necesario reiterar cuáles fueron las razones que motivaron la expedición de la Resolución CRC 2583 de 2010.

En efecto, la Resolución CRC 2583 de 2010 se expidió precisamente en razón a que a partir de la actuación administrativa que tiene por objeto la aprobación de las OBIs, se identificó que los valores reportados sobre la provisión de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como el servicio adicional de gestión operativa de reclamos no presentaba una relación técnicamente comprobable con la información de costos que reportaron los proveedores en el marco de dicha actuación y los contratos de acceso, uso e interconexión.

Así mismo, no puede perderse de vista que las disposiciones de auto imputación de costos contenidas en la Resolución CRC 2583 de 2010 se encontraban acompañadas de unas reglas de monitoreo del comportamiento de los valores reportados por los proveedores, de tal suerte que la CRC pudiera revisar, analizar y validar el resultado de la aplicación de la metodología en comento, en aras de promover la competencia y generar reglas claras de remuneración.

Teniendo claro lo anterior, debe llamarse la atención sobre el hecho que la CRC hizo explícito el alcance y efecto del artículo 10 de la Resolución CRC 2583 de 2010, tanto mediante lo contemplado expresamente en dicho acto y el documento de respuestas a comentarios, como en las comunicaciones dirigidas a los diferentes proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones en las que se le informó claramente sobre el inicio de la etapa de monitoreo, por lo cual no puede afirmarse, como lo hace **TELEFÓNICA MÓVILES** en su escrito de reposición, que la CRC con la resolución recurrida está decidiendo con base en criterios diferentes a los advertidos al sector.

En efecto, en el caso objeto de análisis la CRC mediante comunicación de fecha 29 de noviembre de 2010 a través de radicado número 201053518, no sólo informó a **TELEFÓNICA MÓVILES** sobre el inicio de la etapa de monitoreo, sino que además en dicha comunicación se indicó que luego del registro y remisión de la información a la que hace referencia el artículo 9 de la Resolución CRC 2583 de 2010, se encontró que la información reportada presenta desviaciones frente a la información reportada con anterioridad en relación con el mismo tema.

Así, es claro que la CRC con el fin de dar aplicación y cumplimiento al debido proceso, informó a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que tuvieran OBIs aprobadas o pendientes de aprobación por parte de la CRC, sobre el inicio del monitoreo al que hace referencia el artículo 10 de la Resolución CRC 2583 de 2010 solicitando las memorias de cálculo mediante las cuales los proveedores facturadores obtuvieron los costos reportados a la CRC, sobre lo cual cabe mencionar que el mismo proveedor reconoce que ha tenido múltiples oportunidades de controvertir y aportar pruebas a lo largo del proceso que se adelanta en la presente actuación administrativa de aprobación de la OBI, máxime cuando **TELEFÓNICA MÓVILES**, como lo expone en su recurso, incluso señala que ha podido rendir ante la CRC las dificultades en entregar dicha información tal y como fue solicitada.

Debe ser claro para **TELEFÓNICA MÓVILES** que las solicitudes de información que realiza la Comisión no se satisfacen con la información que cada proveedor decida allegar, sino con la información que se solicita de manera precisa para el cumplimiento de las funciones regulatorias definidas por la Ley.

En este punto se considera oportuno aclarar que dadas las inconsistencias en la información reportada, la CRC se vio abocada a emplear otras fuentes de información, entre las cuales se destacan los contratos de interconexión registrados en el SIUST, sistema de información que constituye una fuente de información pública de accesibilidad permanente estructurada sobre la base de los reportes efectuados por los mismos proveedores de redes y servicios.

Teniendo en cuenta las inconsistencias detectadas, la Comisión debió acudir a la aplicación del principio de trato no discriminatorio en aras de garantizar una correcta aplicación de la OBI, procediendo al establecimiento de un valor para la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como de gestión operativa de reclamos, valor que en aplicación del principio de buena fe previsto tanto en la ley como en la regulación, tomó como sustento que todos los valores registrados en los contratos de acceso, uso e interconexión registrados entre **TELEFÓNICA MÓVILES** y los demás proveedores fueron acordados y definidos en aplicación de la regulación vigente y atienden al principio de costos eficientes.

