

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 4401 DE 2014

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. contra la Resolución CRC 4363 de 2013, por la cual se resuelve el conflicto surgido entre AVANTEL S.A.S. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A."

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las que le confiere la Ley 1341 de 2009 y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y,

CONSIDERANDO

1. Antecedentes

La Comisión de Regulación de Comunicaciones mediante Resolución CRC 4363 de 2013 resolvió el conflicto de interconexión surgido entre **AVANTEL S.A.S.**, en adelante **AVANTEL**, y la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, en adelante **ETB**, en relación con la remuneración que debe darse cuando las redes locales de dichos proveedores se interconectan entre sí.

El día 21 de noviembre de 2013, mediante comunicación de radicación interna número 201334020, **ETB**, por medio de apoderada especial, interpuso recurso de reposición contra la mencionada resolución con el objeto de que la misma fuera revocada por la CRC con fundamento en las consideraciones que se describen en el segundo numeral del presente acto administrativo.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 76 y 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la medida en que el recurso presentado por **ETB** cumple con los requisitos exigidos por la Ley, la CRC procederá a su admisión así como al análisis de los motivos de inconformidad en los que se basan las peticiones planteadas por la recurrente.

2. Argumentos del recurso de reposición

De acuerdo con lo planteado por la recurrente el objeto del recurso de reposición presentado consiste en que, se revoque la decisión de no realizar el trámite de Interpretación Prejudicial ante el Tribunal Andino de Justicia y que se adicione a la Resolución 4363 de 2013 el método por el cual las partes *"podrán remunerar el tráfico asimétrico que surja durante la interconexión con el fin de evitar la gratuidad en la prestación del servicio de acceso, uso e interconexión de la red de ETB"*.

Para sustentar su solicitud, la apoderada especial de **ETB** plantea los argumentos que se resumen a continuación:

2.1 Solicitud de interpretación prejudicial

Considera la recurrente que la CRC debe solicitar la interpretación prejudicial, pues en ejercicio de sus funciones resuelve los conflictos referidos en los artículos 32 y 34 de la Resolución 432 de 2000 de la Secretaría General de la CAN, lo cual implica la aplicación de las normas de la Comunidad Andina, recordando que el objetivo de la interpretación prejudicial es asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina en el territorio de los Países Miembros.

Explica que con el fin de cumplir con el objetivo antes señalado el Tribunal de Justicia ha interpretado la expresión "jueces nacionales" contenida en el artículo 33 del Tratado de Creación, extendiéndolo a los árbitros y a las autoridades administrativas que cumplan funciones jurisdiccionales, esto bajo el entendido que dichas autoridades en su calidad de jueces, también conocen de casos en los que debe ser aplicado el derecho comunitario. Para soportar su afirmación trae a colación algunas decisiones del Tribunal Andino de Justicia de la CAN.

Manifiesta la recurrente, que como operador jurídico que aplica normas supranacionales, la CRC debe solicitar la interpretación prejudicial como presupuesto para resolver los conflictos de interconexión entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, indicando adicionalmente que la interpretación prejudicial es el mecanismo para consolidar el principio de colaboración entre los operadores jurídicos nacionales y el juez comunitario en la unificación del derecho andino.

Finalmente, considera que la literalidad del artículo 33 del Tratado de Creación que emplea la expresión "jueces nacionales", debe ser interpretada funcional y teleológicamente, de tal suerte que se asegure la finalidad de la interpretación prejudicial, la cual pretende la aplicación uniforme del derecho comunitario.

2.2 Consideraciones de la CRC

En relación con lo expuesto por la recurrente en este aparte de su escrito, la CRC considera importante partir del concepto mismo de interpretación prejudicial en el ordenamiento comunitario andino y lo que sobre este particular ha explicado el Tribunal Andino de Justicia, ello toda vez que dicha interpretación no se predica de cualquier tipo de operador jurídico.

En efecto, como lo recuerda la recurrente, el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, contempla que "[l]os jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno".

Por su parte, el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en sus artículos 122 y 123, contempla lo siguiente:

"Artículo 122.- Consulta facultativa. Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

Artículo 123.- Consulta obligatoria. De oficio, o a petición de parte, el Juez Nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal".

De esta forma, es claro que no cualquier autoridad puede acudir ante el Tribunal Andino de Justicia para que el mismo produzca una interpretación prejudicial, sino que dicha autoridad debe tener el carácter de **juez nacional**. En reciente jurisprudencia¹, el Tribunal Andino de Justicia explicó la razón de ser de la interpretación prejudicial, indicando lo siguiente:

¹ PROCESO 153-IP-2013. Tribunal Andino de Justicia.

"El artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, consagra en cabeza de este organismo la función de interpretar la normativa comunitaria andina para lograr su aplicación de una manera uniforme en todo el territorio comunitario.

