

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. **3 4 9 4** DE 2011

*"Por la cual se resuelve el conflicto surgido entre **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** y **SISTEMAS SATELITALES DE COLOMBIA S.A. E.S.P.**"*

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las que le confiere el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, y

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Que mediante comunicación con radicado No. 2011335941, **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A** en adelante **TELEFÓNICA MÓVILES**, solicitó a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en adelante CRC, resolver el conflicto surgido entre dicho proveedor y **SISTEMAS SATELITALES DE COLOMBIA S.A E.S.P**, en adelante **SSC**, en la implementación de la interconexión directa acordada por las partes en razón a la constitución por parte de **SSC** de una garantía que cubra las obligaciones de pago.

Que en atención a lo anterior, mediante oficio con radicado No. 201133594, el Director Ejecutivo de la CRC dio inicio a la respectiva actuación administrativa el día 2 de septiembre de 2011, para lo cual corrió traslado de la mencionada solicitud y remitió a **SSC** copia de la misma para que se pronunciara sobre el particular. En respuesta al traslado efectuado, **SSC** presentó el ocho (8) de septiembre de 2011 su escrito de observaciones al trámite bajo el radicado número 201133834.

Que en virtud de lo previsto en el artículo 45 de la Ley 1341 de 2009, el Director Ejecutivo de la CRC mediante oficio No. 201153949 convocó a las partes a la audiencia de mediación respectiva, la cual se llevó a cabo el día 27 de septiembre de 2011 en las instalaciones de la CRC, conforme consta en el acta que reposa en el expediente del trámite², en la cual las partes no lograron acuerdo sobre la diferencia planteada.

2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

2.1. Argumentos de TELEFÓNICA MÓVILES

TELEFÓNICA MÓVILES expone que suscribió con **SSC** un contrato de acceso, uso e interconexión directa para el tráfico de voz entre las redes de TMC de **TELEFÓNICA MÓVILES** y la red de larga distancia internacional de **SSC**.

¹ Expediente Administrativo 3000-4-2-404

Expediente Administrativo 3000-4-2-404

Indica que en el citado contrato se pactó que **SSC** debía constituir a favor de **TELEFÓNICA MÓVILES**, una garantía (póliza de seguro) para amparar el cumplimiento del contrato por un valor asegurado de (\$625.000.000) con una vigencia de 24 meses, la cual debería ser renovada por **SSC** por periodos de 12 meses, mientras estuviera vigente el contrato entre las partes.³

Argumenta que **SSC** constituyó la póliza de cumplimiento y una póliza aclaratoria a la misma, en donde garantizaba el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato C-0524-10 suscrito el 9 de agosto de 2010.

Manifiesta **TELEFÓNICA MÓVILES** que la póliza y aclaración presentadas para cubrir el incumplimiento no cobijaba obligaciones de pago real, en concreto en lo pertinente al pago de cargos de acceso.

Ante esta situación **TELEFÓNICA MÓVILES**, le comunicó a **SSC** que debía constituir garantía líquida que cubriera obligaciones de pago de los cargos de acceso, lo anterior fundamentado en la aplicación de la regulación vigente que permite a **TELEFÓNICA MÓVILES** fijar garantías, así como al comportamiento de algunos operadores de larga distancia que no cumplen con las obligaciones de pago, al hecho de que la interconexión no se ha implementado, al hecho cierto de que la exigencia de garantías que respalden obligaciones de pago fue avalada por la CRC con la aprobación de la OBI, y a que la garantía que avale el pago de los cargos de acceso no viola el principio de irretroactividad de los actos administrativos, por cuanto se exige como consecuencia del acto jurídico de aprobación de la OBI que tiene efectos a futuro, respecto de las condiciones en que se va a desarrollar la interconexión.⁴

Finalmente, señala que **SSC** se ha negado y continúa negándose a reconocer el derecho de **TELEFÓNICA MÓVILES** de exigir una garantía líquida que cubra el pago por cargos de acceso.

Presenta como oferta final que la CRC en su condición de ente regulador y en uso de sus facultades desate el conflicto y determine que conforme a la regulación vigente **TELEFÓNICA MÓVILES** puede solicitar la constitución de garantías para asegurar el pago de los costos de interconexión referentes a los cargos de acceso y que dicha garantía debe cubrir las obligaciones de pago conforme a la OBI.

2.2. Argumentos de SSC

SSC en su escrito de contestación de fecha 8 de septiembre de 2011 con radicado interno 201133834 manifiesta que es cierto que entre las partes existe un contrato de acceso, uso e interconexión.

Al respecto transcribe lo establecido en la cláusula trigésima primera del contrato en cuanto a la obligación de constituir a favor de **TELEFÓNICA MÓVILES** una garantía consistente en póliza de seguro, expedida por aseguradora legalmente establecida en el país y sometida a vigilancia permanente por parte de la Superintendencia Financiera, e indica que tal y como lo reconoce **TELEFÓNICA MÓVILES**, **SSC** constituyó la póliza requerida.