Por tal motivo, la Comisión en uso de sus facultades fijó un valor de \$504 para **TELEFÓNICA MÓVILES**, en observancia del principio de trato no discriminatorio, y en ejercicio de las facultades legales a su cargo, basado en criterios objetivos y soportado en la información reportada por todos los proveedores de redes y servicios, incluida la información remitida por el recurrente. Cabe señalar que mediante la Resolución CRC 2969 de 2011, la CRC advirtió expresamente a **TELEFÓNICA MÓVILES** que en la medida en que lo expuesto en el numeral 3 de la misma, **correspondía a un hecho nuevo**, en aras del respeto al derecho al debido proceso, se otorgaba recurso de reposición contra lo expuesto en dicho numeral, recurso que se está resolviendo a través del presente acto administrativo.

En este punto, con relación al derecho de defensa, es pertinente citar lo expresado por la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante Sentencia 5607 del 2 de julio de 1982, Magistrado Ponente Joaquín Varín Tello:

*"Para que el interesado este en capacidad de ejercer debidamente su derecho de defensa frente a un acto que le es desfavorable o que lesiona intereses suyos, el funcionario correspondiente **debe indicarle que recursos administrativos pone la Ley a su disposición**. Si no obra así, hace creer al interesado que no procede ningún recurso, y que por lo tanto, está agotada la vía gubernativa" (NFT).*

Teniendo en cuenta lo anterior, y lejos de la supuesta vulneración alegada por el recurrente, es claro que la actuación de la Comisión ha brindado a **TELEFÓNICA MÓVILES** la oportunidad de intervenir y manifestar su posición en relación con todo lo solicitado durante el proceso de revisión y aprobación de la OBI y de igual modo, le dio a conocer la normatividad aplicable para efectos de la revisión y aprobación.

Así mismo, es del caso recordar que así como **TELEFÓNICA MÓVILES** tuvo oportunidad para allegar información, realizar ajustes, remitir los datos asociados a las condiciones planteadas en la OBI registrada, también ha tenido la oportunidad de debatir ampliamente, a través de la información que allegó durante el trámite respectivo, las respuestas a las solicitudes de complementación efectuadas y del recurso de reposición que acá se revisa, cada uno de los puntos sobre los cuales la CRC se pronunció.

Adicionalmente, debe señalarse que en desarrollo del monitoreo de que trata la Resolución CRC 2583 de 2010, la CRC procedió a revisar la información reportada no sólo por **TELEFÓNICA MÓVILES**, sino por todos los proveedores de redes y servicios que ofrecieran la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo así como el servicio adicional de gestión operativa de reclamos y, en tal sentido es preciso aclarar que los criterios definidos por la Comisión fueron aplicados de manera similar en todos los casos de las actuaciones administrativas particulares en las que se identificó la necesidad de adelantar una intervención regulatoria.

Así mismo, debe tenerse presente que la Comisión expresamente informó a los proveedores que dicho valor tendría vigencia hasta tanto se culminará la etapa de monitoreo y, en todo caso, **afecto a los desarrollos regulatorios generales que se adoptaran sobre este particular**, por lo cual, no puede ser de recibo la interpretación que **TELEFÓNICA MÓVILES** hace en su escrito de reposición cuando menciona que ante la decisión de la CRC de no aplicar de manera provisional lo consagrado en la Resolución CRC 2583 de 2010, *"no queda otra opción diferente a retrotraerse a lo señalado en la normatividad anterior, esto es, lo estipulado en la Resolución CRT 087 de 1997 en*

cuanto a que el criterio a tener en cuenta para definir el valor de dicha instalación esencial no será otro que costo más utilidad razonable y la obligación de registro del mismo en la OBI" y que, teniendo en cuenta que la OBI vigente es la aprobada en el año 2009, esta será la aplicable hasta tanto la CRC no apruebe un nuevo valor.

Con relación a lo dicho, en el acto recurrido expresamente se dispone lo siguiente:

*"En todo caso el valor al que se ha hecho referencia se encontrará afecto a las decisiones regulatorias de carácter general o particular que tome la CRC como resultado posterior a la etapa de monitoreo que ha iniciado tal y como ya se indicó, como desarrollo del postulado de intervención del Estado en la economía, de tal suerte que el mismo podría ser ajustado y/o actualizado en caso que la CRC establezca un ajuste a la metodología en forma posterior."*

En consecuencia, la decisión objeto de recurso es concordante con la integralidad de las reglas regulatorias contenidas en la Resolución CRC 2583 de 2010, la cual como se mencionó no sólo incluyó una regla de autoimputación de costos, sino también una labor de monitoreo de la información allegada por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, tendiente a revisar los valores correspondientes a la remuneración de la instalación esencial de facturación y recaudo, así como los del servicio adicional de gestión operativa de reclamos, reportados en las Ofertas Básicas de Interconexión.