• **Instrumentos básicos del sistema.**

El esquema se plantea como un sistema de colaboración entre el juez nacional y el comunitario, de conformidad con los siguientes instrumentos básicos:

- *Consulta facultativa (artículo 122 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina). El Juez nacional que no sea de única o última instancia ordinaria puede elevar consulta prejudicial al Tribunal. En este caso el juez nacional no suspende el proceso.*

Es una herramienta que tiene el juez nacional para salvaguardar, desde su labor de instancia, la validez y eficacia del derecho comunitario andino. Con este mecanismo el juez de instancia asegura que la aplicación de las normas andinas se encuentra conforme al desarrollo jurisprudencial comunitario sobre la materia. En últimas, es la forma que tiene el juez nacional de lograr seguridad jurídica en el ámbito de su competencia, soportando su decisión en una interpretación uniforme.

- *Consulta obligatoria (artículo 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina). El juez nacional de única o última instancia ordinaria tiene la obligación de elevar consulta prejudicial al Tribunal. En este caso, debe suspender el proceso hasta que reciba la interpretación prejudicial. Es una herramienta obligatoria porque el sistema jurídico comunitario andino, con este mecanismo, está salvaguardando su validez y coherencia por intermedio de los operadores jurídicos que definen en última instancia los litigios." (SFT)*

Lo anterior evidencia que la interpretación prejudicial comporta una herramienta de colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario, siendo únicamente obligatoria cuando quien conoce el litigio es un juez nacional de única o de última instancia.

Así las cosas, contrario a lo expuesto por la recurrente, no es cualquier operador jurídico el que puede acudir al Tribunal, ni el que se encuentra obligado a solicitar la interpretación prejudicial; la interpretación prejudicial únicamente reviste carácter obligatorio cuando se trata de un juez nacional de única o última instancia.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Comisión de Regulación de Comunicaciones es una autoridad administrativa, del orden nacional, que no cuenta con funciones jurisdiccionales, por lo que no puede asemejarse a un juez de instancia y menos aún a un juez de única instancia. Sobre este particular, resulta pertinente recordar lo expuesto por la H. Corte Constitucional en Sentencia C-186 de 2011, oportunidad en la cual al analizar la constitucionalidad de las funciones de solución de controversias y revisar los fallos que dicha Corporación ya había expedido sobre este tema, indicó:

"Precisamente, con ocasión del examen de constitucionalidad de los artículos 73.8 , 73.9 y 74 de la Ley 142 de 1994, el último de los cuales atribuía de manera específica a la extinta Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la facultad de "[r]esolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio", esta Corporación concluyó que se trataba de una función de regulación en la prestación de un servicio público a su vez que correspondía a una función de intervención estatal en la economía autorizada por el artículo 334 constitucional.

Textualmente sostuvo esta Corporación:

En estas condiciones, tales funciones de resolución de conflictos quedan materialmente comprendidas en las de regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de las comisiones de regulación, con el fin de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los mismos, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 370 superior y de acuerdo con el contenido de las atribuciones de regulación señalado en repetidas ocasiones por esta corporación.

Lo mismo puede afirmarse sobre los conflictos entre operadores en los casos en que se requiera garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio, cuya resolución asigna el Art. 74, Num. 74.3, de la Ley 142 de 1994 como función especial a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones.

*Igualmente en la misma providencia precisó que las decisiones proferidas en ejercicio de esta facultad tienen el carácter de **actos administrativos** que ponen fin a una actuación administrativa y, por lo tanto, están sometidas al control de legalidad por parte de la jurisdicción, de conformidad con las reglas generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo." (RFT)*

Posteriormente en este mismo fallo de exequibilidad la H. Corte Constitucional al analizar puntualmente los cargos interpuestos contra el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, numeral 9, manifestó expresamente que:

*"Cabe recordar que en la sentencia C-1120 de 2005 se indicó que la facultad de resolver conflictos debe entenderse como una función de regulación y de intervención en la economía, que supone la expedición de **actos administrativos** pues no tiene naturaleza jurisdiccional." (NFT)*

Lo anterior demuestra de manera clara la naturaleza administrativa, no jurisdiccional, de la intervención de la Comisión de Regulación de Comunicaciones cuando ejerce las funciones de solución de controversias, de tal suerte que así se consulte la finalidad de la norma comunitaria, la misma no tiene la posibilidad de activar el mecanismo de la interpretación prejudicial, por no ser el sujeto activo de dicha disposición, es decir, por no ser el juez natural.

