

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



RESOLUCIÓN No. **3953** DE 2012

*"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por **SKYCO S.A.S E.S.P.** y **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** contra la Resolución CRC 3666 de 2012"*

**LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES**

En ejercicio de sus 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 3666 del 18 de mayo de 2012, la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), impuso servidumbre de acceso, uso e interconexión entre la red de larga distancia de **SKYCO S.A.S E.S.P.**, en adelante **SKYCO**, y la red móvil (PCS) de **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.**, en adelante **COLOMBIA MÓVIL**, dada la imposibilidad de llegar a un acuerdo en la etapa de negociación directa para la determinación de algunos de los términos de la interconexión solicitada.

Como resultado de lo anterior, la CRC estableció las condiciones que han de regir dicha relación de interconexión con base en lo dispuesto en la OBI aprobada de éste último proveedor<sup>1</sup>, y definió lo concerniente a la exigibilidad de garantías así como el monto a ser amparado en función de la concurrencia de éstas con mecanismos de pago anticipado de costos de interconexión, la no procedencia de penalizaciones asociadas al dimensionamiento, entre otros asuntos en divergencia.

Mediante comunicación de fecha 4 de junio 2012<sup>2</sup>, el representante legal de **SKYCO** interpuso recurso de reposición en contra de la mencionada resolución en relación con la parte motiva que recoge el esquema de garantías a ser aplicado entre las partes, en la que se presenta un ajuste a las proyecciones de tráfico del solicitante a efectos del cálculo de los montos a garantizar, en relación con lo cual centra su cargo.

De igual modo, la apoderada de **COLOMBIA MÓVIL**, interpuso recurso de reposición en contra del referido acto administrativo, para que se revoque parcialmente la decisión conforme

<sup>1</sup> Al respecto debe recordarse que COLOMBIA MÓVIL presentó su OBI a título de oferta final a ser considerada dentro del presente trámite, la cual fue aceptada en cuanto a la mayoría de sus términos por SKYCO, salvo en los aspectos que posteriormente constituyeron materia de controversia.

<sup>2</sup> Radicada en la CRC bajo el número 201232126. Expediente Administrativo 3000-4-2-407.

a los argumentos esgrimidos en su escrito que son objeto de síntesis en el numeral 3 de la presente resolución.

De otra parte, debe decirse que en virtud de lo dispuesto en el régimen de transición y vigencia<sup>3</sup> previsto en la Ley 1437 de 2011 "*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*", y por encontrarse en curso al momento de la entrada en vigencia de dicha ley, la presente actuación administrativa se seguirá tramitando hasta su culminación, de conformidad con el régimen jurídico vigente al momento de su iniciación, esto es, por lo previsto en el Código Contencioso Administrativo.

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, los recursos de reposición interpuestos por **SKYCO** y **COLOMBIA MÓVIL** cumplen con los requisitos de Ley, los mismos deberán admitirse y, en consecuencia, se procederá a su estudio, siguiendo el mismo orden de temas propuesto por los impugnantes.

## **2. ARGUMENTOS EXPUESTOS POR SKYCO**

En particular, **SKYCO** a través del recurso interpuesto solicita la revisión de lo dispuesto en el numeral 4.5 de la Resolución CRC 3666 del 18 de mayo de 2012, referente a los "*Aspectos que han de regir la interconexión*", en lo relativo al ajuste de las proyecciones de dicho proveedor y la determinación de la CRC en cuanto a que los cálculos asociados con montos de garantías deben realizarse sobre la base de 2 E1 por nodo, lo cual fue previsto en el literal c) "*Sobre la Estructuración de las Garantías*" del referido acto administrativo. En concreto, el recurrente solicita que en su lugar se disponga que la garantía sea calculada tomando en consideración un (1) E1 para cada uno de los cinco (5) nodos en los que deberá interconectarse con **COLOMBIA MÓVIL**.

Para fundamentar la revisión solicitada, **SKYCO** señala que se debe evaluar con detenimiento el análisis realizado por la CRC cuando concluye que "*el tráfico proyectado en hora pico como inusual frente a la cantidad de minutos/mes, equivalente al 4,343% día, cuando el promedio en Colombia como bien lo manifiesta, está entre 10% y 15%*".

Al respecto, afirma que a pesar de estar de acuerdo con el planteamiento de la CRC en cuanto a que los cálculos deben basarse en el dimensionamiento y proyecciones de tráfico, manifiesta que no puede desligarse de los aspectos comerciales y de mercado que son la base para determinar dichas proyecciones, por lo que señala que se debe "*profundizar en este aspecto para entender el porqué de dichas proyecciones que desde el punto de vista técnico dan estricto cumplimiento a lo establecido en los preceptos regulatorios.*"

Añade, que dichas proyecciones desde la presentación inicial de la solicitud de interconexión a **COLOMBIA MOVIL** efectuada en mayo de 2011, a la fecha, han tenido cambios que inciden en el resultado de las mismas, con lo cual la proyección en Erlangs ha sufrido modificaciones que se acercan a la media del mercado, para lo cual el recurrente presenta información respecto de las proyecciones de tráfico, en las cuales se aprecian variaciones en el tráfico proyectado en hora pico (medido en Erlangs), pasando de 13,75 Erlangs, a 17,60 Erlangs para el primer año. Respecto de lo anterior, **SKYCO** aduce que tal variación se encuentra dentro de los parámetros y normas de dimensionamiento, grado de servicio y eficiencia, razón por la cual insiste en que debería mantenerse el requerimiento de un (1) E1 por nodo de interconexión, para un total de cinco (5) enlaces para el inicio de la interconexión.