Así, es claro que la CRC no puede acceder a la solicitud presentada por el recurrente, en la medida en que como antes se explicó, la CRC no desconoció la metodología definida en la Resolución CRC 2583, por ende no se generó inseguridad jurídica ni se expidió regulación "contradiendo las normas por ella misma expedidas".

De otro lado, con relación al argumento esgrimido por el recurrente según el cual la CRC se está extralimitando en sus funciones al fijar un valor para la instalación esencial en comento, cabe señalar que contrario a lo afirmado por **TELEFÓNICA MÓVILES**, la regulación del precio de esta instalación esencial se sustenta en las facultades contenidas en el numeral 3 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, referentes a la función de "expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia, los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión; así como la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, precios mayoristas, las condiciones de facturación y recaudo; el régimen de acceso y uso de redes; los parámetros de calidad de los servicios; los criterios de eficiencia del sector y la medición de indicadores sectoriales para avanzar en la sociedad de la información; y en materia de solución de controversias entre los proveedores de redes y servicios de comunicaciones" (SFT), en concordancia con uno de los principios orientadores de la Ley 1341 en mención, relativo al uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos y con lo consagrado en el artículo 10 de la Resolución CRC 2583 de 2010.

Por lo expuesto, no es cierto como lo señala **TELEFÓNICA MÓVILES** en su escrito de recurso, que la CRC de forma sorpresiva, se haya apartado de una resolución de carácter general que instruye a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones respecto de la metodología a aplicar para la determinación del valor de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como para la gestión operativa de reclamos, "*para tomar arbitrariamente un nuevo criterio para determinar el valor bajo estudio, sin que dicho criterio estuviere definido en una norma de carácter general*", toda vez que la definición del valor en debate, surge a la aplicación de las referidas disposiciones y de la facultad de monitoreo incluidos en la Resolución CRC 2583 de 2010, como ya se explicó.

Ahora bien, en cuanto a la supuesta violación de principios como los de seguridad jurídica y confianza legítima, resulta oportuno recordar que el concepto del principio de seguridad jurídica comprende la certeza del Derecho, entendida como, el conocimiento relativamente cierto de cuál es la norma o normas jurídicas aplicables a su caso<sup>4</sup>. Al respecto, "*la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el principio de la confianza legítima consiste en una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares por parte del Estado. Igualmente, ha señalado que este principio propende por la protección de los particulares para que no sean vulneradas las expectativas fundadas que se*

<sup>4</sup> ECHEVERRY URUBURU Álvaro, *La Constitución de 1991 y el principio de la seguridad jurídica*, Trabajo de posesión como miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2005

*habían hecho sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, y consentido expresa o tácitamente por la administración ya sea que se trate de comportamientos activos o pasivos, regulación legal o interpretación normativa.*<sup>16</sup>

De conformidad con lo mencionado, es claro que en el caso bajo estudio no se desatendieron los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, y por ende no se desconocía el sentido de las reglas expedidas por la Comisión, ya que por el contrario, los proveedores conocían con antelación que la Comisión estaba adelantando el monitoreo de los valores registrados por los proveedores de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como el servicio adicional de gestión operativa de reclamos, por lo que el cargo presentado no está llamado a prosperar por los motivos argumentados.

De acuerdo con lo expuesto, la CRC ha honrado los postulados asociados al debido proceso y derecho de defensa y contradicción de **TELFÓNICA MÓVILES** a lo largo de la actuación administrativa que se adelanta en el marco de la revisión y aprobación de la Oferta Básica de Interconexión, situación por supuesto evidenciada en la resolución recurrida, en la que se indicó expresamente que "[e]n la medida en que lo expuesto en el presente numeral corresponde a un hecho nuevo, la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en aras del debido proceso, otorgará el recurso de reposición contra lo expuesto en el mismo (...)"(SFT)

Teniendo en cuenta lo anterior, y lejos de la supuesta vulneración alegada por la impugnante, es claro que la Comisión ha brindado a los proveedores de redes y servicios, y en este caso a **TELFÓNICA MÓVILES**, la oportunidad de intervenir y manifestar su posición en relación con todo lo solicitado durante el proceso de revisión y aprobación de la OBI y de igual modo ha sucedido en el caso que nos ocupa, contando como prueba de ello el análisis que acá se presenta como resultado de las consideraciones presentadas por el recurrente. De este modo, es del caso señalar que a través de su escrito de recurso, se otorgó a **TELFÓNICA MÓVILES** la oportunidad de debatir ampliamente la decisión que acá se analiza.