En este punto, vale la pena tener presente que incluso la misma recurrente al explicar cómo entiende el concepto de juez natural el Tribunal Andino de Justicia, indica que tal concepto se amplió a los árbitros y a las autoridades con funciones jurisdiccionales, situación que como antes se anotó, no se predica de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

De esta forma, no es viable para la CRC requerir la interpretación prejudicial a la que hace referencia la recurrente, ni tampoco resulta ser un requisito previo e indispensable para la adopción de las decisiones que en materia de solución de controversias deba adoptar esta entidad, por lo que el cargo presentado, no prospera.

2.3 Adición de la Resolución recurrida en relación con el esquema de remuneración que deben aplicar las partes.

La recurrente inicia su argumentación afirmando que la CRC no encaró el problema de fondo, el cual en su consideración versa sobre que el uso de las redes de los operadores interconectados *"no se remunera completamente aplicando el SKA cuando hay tráfico desbalanceado, por tanto, es necesario determinar otro método de remuneración que, aparejado con el SKA, remunere eficientemente la interconexión"*.

Manifiesta la recurrente que **ETB**, sí planteó a **AVANTEL** aplicar el método *Sender Keeps All* -SKA-, pero previendo la imposibilidad de mantener el tráfico simétrico entre las dos redes propuso un margen de tolerancia de tráfico asimétrico y un cargo de acceso para el uso de la red que no sea remunerado por el esquema SKA.

Así mismo, explica que no es cierto que la **ETB** pretenda que se modifique, por medio de un acto administrativo particular, lo estipulado en la Resolución 1763 de 2007, pues lo que dicho proveedor requiere es que con sujeción a las normas andinas se aplique la Resolución CRC 1763 de 2007 apuntando a resolver los problemas particulares de su interconexión con **AVANTEL**, considerando que el método propuesto por la CRC no es un modelo basado en costos.

Continúa su argumentación trayendo a colación algunas de las consideraciones planteadas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, en el sentido que la determinación de los esquemas de remuneración en casos particulares, debe aplicar de manera exacta y efectiva la normativa andina. Adicionalmente, también recuerda lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 1341 de 2009, que según lo expuesto por la recurrente, establece como objetivo asegurarse de que los precios de una interconexión estén basados en costos más utilidad razonable.

Explica, así mismo, que la CRC es el órgano encargado de asegurar que el servicio de acceso, uso e interconexión sea remunerado, lo cual implica que debe *"fijar las condiciones necesarias para garantizar que esa remuneración sea suficiente para cubrir los costos en los que incurre cada operador por la terminación de llamadas en su red y para hacerse a una utilidad razonable"*.

En este mismo sentido y con base en lo dispuesto en el derecho andino, concluye la recurrente que el servicio de acceso, uso e interconexión no puede ser prestado de manera gratuita, por lo que la remuneración debe estar orientada a costos eficientes y respetar los criterios de razonabilidad, eficiencia y transparencia, todo ello en la medida en que desde su punto de vista, el esquema SKA tal y como fue establecido en la resolución recurrida, impide la remuneración eficiente de la red, lo cual contraría las normas superiores y el objetivo mismo del artículo 3 de la Resolución CRT 1763 de 2007, esto es, la remuneración eficiente de las redes.

Sobre este particular manifiesta que el esquema *Sender Keeps All* *"sólo es válido jurídica y económicamente, mientras se cumpla el presupuesto de simetría de tráfico entre las redes interconectadas. Esto es, sólo remunera eficientemente el uso real de las redes, cuando el tráfico entre las dos redes es balanceado, es decir, cuando cada operador termina en la red del otro el mismo número de minutos"*.

Finaliza su argumentación reiterando que *"ETB no formuló a AVANTEL un método de remuneración diferente al establecido por la Resolución 1763, tampoco pretende que la CRC no aplique, para este caso en particular, lo ordenado por un acto administrativo general. Por el contrario, ETB, abogando por cumplir con el objetivo del artículo 3 y de las precitadas normas nacionales y comunitarias, solicitó a la CRC se reconociera el valor del cargo de acceso eficiente de ETB, señalado por medio del modelo HCMCRFIX, a fin de establecer una forma de remuneración suficiente, que implique la compensación de todo el servicio prestado. Es decir, incluido el tráfico asimétrico."*

2.4 Consideraciones de la CRC

Para analizar los argumentos expuestos por la recurrente en el cargo objeto de revisión, se considera importante partir de lo dispuesto en la regulación de carácter general vigente en materia de remuneración de las redes locales cuando éstas se interconectan entre sí. En efecto, como se anotó en la resolución recurrida, dichas reglas se encuentran previstas en el artículo 3 de la Resolución CRC 1763 de 2007, el cual dispone textualmente lo siguiente:

"ARTÍCULO 3. CARGOS DE ACCESO ENTRE REDES DE TPBCL. *La remuneración a los proveedores de TPBCL por parte de otros proveedores de TPBCL en un mismo municipio, o grupo de municipios a los que hacen referencia los artículos 5 y 6 de la presente resolución, por concepto de la utilización de sus redes, se realizará bajo el mecanismo en el que cada proveedor conserva la totalidad del valor recaudado de sus usuarios y se responsabiliza de todo lo concerniente al proceso de facturación.*

Todo lo anterior, sin perjuicio de que los proveedores acuerden otros mecanismos alternativos para la remuneración de las redes."