Al respecto, **SKYCO** señala que ha estructurado dentro de su plan de negocios alianzas con compañías multinacionales que tienen como nicho de negocio el mercado *retail*, con lo cual la administración del tráfico de las rutas requeridas, entre ellas las derivadas de la interconexión con **COLOMBIA MÓVIL**, serían plenamente manejables y flexibles, de acuerdo a las necesidades demandadas por el tráfico propio del negocio de **SKYCO** y sus aliados. A partir de

<sup>3</sup> "ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior."

lo anterior presenta cifras de proyecciones estimadas, indicando que las mismas se encuentran ajustadas a las condiciones de mercado actual y al propio plan de negocios de **SKYCO**.

Adicionalmente, **SKYCO** aduce que la diferenciación que éste proveedor introduce al negocio de larga distancia radica en el aprovechamiento de las rutas de interconexión en lo que se consideran como valles, maximizando su oferta en dichos horarios, incentivando el crecimiento de tráfico con base en su propia experiencia *retail* y la de sus aliados. No obstante, seguidamente manifiesta que no desconoce elementos que la CRC ha manifestado como condiciones de mercado donde el tráfico en horas pico es mayor que lo presentado en las proyecciones iniciales, por lo que reitera la necesidad de incrementar tales rutas mediante los criterios de eficiencia dentro de los parámetros de grado de servicio y dimensionamiento.

De otra parte, **SKYCO** trae argumentos adicionales, indicando que los mismos deben considerarse por la CRC y que se enfocan en: **i)** señalar que en la medida en que el plan de negocio de este proveedor está determinado por una explotación continua y constante de las rutas de cada interconexión, las proyecciones de **SKYCO** se basan en período de 30 días, y no de 20-25 días como lo asume la CRC; **ii)** del mismo modo comenta que por el tipo de tráfico que administra **SKYCO**, el uso de cada ruta de interconexión se extiende a un uso mayor de horas del día, con lo cual la cantidad de tráfico medido en Erlangs es mayor, siempre dentro de lo exigido en la regulación; y **iii)** seguidamente explica que el grado de servicio expuesto en las tablas presentadas en la documentación de **SKYCO** es aún más exigente que el determinado en la regulación, por lo que señala que la capacidad de la interconexión aumentaría permitiendo inclusive aumentar el tráfico, con lo cual la capacidad inicialmente solicitada es más que suficiente para dar inicio a la relación de interconexión.

Para concluir señala que resulta necesaria la modificación del contenido de la parte motiva de la Resolución CRC 3666 de 2012, para que en su lugar sean tenidas en cuenta las proyecciones de tráfico y capacidad presentadas con ocasión del escrito de recurso, para la determinación de los valores involucrados en el acceso y/o interconexión del presente acto, pues atendiendo a las especiales condiciones actuales del mercado, solamente se requeriría de un (1) E1 por nodo y no los dos (2) E1 por nodo que se mencionan en la resolución recurrida.

#### **CONSIDERACIONES DE LA CRC**

Sea lo primero recordar que en el acto que se recurre, la CRC presentó consideraciones específicas en relación con el dimensionamiento de la interconexión entre **SKYCO** y **COLOMBIA MÓVIL**, tomando como punto de partida para el análisis: **i)** la proyección de tráfico mensual de **SKYCO** (570.000 minutos para cada uno de los cinco nodos), **ii)** el tráfico en hora pico señalado (13,75 Erlangs en cada nodo) y **iii)** la probabilidad de bloqueo (0,2%).

Teniendo en cuenta estos supuestos, la CRC anotó que el tráfico proyectado de hora pico resultaba inusual frente a la cantidad de minutos/mes propuestos por **SKYCO**, dado que al considerar 570.000 minutos en un mes con un tráfico de hora pico de 13,75 Erlangs, se tiene que dicho tráfico de hora pico representa apenas el 4,3% del tráfico de un día<sup>4</sup>, lo cual implicaría un patrón de tráfico muy bajo en hora pico y esencialmente plano durante todas las horas del día y durante todos los días del mes, lo cual es extraño a lo observado en la industria en Colombia.

Tomando en consideración lo anterior, la CRC determinó que la cantidad de enlaces a considerar para efectos de determinar el valor de las garantías sería de dos (2) E1 por cada uno de los cinco (5) nodos de interconexión, esto dado que, un volumen de 570.000 minutos/mes/nodo, en un período de 25 días y un tráfico en hora pico del 10%<sup>5</sup>, arrojaron como resultado un tráfico de hora pico de 38 Erlangs, el cual sería imposible gestionar con un único E1 por nodo.

Ahora bien, frente a lo anotado por **SKYCO** respecto al hecho que no puede desligarse de las proyecciones de tráfico los aspectos comerciales y de mercado como base para determinar dichas proyecciones, es necesario aclarar que fue precisamente atendiendo a los aspectos

<sup>4</sup> Esto suponiendo que todos los días del mes tuvieran comportamientos de tráfico similares (es decir, suponiendo meses de 30 días para el cálculo del tráfico equivalente de hora pico).