De acuerdo con los elementos expuestos por la CRC, no procede acoger las solicitudes de **TELFÓNICA MÓVILES** en este punto, por lo que el cargo no está llamado a prosperar.

### **3.2 Sobre el criterio del menor valor pactado en los contratos para fijar la remuneración de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como del servicio de gestión operativa de reclamos que efectúa TELFÓNICA MÓVILES**

**TELFÓNICA MÓVILES** retoma las disposiciones contenidas en la Resolución CRC 2970 de 2011 para afirmar que la Comisión revoca de oficio su decisión inicial señalada en la resolución recurrida de considerar que el valor a remunerar por el servicio objeto de estudio, será el registrado con base en la metodología de la Resolución CRC 2583 de 2010. En particular reitera que mientras se adelanta la etapa de monitoreo, el criterio adoptado por la CRC para definir el valor de la remuneración tuvo que ver con el análisis de los diferentes contratos de acceso, uso e interconexión suscritos por **TELFÓNICA MÓVILES** que se encuentran registrados en el SIUST, tomando el menor valor ofrecido por **TELFÓNICA MÓVILES**.

En adición a las consideraciones resumidas en el numeral anterior, **TELFÓNICA MÓVILES** presenta argumentos adicionales con base en los cuales se opone al criterio seleccionado por la CRC en la Resolución recurrida, según se expone en el presente numeral.

El recurrente interpreta que, a partir de la aplicación del principio de igualdad, la CRC encontró que **TELFÓNICA MÓVILES** establece un tratamiento diferente a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones al evidenciar que no son iguales los valores pactados entre ellos para remunerar la instalación esencial de estudio, indicando que la Comisión no presenta análisis tendientes a determinar si es razonable o proporcionado que los contratos de interconexión contemplen diferentes precios. Al respecto agrega que la CRC desconoce que en las relaciones de interconexión se pueden presentar distinciones propias de la relación que permiten eventualmente contratar la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como del servicio de gestión operativa de reclamos dependiendo de la necesidad del operador interconectado, citando varios ejemplos a partir de los cuales indica que los valores pactados pueden ser menores, sin que

<sup>16</sup> <http://iusconstifil.blogspot.com/2009/09/principio-de-confianza-legitima-en-la.html>

por ello se presente un trato discriminatorio o se viole el principio de acceso igual cargo igual, precisamente por no estar los proveedores en las mismas circunstancias.

A partir de lo anterior **TELEFÓNICA MÓVILES** indica que, si se aplica el principio citado sin realizar el análisis de igualdad, se llevaría a la inutilidad de los contratos de interconexión y a la primacía de la desigualdad en los mismos, aduciendo que la CRC actuó de tal modo al hacer una relación elemental de los valores pactados en los contratos, sin tener en cuenta las situaciones particulares y los elementos que incluyen dicho valor. Sobre este aspecto se argumenta que los contratos relacionados en la Tabla 1 del acto administrativo recurrido ni siquiera aplican, por no ser **TELEFÓNICA MÓVILES** en tales relaciones el operador interconectante sino el operador interconectado. Así mismo **TELEFÓNICA MÓVILES** cita algunas referencias a contratos y valores en los que encuentra inconsistencias, agregando que el valor de **ORBITEL S.A. E.S.P.** tomado como referencia por la Comisión para la definición del valor asociado a la remuneración de la instalación esencial referida no es el real después de aplicar el IPC correspondiente y además no incluye IVA.

Agrega **TELEFÓNICA MÓVILES** que al no haber hecho el análisis objetivo de dicho precio, la CRC obliga a **TELEFÓNICA MÓVILES** a ofrecer un precio igual a todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones cuando las condiciones de prestación del servicio son diferentes para todos los operadores, por las particularidades pactadas en los contratos de interconexión, lo que conduce a igualar las condiciones del servicio sin que se tenga en cuenta los componentes particulares del servicio solicitados y pactados con los proveedores de redes y servicios.