Señala además que la interconexión se encuentra implementada y lista para su ejecución desde el 15 de julio de 2011 y que a la fecha **TELEFÓNICA MÓVILES** se encuentra bloqueando la interconexión exigiendo garantías adicionales a las establecidas en su OBI, la cual fue cumplida en su totalidad por **SSC** como requisito previo de **TELEFÓNICA MÓVILES** para la suscripción del contrato.

Adicionalmente, **SSC** transcribe la respuesta que dio a **TELEFÓNICA MÓVILES** de fecha 18 de julio de 2011 en donde indica que no desconoce la regulación que permite a **TELEFÓNICA MÓVILES** exigir garantías, pero que la garantía que le fue exigida fue la que en su momento tenía establecida en su OBI y que la misma fue entregada y aprobada por **TELEFÓNICA MÓVILES** y que por tal motivo fue que se procedió a firmar el contrato.

³ Expediente Administrativo 3000-4-2-404 folio 3

⁴ Expediente Administrativo 3000-4-2-404 folios 4 y 5

Manifiesta también que se han realizado todas y cada una de las actividades necesarias para la entrada en producción de la interconexión y que por tal motivo el día 15 de julio de 2011 remitieron a **TELEFÓNICA MÓVILES** modelo de acta de inicio sin que la misma haya sido suscrita por dicho proveedor.

Así mismo, explica que en razón a que **SSC** considera la ocurrencia de un incumplimiento contractual, procedió a radicar en las oficinas de **TELEFÓNICA MÓVILES**, conforme al procedimiento indicado en el contrato de interconexión, una comunicación mediante la cual se acogen a la instancia de representantes legales.

Como puntos de divergencia señalan que el único existente es el bloqueo que de la interconexión está haciendo **TELEFÓNICA MÓVILES**, toda vez que la misma se encuentra implementada y lista para su ejecución, aún cuando ambas partes afirman que el contrato de interconexión se ha cumplido.

En cuanto a las pretensiones se oponen a la exigencia de **TELEFÓNICA MÓVILES** de constituir una garantía en la forma indicada por estos, toda vez que la OBI aprobada por la CRC no lo determina así, indicando que en ese sentido **SSC** cumple con las condiciones establecidas en el Contrato de Interconexión y en la OBI.

Como oferta final **SSC** solicita a la CRC que ordene el cese del bloqueo de la interconexión y corra traslado al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para lo de su competencia.

3. CONSIDERACIONES DE LA CRC

3.1 Sobre la competencia de la CRC

Con fundamento en lo previsto en la Ley 1341 de 2009, la CRC cuenta con competencias legales para efectos de expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión, el régimen de acceso y uso de redes, así como para efectos de expedir regulación en materia de solución de controversias entre los proveedores de redes y servicios de comunicaciones.

Así mismo, el numeral 9º del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, dispone que es competencia de la CRC, *"Resolver controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia"*.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que a esta Comisión le corresponde pronunciarse en relación con las divergencias planteadas en los términos que se exponen en el numeral 3.3 de la presente resolución y, como consecuencia, se analizarán las consideraciones y argumentos planteados por las partes, frente a lo dispuesto por la regulación vigente.

3.2. Sobre el cumplimiento de los requisitos de forma y procedibilidad

Antes de delimitar los asuntos en controversia, resulta necesario verificar el cumplimiento de los requisitos de forma y procedibilidad que exige la normatividad vigente para el trámite de la presente actuación administrativa, esto es: (i) agotamiento del plazo de negociación directa dispuesto en el artículo 42 de la Ley 1341 de 2009, (ii) que se presente solicitud de parte por escrito y (iii) que en la solicitud se haga referencia a la imposibilidad de llegar a un acuerdo, expresando de manera clara los puntos de acuerdo y desacuerdo y en la que, además, se incluya la oferta final respecto de estos últimos conforme al artículo 43 de la referida Ley.

En el caso particular se evidencia que en el escrito de la solicitud del trámite radicado ante la CRC, **TELEFÓNICA MÓVILES** hizo referencia al punto de divergencia⁵ y, en línea con lo anterior, este proveedor presentó su propuesta u oferta para dirimir el asunto en controversia⁶.

⁵ Expediente Administrativo 3000-4-2-404 Folios 5 y 6.