La norma transcrita prevé dos situaciones diferentes relativas a la remuneración de las redes de telecomunicaciones locales: una referida a la regla regulatoria que debe aplicarse en caso de no llegar a un acuerdo directo y otra que indica que las partes de una relación de interconexión siempre podrán acordar otros mecanismos de remuneración de las redes en comento.

En este sentido, cuando la Comisión de Regulación de Comunicaciones atiende una solicitud de solución de controversias en la cual debe aplicarse una disposición regulatoria determinada ante la falta de acuerdo, debe en primer lugar identificar si efectivamente hay ausencia de acuerdo y, en segundo lugar, aplicar y cumplir la disposición de carácter general, de la cual se predica la presunción de legalidad y que según lo ha expuesto la H. Corte Constitucional en Sentencia C-186 de 2011 tiene carácter imperativo y de obligatorio cumplimiento para sus destinatarios.

En el caso concreto se encuentra probado en el expediente que efectivamente entre **AVANTEL** y entre **ETB** no se logró llegar a un acuerdo directo en relación con el esquema de remuneración de las redes locales de dichos proveedores, ello después de agotarse la etapa de negociación directa, e incluso de debatirse el tema en la audiencia de mediación convocada dentro del presente trámite.

Así, la decisión de la CRC debía, como en efecto ocurrió, enmarcarse en lo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución 1763 de 2007, antes citado, el cual prevé que la remuneración de las redes locales

debe darse bajo el mecanismo en el cual "cada proveedor conserva la totalidad del valor recaudado de sus usuarios y se responsabiliza de todo lo concerniente al proceso de facturación", esquema conocido en la literatura económica y regulatoria como *Sender Keeps All* o *Bill and Keep*.

En este orden de ideas, debe reiterarse que el acto administrativo de solución de controversias en el cual se da aplicación y cumplimiento a una decisión de carácter general y abstracto, no es el escenario para debatir o ajustar lo dispuesto en dicho acto administrativo de carácter general. Así, las consideraciones expuestas por parte de la recurrente en relación con el esquema SKA y los presupuestos que, desde su punto de vista, deben cumplirse para su efectiva aplicación, son argumentos que rebasan el alcance del presente pronunciamiento, pues pretenden que la CRC determine que la aplicación del esquema SKA debe darse como lo indica **ETB** y no como lo manifiesta la norma regulatoria de carácter general. Es bajo este contexto que en el acto recurrido la CRC anotó que la solicitud presentada por **ETB** en relación con las reglas adicionales requeridas, que según este proveedor debían implementarse para aplicar el esquema SKA, implicaban una modificación de la regulación general vigente, lo cual, de ninguna manera puede darse a través de un acto administrativo de contenido particular y concreto.

Dicho lo anterior, la CRC debe reiterar que el debate dentro del presente trámite administrativo tampoco puede recaer sobre el análisis específico del esquema SKA y los supuestos que la teoría económica contemplan para el mismo, los cuales, por demás, son abiertamente diferentes a los expuestos por **ETB** en el recurso de reposición. Dicho debate, se insiste, recae sobre la valoración que recurrente efectúa del esquema SKA como mecanismo de remuneración de redes, el que desde su punto de vista, solo puede ser aplicado si se reconocen, adicionalmente ciertas asimetrías, debate que recae sobre el alcance mismo del acto administrativo de carácter general.

Por lo antes expuesto, el cargo presentado no tiene vocación de prosperar.

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

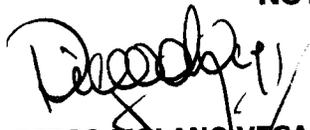
ARTÍCULO PRIMERO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** contra la Resolución CRC 4363 de 2013.

ARTICULO SEGUNDO.- Negar las pretensiones de la recurrente y en consecuencia confirmar en todas sus partes la Resolución CRC 4363 de 2013.

ARTÍCULO TERCERO. Notificar personalmente la presente resolución al representante legal de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, y a **AVANTEL S.A.S.**, o a quienes hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiéndole que contra el presente acto no procede recurso alguno.

Dada en Bogotá D.C., a los **20 ENE 2014**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO MOLANO VEGA
Presidente


CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR
Director Ejecutivo

Expediente administrativo No. 3000-4-2-445.

S.C. 18/12/13 Acta 294
C.C. 06/12/13 Acta 898

Revisado por: Lina María Duque – Coordinadora Asuntos Jurídicos y Solución de Controversias

Elaborado por: David Agudelo Barrios