Adicionalmente, considera **TELEFÓNICA MÓVILES** que el acto administrativo no está motivado, y al menos no se evidencia un análisis jurídico y técnico sobre el tema en cuestión, que permitiera a la CRC concluir que los contratos de interconexión suscritos por **TELEFÓNICA MÓVILES** relacionados en la Tabla 1 de la Resolución CRC 2970 de 2011 eran discriminatorios y que sirvió de base para modificar lo pactado en ellos, al fijar el menor valor encontrado en los mismos para el servicio en cuestión.

De este modo, **TELEFÓNICA MÓVILES** solicita en este punto y al final de su escrito de recurso, que se decreten las siguientes pruebas: **i)** copia del documento que contenga el análisis jurídico y técnico realizado por la CRC que fundamente la conclusión del trato discriminatorio de **TELEFÓNICA MÓVILES** plasmado en los contratos de interconexión relacionados en la Tabla 1 de la Resolución 2970 de 2011 y **ii)** copia de los Contratos de Interconexión relacionados en la Tabla 1 del acto recurrido, en los que a juicio de la CRC, **TELEFÓNICA MÓVILES** ofrece el servicio de facturación, distribución y recaudo, así como del servicio de gestión operativa de reclamos a los precios allí mencionados a los operadores interconectados.

### **Consideraciones de la CRC**

Para abordar la temática propuesta por el recurrente, la CRC analizará en primer lugar la procedencia del decreto y práctica de las pruebas solicitadas, a la luz de la normatividad procesal vigente, para luego avocar el análisis de los cargos propuestos por **TELEFÓNICA MÓVILES** sobre la necesidad de contar con un estudio concluyente en el que se analice la aplicación de trato discriminatorio por parte de dicho proveedor, además de la necesidad de aplicar el principio de igualdad sobre lo cual señala que pueden existir particularidades asociadas a cada relación de interconexión que hacen que los valores incluidos en los contratos por concepto de la remuneración de la provisión de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como del servicio de gestión operativa de reclamos.

#### **3.2.1 Consideraciones en cuanto a la solicitud de pruebas presentada en el recurso de TELEFÓNICA MÓVILES**

Al respecto, en primer lugar debe recordarse que conforme lo establece el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo –CCA–, los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer el recurso de apelación se haya solicitado la práctica de pruebas o **que el funcionario que haya de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio**. Sobre este tema, el tratadista Carlos Betancur Jaramillo, ha explicado lo siguiente:

*"b). Decisión de recursos y pruebas.*

φ

78

*Aunque el texto es bastante claro, se han presentado algunas dudas frente al de reposición, en especial en torno a si puede el que lo solicita pedir la práctica de pruebas.*

*Creemos que la interpretación armónica de los textos es ésta: La decisión de plano de los recursos mencionados constituye la regla general. Pero **mientras el de reposición estará sujeto a esta regla, sin excepciones**, el de apelación podrá dar lugar a un término para la práctica de pruebas, cuando el recurrente lo solicite así al interponerlo o el funcionario considere que debe decretarlas de oficio<sup>6</sup>. (SFT y NFT)*

Del aparte transcrito claramente se puede concluir que en el trámite en sede administrativa del recurso de reposición no se admite la práctica de las pruebas, en tal medida el recurrente puede, en el sede de recurso de apelación y solamente en esa instancia, conforme lo prevé el numeral 3 del artículo 52 del CCA, **presentar o adjuntar pruebas (documentales)** para justificar sus pretensiones o de **oficio** el funcionario las puede decretar, sólo si lo considera necesario.

Adicionalmente, es del caso tener en cuenta que el H. Consejo de Estado mediante Sentencia del 29 de mayo de 2003, al referirse a la procedencia y conducencia de las pruebas en sede de vía gubernativa, indicó que si bien "la ley no previó periodo probatorio alguno, **ello no significa que no puedan tenerse en cuenta las pruebas que el recurrente presente y adjunte en el escrito de sustentación**, ya que tomar una decisión no significa que en su motivación esté ausente la valoración de las pruebas. Además, nada obsta que el funcionario competente para decidirlo, para garantizar la transparencia de su actuación, la imparcialidad y el derecho a la defensa, **decrete de oficio, las pruebas que se le han solicitado en el recurso de reposición, o las que él considere pertinentes**" (NFT).