⁶ Expediente Administrativo 3000-4-2-404. Folio 6

Igualmente, se advierte que hubo un proceso de negociación directa adelantado por las partes, de lo cual da cuenta lo expuesto en la comunicación remitida por **TELEFÓNICA MÓVILES a SSC** el 30 de junio de 2011, la respuesta de **SSC** del 07 de julio y la celebración de CMI de fecha 04 de agosto de 2011 en la cual se debatió el punto de divergencia, lo anterior evidencia que entre el requerimiento presentado por **TELEFÓNICA MÓVILES** y la radicación ante esta Comisión de la solicitud de solución de conflicto, transcurrió un término mayor de los treinta (30) días calendarios a los que hace referencia el artículo 42 de la Ley 1341 de 2009.

Así las cosas, es claro que la solicitud de solución de conflicto presentada por **TELEFÓNICA MÓVILES** cumple con la totalidad de los requisitos definidos en la Ley, razón por la cual la CRC deberá proceder al estudio de la controversia puesta a su consideración en la mencionada solicitud en los siguientes términos:

3.3. Sobre el asunto en controversia

De conformidad con los argumentos expuestos por las partes, se identifica que el aspecto en divergencia está relacionado con la procedencia de la modificación de las condiciones pactadas en la interconexión vigente entre las partes desde el nueve (09) de agosto de 2010, en atención a las modificaciones o ajustes incluidos con posterioridad en la OBI de **TELEFÓNICA MÓVILES** aprobada por CRC mediante Resolución 2609 del 06 de agosto de 2010 y 2970 del 19 de enero de 2011 que resuelve el recurso de reposición interpuesto por **TELEFÓNICA MÓVILES**.

Teniendo en cuenta lo anterior, en este aparte de la resolución la CRC deberá hacer referencia a dos asuntos a saber: **(i)** el efecto que tiene la OBI de **TELEFÓNICA MÓVILES** aprobada por la CRC mediante Resoluciones 2609 del 6 de agosto de 2010 y 2970 del 19 de enero de 2011 que resuelve el recurso de reposición, respecto de la relación de interconexión directa existente entre las partes con ocasión de la suscripción del Contrato de Acceso, Uso e Interconexión Número C-0524-10 **(ii)** y la operatividad de la interconexión a la luz del contrato suscrito entre las partes.

3.3.1. Sobre el alcance de la OBI en las relaciones de interconexión existentes

Como se anotó en la parte de los antecedentes, **TELEFÓNICA MÓVILES** afirma que para la implementación de la interconexión acordada mediante contrato C-0524-10 suscrito el 09 de agosto de 2010 se hace necesario garantizar las obligaciones de pago relacionadas con el contrato de interconexión, específicamente las obligaciones relacionadas con el pago de los cargos de acceso, razón por la cual debe procederse a la ampliación o modificación de la póliza ya constituida.

Para el análisis de lo expuesto por **TELEFÓNICA MÓVILES**, la CRC considera importante aclarar el concepto de la Oferta Básica de Interconexión, para así poder identificar el efecto de la misma en las relaciones de interconexión en curso. En efecto, según lo dispuesto por la normatividad nacional vigente, la OBI es un proyecto de negocio jurídico que se da como una de las alternativas para la generación de una relación de interconexión, proyecto que todos los proveedores de redes y servicios deben poner a disposición del público para que con su simple aceptación por parte de un proveedor se genere un acuerdo de acceso, uso e interconexión.⁷

Lo anterior resulta concordante con las disposiciones supranacionales⁸ que determinan que (...) *"todos los operadores de redes públicas de telecomunicaciones deberán elaborar la oferta básica de interconexión, documento que contiene el detalle de elementos y servicios de apoyo mínimos que el operador ofrece para la interconexión y que una vez revisada y aprobada por la Autoridad de Telecomunicaciones competente tiene efecto vinculante entre éste y cualquier operador de redes públicas de telecomunicaciones solicitante que se acoja a la misma."*

Así, la obligación de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones de mantener una Oferta Básica de Interconexión con efectos vinculantes, garantiza a los proveedores solicitantes de una nueva interconexión, el derecho de conocer las condiciones mínimas que aplicarían a la misma en caso de aceptarla, facilitando su negociación, posterior implementación y su entrada al mercado de telecomunicaciones.

⁷ Ley 1341 de 2009 artículo 51.

⁸ Resolución CAN 432 artículo 15.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la OBI también sirve de soporte para iniciar el proceso de negociación directa de la interconexión o para que las partes ya interconectadas adelanten el análisis de las condiciones en las que podría llegarse a modificar de mutuo acuerdo las condiciones de acceso, uso e interconexión definidas entre las partes; sin embargo no puede entenderse que la aprobación de dicha Oferta por parte de la CRC tiene un impacto retroactivo en las relaciones de interconexión regladas por el acuerdo directo de los proveedores, toda vez, que como ya se mencionó, la OBI es esencialmente un proyecto de negocio jurídico, mediante el cual se definen la totalidad de elementos necesarios, incluidos los precios, para que con su simple aceptación por parte de un proveedor se genere un acuerdo de acceso, uso e interconexión.