<sup>5</sup> También se tuvo en cuenta un 12% de tráfico en hora pico, obteniendo como resultado la misma cantidad de E1.

técnicos y de comportamiento típicos del mercado, que la CRC se apartó de las condiciones presentadas por **SKYCO** en sus proyecciones de tráfico, dado que los valores presentados no se encontraban ajustados a la realidad. Con todo, debe llamarse la atención en el hecho que las condiciones de índole comercial no pueden desligarse de la realidad técnica de las redes, por lo cual, la CRC estimó necesario aumentar la cantidad de enlaces en cada uno de los cinco (5) nodos a los cuales deberá interconectarse **SKYCO**, dado que, como se explicó, un solo E1 por nodo no sería suficiente para gestionar el volumen de minutos que se proponía cursar este proveedor, conforme a la información allegada al trámite en términos de tráfico proyectado para la interconexión.

En línea con lo anterior, cabe anotar que la decisión de tomar en cuenta periodos de 25 días refleja la realidad del comportamiento del mercado de larga distancia en el país, y obedece al hecho que los días "Domingo" en Colombia no presentan niveles de tráfico que sean considerables. Así mismo, frente al argumento de **SKYCO** en donde explica que la capacidad de la interconexión aumentaría con grados de servicio más exigentes, cabe señalar que el mismo no es coherente y entraña un contrasentido, dado que el diseño de redes con niveles de servicio más exigentes implica una mayor necesidad de reservar recursos para gestionar las comunicaciones, lo cual se traduce de manera directa en una necesidad de mayor capacidad de interconexión, dada la relación co-dependiente de ambos parámetros.

Así mismo, la CRC identifica que **SKYCO** ha realizado una interpretación equivocada respecto del tráfico en hora pico, y su relación con el total de tráfico de un día. Esto, por cuanto afirma que la cifra de 17,60 Erlangs en hora pico por nodo, se acerca a la media del mercado, con lo cual pareciera que **SKYCO** comparó esta cifra con los niveles de tráfico observados en Colombia y mencionados previamente por la CRC<sup>6</sup>. Sin embargo es necesario aclarar que en la realidad esta modificación no representa una variación significativa en el análisis que realizó la CRC en la resolución recurrida, habida cuenta que para el efecto, de todas maneras debe tomarse en consideración el tráfico proyectado, es decir los 570.000 minutos mensuales por cada nodo, dato que tiene como fuente la propia información aportada por **SKYCO** al trámite administrativo de solución de controversias.

De este modo, el tráfico proyectado de hora pico por nodo, sigue siendo inusual frente a la cantidad de minutos/mes, dado que si se consideran 570.000 minutos en un mes de 30 días, con un tráfico de hora pico de 17,6 Erlangs, equivaldría a que dicho tráfico de hora pico representa ahora el 5,6% del tráfico de un día<sup>7</sup>, es decir una variación de 1,2% con respecto a lo analizado en la resolución recurrida, lo cual de todas maneras se sigue considerando un patrón de tráfico muy bajo en hora pico y esencialmente plano durante todas las horas del día y durante todos los días del mes.

Para constatación de lo anterior, y en línea con los argumentos presentados por la CRC en la resolución recurrida, a continuación se refleja el resultado del cálculo obtenido por cada nodo de interconexión, para diferentes porcentajes de ocupación en hora pico, teniendo en cuenta el tráfico en minutos proyectado por **SKYCO** (570.000 minutos al mes por cada nodo):

**Tabla: Casos de dimensionamiento para un tráfico de 570.000 minutos al mes por nodo.**

% tráfico hora pico Vs. tráfico del día	25 días			30 días		
	Cant. de minutos en hora pico para SKYCO	Valor en Erlangs	E1s necesarios para bloqueo de 1%	Cantidad de minutos en hora pico para SKYCO	Valor en Erlangs	E1s necesarios para bloqueo de 0,2%
10%	2.280	38,0	2	1.900	31,7	2
12%	2.736	45,6	2	2.280	38,0	2
14%	3.192	53,2	3	2.660	44,3	3

<sup>6</sup> En la resolución recurrida se anotó que "[d]icho comportamiento de tráfico no corresponde a lo que la CRC ha observado en los reportes de tráfico en Colombia, los cuales tienen, por regla general, horas pico que corresponden a entre el 10% y el 15% del tráfico del día y meses equivalentes de entre 20 y 25 días". (SFT)

<sup>7</sup> Esto suponiendo que todos los días del mes tuvieran comportamientos de tráfico similares (es decir, suponiendo meses de 30 días para el cálculo del tráfico equivalente de hora pico).

43

<b>15%</b>	3.420	57,0	3	2.850	47,5	3
<b>20%</b>	4.560	76,0	3	3.800	63,3	3
<b>25%</b>	5.700	95,0	4	4.750	79,2	4

**Fuente:** Cálculos CRC con información de **SKYCO**

A partir de lo anterior, para la CRC es evidente que en ningún caso, ni siquiera tomando en consideración periodos de 30 días, el volumen de tráfico proyectado por **SKYCO** para cada nodo, podría ser soportado con menos de dos (2) E1.