En este orden de ideas, resulta claro que si bien efectivamente la autoridad administrativa debe valorar las pruebas que se alleguen con ocasión del recurso de reposición y decretar de oficio algunas pruebas, ellas deben ser **conducentes, pertinentes y útiles**, para que cumplan con la finalidad de lograr la convicción del fallador sobre la existencia o inexistencia de los hechos que estructuran la relación material que se controvierte en la actuación administrativa.

En cumplimiento de lo anterior, y por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo se encuentra que el Código de Procedimiento Civil señala en el artículo 178 que las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso so pena de su rechazo *in limine*, lo cual implica analizar si las mismas cumplen o no con los conceptos de pertinencia<sup>7</sup>, conducencia<sup>8</sup> y utilidad<sup>9</sup>.

Tomando en consideración los elementos antes expuestos, y a partir de las consideraciones presentadas por la Comisión en el numeral 3.1 de la presente resolución, se considera que la práctica de pruebas solicitada no es necesaria, toda vez que para efectos de la definición del valor a pagar por la provisión de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como el servicio adicional de gestión operativa de reclamos, la CRC adoptará lo establecido en la Resolución CRC 3096 de 2011, y en tal sentido no se estima procedente decretar pruebas para conseguir información que no afectará la posición adoptada por la Comisión sobre el particular, lo cual se traduce en que las pruebas solicitadas resultan innecesarias y, por lo tanto, deben ser rechazadas en los términos del artículo 178<sup>10</sup> del Código de Procedimiento Civil, en razón a que no se satisface el atributo de utilidad de las mismas.

### **3.2.2 Consideraciones en relación con la necesidad de contar con estudios de trato no discriminatorio por parte de TELEFÓNICA MÓVILES**

Frente a la referida necesidad de contar con un estudio en el que se evidencie la aplicación de trato discriminatorio por parte del recurrente, se considera necesario señalar que la Comisión no ha aducido y argumentado la existencia de un análisis en el que se evidencie trato discriminatorio por

<sup>6</sup> BETANCUR JARAMILLO CARLOS, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, página 187

<sup>7</sup> Es la relación entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso, **por ello, el fallador debe hacer un análisis sobre ellos para determinar si tienen que ver con el tema, en caso contrario debe ser rechazada.**

<sup>8</sup> Se entiende que el medio de prueba utilizado para demostrar un hecho determinado se ciña al asunto materia del proceso, de lo contrario deberá ser rechazada.

<sup>9</sup> La prueba debe prestar algún servicio al proceso, si no lo presta, es inútil. Pruebas inútiles son aquellas que quieren demostrar algo que ya está probado en el proceso.

<sup>10</sup> **"ARTÍCULO 178. RECHAZO IN LIMINE.** Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará *in limine* las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifestaciones superfluas."

parte de **TELFÓNICA MÓVILES**, para fijar un valor con base en la información de contratos de interconexión registrados en el SIUST sobre la remuneración de la provisión de la instalación esencial en examen.

De este modo, según se ha indicado tanto en la resolución recurrida como en la presente, teniendo en cuenta los resultados del monitoreo de la información reportada por los proveedores y su posterior análisis se encontró que se presentaron desviaciones e inconsistencias, a partir de lo cual se resolvió aplicar el principio de trato no discriminatorio en la resolución particular que es objeto del presente recurso, realizando un análisis de los contratos de interconexión registrados en el SIUST en los que **TELFÓNICA MÓVILES** figura como interconectante, tomando en consideración las diferencias aplicables a cada contrato y acogiendo el menor valor bajo el entendido que el mismo debe atender al criterio de costos eficientes y que los proveedores parte de dichos contratos observaron lo dispuesto en la regulación vigente. En tal sentido, la CRC entiende que no se estaría violando el principio de igualdad, máxime si el valor adoptado se eligió a partir de las condiciones pactadas por **TELFÓNICA MÓVILES** con otros proveedores.

En adición a lo antes expuesto, es preciso aclarar que la CRC desconoce los registros de información que posea **TELFÓNICA MÓVILES** a la fecha, toda vez que la información empleada para la definición del valor recurrido fue extraída del SIUST, información esta que es responsabilidad directa de los proveedores mantener debidamente actualizada, de conformidad con lo establecido en los artículos 6 y 17 de la Resolución CRT 1940 de 2008.