De esta forma, en caso que las partes de una relación de interconexión evidencien la necesidad de modificar algunas de las condiciones contractuales vigentes, las mismas deberán adelantar el proceso de negociación directa respectivo y en caso que el acuerdo no se logre, la CRC podría definirlo en instancia de solución de conflictos.

En este orden de ideas, es claro para la CRC que el simple hecho de que en la OBI de **TELEFÓNICA MÓVILES** se hayan aprobado las garantías que puede exigir **TELEFÓNICA MÓVILES**, ello no implica de suyo la modificación de la relación de interconexión acordada entre los proveedores en comento, ni le otorga derechos al proveedor cuya OBI fue aprobada a exigir su aplicación retroactiva a relaciones de interconexión que ya tienen establecidas las condiciones en las que debe darse y materializarse la interconexión.

En el caso particular se encuentra que las partes con fecha 9 de agosto de 2010 suscribieron el contrato de Acceso, Uso e Interconexión, en el cual se definieron las condiciones técnicas, económicas y jurídicas incluida la relativa a las garantías, situación que fue anterior a la aprobación por parte de la CRC de la nueva OBI presentada por **TELEFÓNICA MÓVILES**.

Teniendo en cuenta lo anterior, no puede pretenderse la modificación de las condiciones de acceso, uso e interconexión bajo el exclusivo argumento de que un determinado proveedor cuenta con una nueva Oferta Básica de Interconexión aprobada por el regulador, con condiciones adicionales no contempladas previamente. Lo anterior, en la medida en que como antes se anotó, el propósito fundamental de la OBI es contar con un proyecto de negocio jurídico que sirva de instrumento para la generación de nuevas relaciones de acceso, uso e interconexión y no, la modificación *per se* de relaciones de interconexión cuyas condiciones ya han sido determinadas por las partes.

En efecto, en el caso bajo análisis la solicitud de **TELEFÓNICA MÓVILES** consistió en que la CRC *"determine que conforme a la regulación vigente TELEFÓNICA puede solicitar la constitución de garantías para asegurar el pago de los costos de interconexión referentes a los cargos de acceso que se generan por la utilización de su red en las llamadas de larga distancia internacional de SISTEMAS SATELITALES y que dicha garantía debe cubrir las obligaciones de pago conforme a nuestra OBI"*. (Negrilla fuera de texto)

Al respecto debe mencionarse que si bien efectivamente los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones pueden solicitar la constitución de pólizas, garantías o cualquier tipo de afianzamiento, dicho derecho no implica que los ajustes y modificaciones a las pólizas o garantías ya acordadas por las partes, se den como consecuencia automática de las modificaciones posteriores de la OBI de un determinado proveedor.

En este sentido, la CRC debe advertir que el simple hecho de que el regulador haya aprobado una nueva OBI, no legitima a **TELEFÓNICA MÓVILES** para exigir la modificación de las reglas previamente definidas por las partes, en este caso plasmadas en el acuerdo de interconexión suscrito entre las mismas. Cosa distinta sería que **TELEFÓNICA MÓVILES** en desarrollo de la relación de interconexión pretenda la modificación de las condiciones definidas directamente en relación con las características y alcance de póliza de garantía, evento en el cual previo el agotamiento del proceso de negociación directa entre los respectivos proveedores y ante la ausencia de un acuerdo sobre el particular, podrá acudir a CRC para que en instancia de solución de conflictos realice el análisis respectivo teniendo presente criterios de razonabilidad, proporcionalidad así como las reglas regulatorias aplicables en aras de dirimir la divergencia.

3.3.2. La operatividad de la interconexión a la luz del contrato suscrito entre las partes

Tomando en consideración los soportes presentados por las partes que evidencian el desarrollo de un proceso de negociación que a la postre culminó con la suscripción del acuerdo de acceso, uso e interconexión, en el que se establecieron las condiciones en que se habilitaría la mencionada interconexión, la Comisión de Regulación de Comunicaciones procederá a dar traslado a la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del expediente del presente trámite administrativo con el fin de que, si lo considera pertinente, inicie las actuaciones del caso.

En virtud de lo anteriormente expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. No acceder a la solicitud presentada por **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** por las razones previstas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO. Remitir copia a la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del expediente del presente trámite administrativo para los fines de su competencia.

ARTÍCULO TERCERO. Notificar personalmente la presente resolución a los representantes legales de **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** y de **SISTEMAS SATELITALES DE COLOMBIA S.A. E.S.P.**, o a quienes hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, advirtiéndoles que contra la misma procede el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

Dada en Bogotá D.C., a los **05 DIC 2011**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO MOLANO VEGA
Presidente



CRISTHIAN LIZCANO ORTÍZ
Director Ejecutivo

CC Acta No 792 del 11/11/11

SC Acta No 261 del 27/11/11

Exp. 3000-4-2- 404

LMDD/DGC