Así las cosas, el cargo presentado por **SKYCO** en relación con la disminución de enlaces para efectos del cálculo de la garantía, no está llamado a prosperar.

### **3. ARGUMENTOS EXPUESTOS POR COLOMBIA MÓVIL**

#### **3.1. Sobre la necesidad de que SKYCO ajuste su solicitud y se acoja a la OBI de COLOMBIA MÓVIL en lo relativo a los instrumentos de garantía**

Específicamente, **COLOMBIA MOVIL** a través del recurso de reposición interpuesto, solicita revocar parcialmente el artículo 2º de la Resolución 3666 de 2012, y como consecuencia de ello, ordenar a **SKYCO** constituir el aval bancario aprobado a través de la Resolución CRC 3062 de 2011, así como prepagar los cargos de acceso de conformidad con lo establecido en la OBI de **COLOMBIA MOVIL**, aprobada mediante las resoluciones CRC 2641 de 2010 y 3062 de 2011.

Para fundamentar su solicitud, **COLOMBIA MÓVIL** menciona que la CRC aprobó a través de las Resoluciones CRC 2610 y 2641 de 2010 y la 3062 de 2011, un esquema de garantías que permite la constitución de un seguro que debe estar vigente durante el contrato de interconexión, y un año más, así como la constitución de un aval bancario expedido por una entidad financiera legalmente constituida, así como la posibilidad de que el pago de los cargos de acceso pudiera realizarse de manera anticipada al mes en que se cursara el tráfico.

Teniendo en cuenta lo anterior, **COLOMBIA MÓVIL** manifiesta que no comparte que la CRC haya fijado en la resolución recurrida que **SKYCO** tenga la facultad de elegir los instrumentos para garantizar las obligaciones derivadas de la interconexión, pues en opinión de la recurrente, es **COLOMBIA MÓVIL** quien posee la facultad para exigir la constitución de uno o de los dos instrumentos.

Adicionalmente, **COLOMBIA MÓVIL** manifiesta su inconformidad con el hecho de que la CRC haya combinado el establecimiento de las garantías tendientes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la interconexión, con el pago anticipado de los cargos de acceso por parte de **SKYCO**. Lo anterior, fundamentado en que la modalidad de pago anticipado de cargos de acceso no constituye como tal en una garantía aprobada por la CRC en su OBI, asunto que desde su perspectiva no es potestad de **SKYCO** acogerla o no, pues bajo ese orden de ideas fue que dicha modalidad de pago se estableció en el acápite de cargos de acceso, dado que la regulación permite pactar plazos, bases para liquidación y los sistemas de reconocimiento de los cargos de acceso.

En este orden de ideas, **COLOMBIA MÓVIL** solicita a la CRC revocar la decisión en el sentido de ordenar que **SKYCO** ajuste su solicitud en cuanto a la garantía en los términos en que fue aprobada la OBI de **COLOMBIA MÓVIL**, y en el mismo sentido se ajuste lo relacionado con el pago anticipado de cargos de acceso.

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

A efectos de dar respuesta a este cargo, en primer lugar **COLOMBIA MÓVIL** se refiere al desacuerdo que le suscita la facultad de elegir los instrumentos para garantizar las obligaciones derivadas de la interconexión en cabeza del proveedor solicitante **SKYCO**, conforme lo establece la resolución recurrida, y que a los efectos de la argumentación de su recurso alude a la motivación incluida por la CRC en la Resolución CRC 3062 de 2011 por medio de la cual fue aprobada una modificación de la OBI de **COLOMBIA MÓVIL**, en relación con lo cual trae la

siguiente cita: "se evidencia la posibilidad de exigir por parte de **COLOMBIA MÓVIL** la constitución de dos instrumentos -aval bancario y póliza de seguro- que tienen como fin amparar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la interconexión", con lo que concluye que el derecho a elegir le asiste a **COLOMBIA MÓVIL** y no a **SKYCO**.

Ahora bien, frente al segmento de la aprobación traído por la recurrente, es necesario entender el sentido de lo dispuesto en el acto de aprobación de la OBI de **COLOMBIA MÓVIL**, en el cual se debatía la posibilidad o no que tenía este proveedor de incluir una alternativa adicional a la originalmente aprobada a través de las Resoluciones 2610 y 2641 de 2010, aspecto que fue resuelto de manera positiva en la aprobación otorgada mediante la Resolución CRC 3062 de 2011, que autorizó la inclusión del aval bancario como garantía aceptable dentro de la oferta de dicho proveedor, de modo que el aspecto en debate en el mencionado acto administrativo se refería al derecho o posibilidad que tiene **COLOMBIA MÓVIL** de incluir en su oferta un mecanismo adicional (aval bancario) al ya aprobado (póliza de seguro), y las condiciones que deben rodear la constitución de una garantía con base en uno o los dos instrumentos, y no sobre a quién le asiste el derecho a elegir la escogencia de dichos instrumentos.

De lo anterior, se desprende que una cosa es la posibilidad de incluir instrumentos adicionales dentro una oferta por parte del proveedor establecido, aspecto al cual se contrae la resolución citada, y otra muy diferente, es el derecho a elegir el instrumento de garantía bajo el cual estructurarán el afianzamiento del pago de costos de interconexión dentro de la multiplicidad de instrumentos permitidos en la OBI, que en estos casos le asiste al proveedor solicitante.