De esta forma, contrario a lo manifestado por **TELFÓNICA MÓVILES** no es cierto que el acto administrativo que se recurre no esté motivado, ni que en el mismo no se evidencie un análisis jurídico y técnico sobre el tema en cuestión, toda vez que como se ha explicado la decisión obedeció a lo advertido al sector durante todo el desarrollo del proceso de aprobación de las OBI.

### **3.3 Sobre la diferencia generada ante los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones al adoptar por parte de la CRC diferentes criterios para fijar el valor de la remuneración por el uso de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, así como del servicio de gestión operativa de reclamos**

**TELFÓNICA MÓVILES** se refiere a este aspecto, aseverando que el criterio adoptado en la resolución recurrida para fijar el valor por el servicio señalado en este numeral, no es el criterio que de manera general aplicó la CRC para todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, sobre lo cual indica que la información disponible en el SIUST da cuenta que para otros proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, la CRC mantuvo el criterio de la metodología de la Resolución CRC 2583 de 2010 para determinar el valor de la remuneración del servicio en comento y no el del menor valor pactado, como lo hizo con el recurrente.

En este sentido, **TELFÓNICA MÓVILES** agrega que tal situación se presenta respecto de aquellos proveedores de redes y servicios que no presentaron recurso de reposición ante la Resolución que les aprobó su OBI o aquellos que presentaron recurso pero la CRC no modificó la metodología para determinar el valor de la instalación esencial objeto de recurso, sobre lo cual aduce que se genera una clara desigualdad y diferencia ante la manera mediante el cual el proveedor de redes y servicios debe definir el valor asociado a la remuneración de la instalación en comento.

#### **Consideraciones de la CRC**

En el caso bajo estudio, el acto administrativo objeto de recurso forma parte de un proceso de regulación particular, orientado entre otros, a la fijación de un valor para la remuneración de la provisión de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo así como de gestión operativa de reclamos, fruto de la revisión que la CRC efectuó a las OBI de los diferentes proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 51 de la Ley 1341 de 2009 y que generó la expedición de actos de carácter concreto.

En este sentido, en relación con las resoluciones que no fueron objeto de recurso, cabe señalar que la CRC obró conforme a derecho en la medida en que siguiendo lo consagrado en el Código Contencioso Administrativo otorgó los recursos de Ley, pero es propio de la órbita de decisión de cada proveedor hacer uso o no de la vía gubernativa, por lo cual no se puede hablar de trato desigual, máxime cuando como se mencionó anteriormente, los análisis particulares relacionados con la fijación del valor de la instalación esencial en comento estaban sujetos a la facultad de

monitoreo establecida en la Resolución CRC 2583 de 2010 y en los desarrollos regulatorios posteriores de carácter general. De esta forma, contrario a lo que esgrimido por **TELFÓNICA MÓVILES**, las reglas fijadas en esta materia fueron aplicadas a todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones.

En virtud de lo expuesto,

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO.** Admitir el recurso de reposición interpuesto por **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** contra la Resolución CRC 2970 de 2011.

**ARTÍCULO SEGUNDO.** Negar las pretensiones de **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, y en su lugar confirmar en todas sus partes la Resolución CRC 2970 de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo, advirtiendo que para efectos de la aprobación de la presente OBI, la definición del valor de remuneración de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo y de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo y gestión operativa de reclamos cuando se prestan estos servicios de manera conjunta, se rigen por lo dispuesto en la regulación general contenida en la Resolución CRC 3096 de 2011, o aquella que la modifique o adicione.

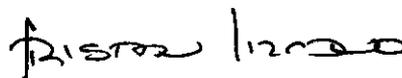
**ARTÍCULO TERCERO.** Notificar personalmente la presente resolución al representante legal de **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** o a quien haga sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo, advirtiéndole que contra la misma no procede recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

Dada en Bogotá, D.C. a los **10 AGO 2011**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**DIEGO MOLANO VEGA**  
Presidente



**CRISTHIAN LIZCANO ORTÍZ**  
Director Ejecutivo

C.C 22/07/2011, Acta 778

S.C.27/07/2011, Acta 255

LMD/DAB/SMS/CHR