Ahora bien, en relación con la articulación de los instrumentos de garantía aprobados a **COLOMBIA MÓVIL** con el pago anticipado de los cargos de acceso, es importante traer a colación lo manifestado por la CRC en la resolución recurrida en el sentido de aclarar que "(...) si bien es cierto que dichas condiciones corresponden a naturalezas jurídicas distintas (el primero entendido como créditos o pólizas que se establecen en favor del cumplimiento de las obligaciones del mismo, y el segundo como forma de pago), también es cierto que el pago anticipado, o prepago, procura una protección frente a los riesgos relativos al pago de los costos de interconexión, en la medida en que permite recaudar anticipadamente al uso efectivo los valores asociados a la remuneración de la interconexión, de las instalaciones esenciales y demás cargos asociados a la relación de interconexión".

En este sentido, y dado que a **COLOMBIA MÓVIL** le fue aprobado en su OBI el pago anticipado de cargos de acceso, no como una garantía sino como una modalidad de pago de dicha obligación, se procedió a establecer con base en los parámetros de referencia ofrecidos por la regulación, el tiempo en el cual el proveedor establecido se encontraría expuesto al riesgo por un eventual impago, base sobre la cual posteriormente se calcularía el monto que debería ser objeto de caución respecto de la remuneración de la interconexión, de las instalaciones esenciales y demás recursos implicados en la misma bajo los escenarios en los que se prepagarán o no los cargos de acceso.

Por las razones precedentes el cargo presentado, no prosperará.

### **3.2. Sobre el plazo considerado para el cálculo de la garantía**

Sobre este asunto **COLOMBIA MÓVIL** manifiesta que no comparte la decisión de la CRC en relación con la metodología para calcular el monto a garantizar, teniendo en cuenta que la OBI aprobada por la misma CRC establece la constitución de una garantía por el término de dos años de acuerdo con las proyecciones de tráfico del solicitante, y en consecuencia la metodología objeto del presente recurso no se ajusta a lo expresamente aprobado por la CRC en la OBI.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicita a la CRC considerar la proyección para el cálculo de la garantía a dos años, teniendo en cuenta los cinco nodos de interconexión fijados, de conformidad con lo establecido en la OBI aprobada por la CRC, así como también en concordancia con el principio de la confianza legítima, el cual señala, ha sido utilizado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como un mecanismo para armonizar y conciliar casos en que la administración en su condición de autoridad, por acción o por omisión, ha creado expectativas favorables a los administrados y de forma abrupta elimina esas condiciones.

En atención al mencionado principio, la recurrente solicita a la CRC atenerse a las decisiones que materializaron la OBI aprobada a Colombia Móvil y en las cuales **COLOMBIA MÓVIL** tiene su confianza en relación con el desarrollo de su negocio.

### Consideraciones de la CRC

Para analizar este cargo en primer lugar es preciso hacer referencia al alcance de las aprobaciones de OBI respecto de la decisión de imposición de servidumbre como la que es objeto el presente trámite, según lo cual, las primeras ofrecen un parámetro de referencia auxiliar perteneciente a la regulación, pero cuyo acogimiento por parte de la CRC no es obligatorio conforme las reglas que disciplinan dicho acto administrativo.

Al respecto, es importante recordar que al amparo de lo previsto en el artículo 36 de la Resolución CRC 3101 de 2011, cuando el conjunto de condiciones establecidas en la OBI de un proveedor a quien se demande la interconexión no son aceptadas de manera pura y simple, dicho instrumento claramente constituye el punto de partida para definir, en el transcurso de la negociación directa, las condiciones en que ha de darse la interconexión o el acceso a una red o instalación esencial. En efecto, la citada disposición establece que en caso de no encontrarse de acuerdo con la totalidad de las condiciones plasmadas en la OBI, el proveedor solicitante puede separarse de los aspectos con los que no esté de acuerdo a efectos de su negociación puntual con el proveedor a quien se le solicita la interconexión, toda vez que a la luz de lo previsto en la regulación, la aceptación de las condiciones de la OBI no necesariamente deben producirse respecto de la totalidad del instrumento, como requisito para que sea posible el perfeccionamiento de un contrato de acceso y/o interconexión, ni mucho menos para poder dar inicio a un proceso de negociación directa.

Por el contrario, frente al caso en que el proveedor no esté de acuerdo con la totalidad de las condiciones plasmadas en la OBI, la regulación reconoce la posibilidad que tiene dicho proveedor de indicar *"los aspectos en los que se aparte de la OBI del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones a quien le presenta la solicitud, los cuales serán objeto de revisión de las partes en la negociación de las condiciones del acuerdo."*<sup>8</sup>

De este modo, debe decirse que el esquema previsto en la regulación de ninguna manera implica *per se* el acogimiento obligatorio de las condiciones establecidas en una OBI por parte del proveedor solicitante, pues dicho marco precisamente lo que confiere es la posibilidad para que las partes autónomamente establezcan las condiciones asociadas al negocio jurídico relacionado con el acceso y/o interconexión a las redes de telecomunicaciones y el uso de instalaciones esenciales para la prestación de servicios de telecomunicaciones que estimen más adecuadas, sin perjuicio de que ante la falta de acuerdo cualquiera de las partes pueda acudir a la CRC a efectos de que dirima las controversias que las alejan de la materialización de dicha relación de acceso y/o interconexión.

Así, cuando la OBI no es enteramente aceptada por el proveedor solicitante, la discusión de los términos de dicha oferta constituye para las partes un instrumento auxiliar en la negociación de las condiciones que han de regir su relación, y en una etapa posterior, comporta el agotamiento de requisitos de procedibilidad que los habilita para acudir al trámite de solución de controversias ante el regulador, lo cual se satisface con el planteamiento de los asuntos en los que el solicitante se sustrae de la OBI.

En este orden de ideas, la OBI constituye un parámetro objetivo de referencia tanto para el proceso de negociación directa que adelanten los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, como para la CRC cuando deba desatar las divergencias que surjan entre los distintos proveedores. Ahora, el hecho que la OBI al momento de dirimir las diferencias surgidas entre los involucrados en un trámite sirva como un parámetro válido de referencia para la CRC, no significa que el regulador necesariamente se encuentre compelido a la aplicación directa e integral de todos los términos contenidos en la oferta como lo pretende la recurrente; la CRC al conocer las solicitudes de imposición de servidumbre definitiva, debe analizar las ofertas presentadas por los diferentes proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones parte del trámite administrativo respectivo bajo lo dispuesto en la regulación vigente en aras de desatar las divergencias generadas en el curso de la etapa de

<sup>8</sup> Condición establecida en el Inc. 1º Art 36, Resolución CRC 3101 de 2011

negociación directa respecto de los puntos específicos en los que no se llegó a un acuerdo directo.

Lo anterior, de ninguna manera excluye que al momento de su estructuración, el regulador pueda acoger o no alguno de los aspectos de una OBI previamente aprobados por la misma CRC, como un parámetro de referencia válido a efectos de resolver de fondo un asunto en controversia, máxime cuando este proviene de un instrumento perteneciente a la regulación, pero sin que esto signifique un deber de aplicar todos sus términos, dadas las particularidades de cada controversia.

En tal sentido, debe anotarse que en el presente caso la CRC se apartó de la OBI de **COLOMBIA MÓVIL**, fijando una serie de parámetros relacionados con el tiempo que debe ser cubierto por la garantía, así como los montos que deben ser garantizados ante una situación en la que se optara por el pago anticipado de los cargos de acceso o no, acudiendo para ese fin a los criterios y reglas previstas en la regulación.

En lo relativo a la aprobación otorgada a través de los actos que trae a colación el recurrente, en primer lugar debe decirse que los mismos tomaron como base el criterio previsto en la regulación general vigente al momento de su aprobación, esto es el equivalente a las proyecciones del solicitante a dos años en términos de tráfico, sin que eso implique necesariamente que la garantía deba cubrir los valores de dos años de interconexión como criterio razonable a seguir. Ahora, sin perjuicio de la lectura correcta de este aspecto aprobado de la OBI de **COLOMBIA MÓVIL**, en segundo lugar lo cierto es que al criterio asociado a las proyecciones de tráfico, la CRC adicionó un parámetro que podía reflejar con mayor precisión el tiempo de exposición al que se somete un proveedor ante eventuales impagos en que pueda incurrir el proveedor solicitante, cual es, el término previsto para la desconexión por falta de pago de saldos contenido en el artículo 42 de la Resolución CRC 3101 de 2011, el cual fue aplicado teniendo en cuenta las demás condiciones contenidas en el acto recurrido.

Así las cosas, teniendo en cuenta que los argumentos de **COLOMBIA MÓVIL** se encuentran referidos a la supuesta obligatoriedad del acto de aprobación de OBI como parámetro forzoso para la CRC al momento de dirimir un conflicto o de establecer las condiciones asociadas a una imposición de servidumbre, la CRC conforme a lo explicado al principio de este cargo no encuentra pertinente acoger el presente cargo por las consideraciones antes aludidas sobre la materia, recogidas dentro del presente acto administrativo.

Finalmente, en relación con la solicitud de **COLOMBIA MÓVIL** en el sentido que la CRC se atenga a las decisiones que materializaron la OBI aprobada a este proveedor, invocando el principio de confianza legítima, resulta necesario en primer lugar tener en cuenta qué ha entendido la doctrina y la jurisprudencia por el concepto de confianza legítima traído a colación por la recurrente, así como los elementos que delimitan dicho concepto:

*"La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada. En las gestiones ante la Administración, la buena fe se presume del particular y constituye guía insustituible y parámetro de acción de la autoridad. La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. Entre ellos cabe mencionar la negación de los propios actos (venire contra factum proprium), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, sin pretender con esta enumeración limitar el principio a tales circunstancias. No es posible reducir la infracción de la buena fe a casos tipificados legalmente. De ahí que la aplicación de este principio suponga incorporar elementos ético-jurídicos que trascienden la ley y le dan su real significado, suscitando en muchas ocasiones la intervención judicial para calificar la actuación pública según las circunstancias jurídicas y fácticas del caso<sup>9</sup>."*

Con fundamento en la sentencia anteriormente transcrita, la doctrina<sup>10</sup> ha explicado que los elementos de la confianza legítima se asocian a: (i) el principio de la buena fe, entre los cuales

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 475 de 1992

<sup>10</sup> MARIA JOSE VIANA CLEVES. "Aplicación del principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano", en AA.VV. Memorias IV jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 661y 662.



encontramos la "existencia de una relación entre personas" (Administración-administrados), (ii) la palabra dada, relativa a la existencia de una regulación previa que genera una expectativa creíble de parte de los destinatarios, (iii) negación de los actos propios, entendido éste como la alteración de reglas de la administración previamente adoptadas, que generan una afectación negativa a los destinatarios (iv) abuso de poder y, (v) elementos ético jurídicos, relativos a la exigencia del seguimiento de valores como la lealtad, transparencia, entre otros.

Para el caso concreto, en lo relativo al criterio acogido a efectos de la determinación del plazo máximo objeto de garantía debe decirse que la CRC, lo que hizo fue acotar el tiempo máximo a garantizar con base en un mecanismo que permite a los proveedores atenuar los efectos de una eventual situación de impagos del proveedor solicitante, como el que constituye la desconexión por impagos, el cual se encuentra previsto en la regulación desde el año 2010 con ocasión de la Resolución CRC 2661 de ese mismo año, y posteriormente fue recogido tal y como se encuentra vigente en el artículo 42 de la Resolución CRC 3101 de 2011, por lo que la adopción de dicho criterio no constituye un acto susceptible de contrariar el principio de confianza legítima, menos aún, si se tiene en cuenta que dicho criterio fue incorporado a la regulación de manera cierta y expresa a través de instrumentos de regulación general y que fueron discutidos con el sector previamente.

En ese sentido, los motivos de inconformidad expuestos por **COLOMBIA MÓVIL**, no proceden.

### **3.3. Sobre el monto máximo a amparar mediante la constitución de instrumentos de garantía**

De otra parte, la recurrente señala que el valor definido para la garantía cuando se trate de la opción esquema de prepago en adición a garantía, no coincide con los criterios expresados en la resolución recurrida, según lo explica puesto que "*la CRC calcula un valor de 307MM cuando el valor debería ser de 419MM*", razón por la cual a título de petición subsidiaria solicita la revisión de dicho monto, a efectos de lo cual, aporta las memorias de cálculo que soportan su análisis.

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

A efectos del examen de este cargo, debe decirse que la CRC procedió nuevamente a confrontar, bajo los mismos criterios que fueron tenidos en cuenta en la parte motiva de la Resolución CRC 3666 de 2012, el monto máximo a garantizar mediante la constitución de instrumentos de garantía en el esquema combinado de prepago y garantía, al que hace referencia la recurrente.

Una vez verificado lo anterior, la CRC identificó que involuntariamente el valor de \$307.316.682,30 consignado en la resolución objeto de recurso, corresponde al **monto máximo a prepagar de costos de interconexión**, y no al valor máximo a garantizar como se dijo allí. Así las cosas, a efectos de aclarar lo referente al otro valor que compone este esquema, debe decirse que el valor máximo de afianzamiento mediante los instrumentos aprobados, no podrá superar el monto \$419.999.465,81, el cual responde a la aplicación de los mismos parámetros utilizados como criterios de análisis en la resolución que se recurre<sup>11</sup>. Así las cosas, en aras de la claridad la CRC encuentra pertinente proceder a la modificación del aparte perteneciente a los considerandos de la resolución recurrida que contiene la especificación de ambos montos, tal y como se verá reflejado en la parte resolutive del presente acto administrativo.

En razón a lo anterior, el cargo está llamado a prosperar.

### **3.4. Sobre las penalizaciones por dimensionamiento:**

<sup>11</sup> Considerando que en la figura de pago anticipado el proveedor que solicita el acceso y/o la interconexión también deberá extender una garantía para cubrir el término de 41 días que transcurre previo a la desconexión provisional, conforme se refleja en la línea de tiempo que acompaña la explicación contenida en el literal b) "*Determinación del tiempo a garantizar de SKYCO y el monto a cubrir*", bajo el plazo definido en los términos que allí se explican, y los valores a garantizar concernientes a la remuneración de las facilidades e instalaciones asociadas a la interconexión y/o el acceso bajo las proyecciones ajustadas del solicitante, en el esquema de pago anticipado de los costos de interconexión el monto máximo a prepagar por un mes de conciliación corresponderá a \$ 307.316.682,30, y deberá constituir una garantía a través de los mecanismos disponibles por un monto que no podrá exceder de \$419.999.465,81.

Al respecto **COLOMBIA MÓVIL**, manifiesta que comparte la metodología asociada al dimensionamiento adecuado de la interconexión, así como lo relacionado con la ampliación decrecimientos de enlaces, establecido por la CRC por estar consagrada como una obligación a nivel regulatorio. No obstante lo anterior, la recurrente solicita a la CRC "*mantener para las interconexiones que se soliciten a COLOMBIA MOVIL, lo aprobado en las Resoluciones CRC 2610, 2641 de 2010 y 3062 de 2011, las cuales contemplan el esquema de penalización frente al dimensionamiento*".

### **Consideraciones de la CRC**

**COLOMBIA MÓVIL** solicita que se mantenga la penalización frente al dimensionamiento en los términos definidos en las Resoluciones que aprueban la OBI a **COLOMBIA MÓVIL**, para lo cual reitera el argumento referente a las condiciones aprobadas en su OBI, y su incorporación directa, por efecto de dicha aprobación, de tales condiciones en la decisión de imposición de servidumbre que es objeto de recurso.

Al respecto, debe indicarse que al presente cargo resultan extensibles las consideraciones expuestas previamente por la CRC en relación con el alcance de las aprobaciones de OBI frente a las decisiones de imposición de servidumbre definitiva, en el sentido de que dichos instrumentos constituyen un parámetro de referencia de naturaleza regulatoria, pero que no por ello su aplicación debe tornarse directa e integral respecto a las condiciones que han de establecerse en los actos de imposición de servidumbre.

Pero adicionalmente, tal y como reconoce la recurrente en su propio escrito, al momento de definir las condiciones bajo las cuales los proveedores interconectados deben llevar a cabo el dimensionamiento de la interconexión la CRC acudió a lo dispuesto en la regulación general, y sometió dichas actividades a las pautas establecidas en el artículo 12 de la Resolución CRT 1763 de 2007, norma que prevé un mecanismo de dimensionamiento eficiente de las interconexiones, así como lo relacionado con la ampliación o decrecimiento de enlaces, el cual implica la revisión bimensual del mismo con el fin de garantizar el óptimo funcionamiento de la interconexión.

En este sentido, en el acto recurrido la CRC al dirimir la controversia subsistente entre las partes sobre el particular, ordenó a las mismas acogerse por completo a la metodología de dimensionamiento recogida en la citada disposición y a las reglas allí establecidas "*que imponen a los proveedores involucrados en la respectiva interconexión el deber de analizar de manera conjunta el comportamiento de la interconexión para efectos de identificar la necesidad de incorporar o no ajustes a la misma, precisamente con el fin de evitar situaciones de subdimensionamiento y sobredimensionamiento*", la cual, es preciso recordar, se encuentra desprovista de condiciones asociadas a penalidades por estos conceptos.

En relación con esto último, debe resaltarse que en el acto recurrido también se explicó que las reglas previstas en materia de remuneración de redes ya establece condiciones que promueven un adecuado dimensionamiento de la interconexión, esto como consecuencia de la obligación de crear una ruta de desborde y el régimen de remuneración especial allí previsto para el tráfico cursado a través de dicha ruta como efecto de la aplicación del esquema de remuneración mediante la opción de cargos de acceso por capacidad<sup>12</sup>.

En este orden de ideas, debe anotarse que los argumentos en los que se soporta la solicitud de **COLOMBIA MÓVIL** orientados a que se incorporen penalidades frente a los eventos de subdimensionamiento y sobredimensionamiento, únicamente se centran en reclamar la aplicación integral de su OBI, sin rebatir los aspectos regulatorios que fueron ampliamente explicados en la Resolución CRC 3666 de 2012 y que constituyen las razones fundamentales que llevaron a la CRC a adoptar la decisión que se recurre, en consecuencia, el cargo bajo análisis no está llamado a prosperar.

En virtud de lo expuesto,

<sup>12</sup> Conforme lo dispuesto en el artículo 8º de la Resolución CRT 1763 de 2007, modificado por la Resolución CRC 2354 de 2010, parágrafo 4.

**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO.** Admitir los recursos de reposición interpuestos por **SKYCO S.A.S E.S.P.** y **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** contra la Resolución CRC 3666 de 2012.

**ARTÍCULO SEGUNDO.** Acceder parcialmente a la pretensión subsidiaria de **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** y, en consecuencia, modificar dentro del numeral 4.5. "*Aspectos que han de regir la interconexión*" el párrafo tercero del literal b) "*Determinación del tiempo a garantizar de SKYCO y el monto a cubrir*" de la parte motiva de la Resolución CRC 3666 de 2012, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución, el cual quedará de la siguiente manera:

*"Así las cosas, bajo el plazo definido en los anteriores términos y los valores a garantizar concernientes a la remuneración de las facilidades e instalaciones asociadas a la interconexión y/o el acceso, en el esquema de pago anticipado de los costos de interconexión el monto máximo a prepagar por un mes de conciliación corresponde a \$307.316.682,30, no obstante deberá constituir una garantía a través de los mecanismos disponibles<sup>13</sup> por un monto que no podrá exceder de \$419.999.465,81."*

**ARTÍCULO TERCERO.** Negar las demás pretensiones de **SKYCO S.A.S E.S.P.** y **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** y, en consecuencia, confirmar en todas sus partes la resolución recurrida, salvo respecto a lo dispuesto en el artículo segundo de la presente resolución, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

**ARTÍCULO CUARTO.** Notificar personalmente la presente resolución a los Representantes Legales de **SKYCO S.A.S E.S.P.** y de **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** 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

**01 OCT 2012**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**DIEGO MOLANO VEGA**  
Presidente

  
**CARLOS ANDRÉS REBELLÓN VILLÁN**  
Director Ejecutivo

C.C. 09/08/2012. Acta No. 830  
S.C. 30/08/2012. Acta No. 272

GLC/DAB/CHR

4

<sup>13</sup> Póliza de Seguro (Instrumento aprobado mediante la Resolución CRC 2610 de 2010, considerando 3.6) y Aval bancario (Instrumento aprobado mediante la Resolución CRC 3062 de 2011).