

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. **4508** DE 2014

*"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por **AVANTEL S.A.S.** y **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.** contra la Resolución CRC 4419 de 2014"*

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las que le confiere la Ley 1341 de 2009, y

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante la Resolución CRC 4419 de 2014, la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC- resolvió el conflicto surgido entre **AVANTEL S.A.S.** en adelante **AVANTEL** con **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.**, en adelante **COMCEL** en relación con las divergencias presentadas respecto de la definición de las condiciones para la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional.

Mediante diligencia de notificación personal se le dio a conocer el contenido de la comentada resolución a **AVANTEL** el 24 de febrero del año en curso. Por su parte, en el caso de **COMCEL**, se surtió la notificación por aviso el día 4 de marzo de 2014.

Dentro del término previsto para tales efectos, **AVANTEL** mediante comunicación radicada internamente bajo el número 201430867 del 10 de marzo de 2014 a través de su representante legal, interpuso recurso de reposición contra la Resolución CRC 4419 de 2014. De la misma manera, **COMCEL** mediante comunicación radicada internamente bajo el número 201431003 del 18 de marzo de 2014 recurrió también la citada resolución.

Seguidamente, **COMCEL**, mediante comunicación radicada bajo el número 201431044 del 21 de marzo de 2014 presentó un memorial que recoge su oposición al citado recurso de reposición interpuesto por **AVANTEL** el 10 de marzo de 2014.

Con los escritos presentados por las partes, fueron allegadas pruebas documentales de las cuales se les corrió traslado por el término de cinco (5) días conforme a lo dispuesto por el artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA-, mediante oficio remitido a **COMCEL** con el número de radicado interno 201451906 del 14 de marzo de 2014 y a **AVANTEL** con el número de radicado interno 201452243 del 26 de marzo de 2014.

Dentro del término señalado, **AVANTEL** presentó las respectivas consideraciones a las pruebas aportadas por parte de **COMCEL** en documento con radicado interno 201431177 del 1º de abril de 2014.

Posteriormente, **COMCEL** remitió múltiples comunicaciones las cuales fueron allegadas después de haber presentado el respectivo recurso de reposición y con posterioridad al término del traslado de cinco días previsto en el artículo 79 antes mencionado, las cuales no formarán parte

del presente acto administrativo en atención a lo establecido en esta misma disposición, según el cual los recursos de reposición deben resolverse de plano¹. En este sentido, únicamente serán incorporadas las consideraciones presentadas por **COMCEL** y **AVANTEL** respecto de las pruebas documentales en comento, según el contenido de las comunicaciones remitidas a esta Comisión los días 18² de marzo de 2014 contentiva del recurso presentado por parte de **COMCEL** y las comunicaciones 10 de marzo³ y 1º de abril, por **AVANTEL** en el caso de esta última comunicación únicamente en cuanto a que se refieran a las pruebas documentales de **COMCEL** que fueron objeto del traslado.

En relación con lo anterior, debe decirse que **COMCEL** mediante correo electrónico del 9 de abril de 2014 dirigido a la cuenta de atención al cliente de la CRC y posteriormente en soporte físico el 10 de abril, allegó una comunicación remisoría en la que solicita que sea tenido como prueba los apartes contenidos en las páginas 80 y 81 del documento "*Estudio de la OECD sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia*" publicado en abril de 2014 en el que se refiere al tema de la temporalidad de la obligación de Roaming Automático Nacional, acompañado de una nota en correo electrónico⁴ en el que se destaca la importancia que revestiría este tema para el Gobierno y la CRC.

Finalmente, mediante comunicación radicada bajo el número 201431399 del 14 de abril de 2014, **COMCEL** allegó un documento con el cual este proveedor presentó un memorial tendiente a subsanar el poder conferido al representante especial de **COMCEL** que ha actuado dentro del trámite.

De otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 2897 de 2010, debe mencionarse que el presente acto administrativo no requiere ser informado a la Superintendencia de Industria y Comercio por tratarse de un acto de carácter particular y concreto al que hace referencia el numeral 3 del artículo antes citado.

2. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR AVANTEL

En el recurso de reposición presentado a consideración de esta Comisión, **AVANTEL** solicita lo siguiente: **(i)** Que se aclare que **AVANTEL** tiene el derecho regulatorio de acceder a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional en los casos en que, si bien cuenta con cobertura para la prestación de servicios de datos, su red en un área específica no está en capacidad de soportar de manera directa servicios de voz o SMS, o como consecuencia del *fallback* tampoco soporta servicios de datos mientras retorna a su red LTE; **(ii)** Que se aclare que el derecho de **AVANTEL** no está sometido a un límite temporal relacionado con las reglas de cobertura de la Resolución MintIC 449 de 2013; **(iii)** Que se determine que **COMCEL** debe proveer acceso al Roaming Automático Nacional usando CSFB, mediante el empleo de la interfaz SGs, en un número no mayor a dos MSS de **COMCEL**; **(iv)** Que se aclare que el cumplimiento de la obligación regulatoria por parte de **COMCEL** no es un "reto técnico"; **(v)** Que se revoque obligación impuesta a **AVANTEL** de reportar aquellas zonas donde ya no requiere Roaming Automático Nacional cada quince (15) días, durante los próximos dos años, y que en su lugar se establezca que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 6 de la Resolución CRC 4112 de 2013 esta actividad se deberá hacer trimestralmente; y **(vi)** Que se aclare que el término del cronograma debe contabilizarse desde el momento en que se encuentre instalada la interfaz SGs, lo cual puede tomar un (1) mes.

Adicionalmente, **AVANTEL** solicita que se tengan como prueba los correos electrónicos de los proveedores COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, ETB, UNE y COMCEL en los cuales remiten

¹ "Artículo 79. Trámite de los recursos y pruebas. Los recursos se tramitarán en el efecto suspensivo.

Los recursos de reposición y de apelación deberán resolverse de plano, a no ser que al interponerlos se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio.

Cuando con un recurso se presenten pruebas, si se trata de un trámite en el que interviene más de una parte, deberá darse traslado a las demás por el término de cinco (5) días.

Cuando sea del caso practicar pruebas, se señalará para ello un término no mayor de treinta (30) días. Los términos inferiores podrán prorrogarse por una sola vez, sin que con la prórroga el término exceda de treinta (30) días.

En el acto que decreta la práctica de pruebas se indicará el día en que vence el término probatorio." (SFT)

² Radicado 201431003.

³ Radicado 201430867

⁴ Expediente Administrativo 3000-4-2452. Folios 694-695. Correo electrónico enviado por el doctor Emilio José Archila.

cotizaciones solicitadas por **AVANTEL** para la instalación de enlaces de transmisión, las cuales incluyen los tiempos de implementación.

Los argumentos del recurrente pueden resumirse de la siguiente manera:

2.1. SOBRE LOS SERVICIOS OBJETO DE ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL

2.1.1. Consideraciones del recurrente

AVANTEL señala que tiene derecho a solicitar acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional tanto para los servicios de datos como para los servicios de voz y SMS. Considera que a este derecho es únicamente oponible como excepción el que **AVANTEL** ya cuente con cobertura en el área geográfica concurrente y que se encuentre en capacidad de prestar dichos servicios.

Así mismo, cita un apartado de la Resolución impugnada, para precisar que si la decisión se mantiene en los términos previstos, los usuarios de **AVANTEL** que accedan al Roaming Automático Nacional para sostener una llamada de voz, se desconectarán de su red LTE, por lo que dicho usuario si bien disfrutará de roaming para servicios de voz no podrá hacerlo para los servicios de datos mientras permanezca en la red visitada, situación que no enfrentan los usuarios de **COMCEL** quienes pueden disfrutar de la sesión de voz y datos al mismo tiempo inclusive cuando su operador, en *auto-roaming*, hace *fallback* a su red 2G/3G.

Advierte que dicha situación contraría el principio de trato igual y no discriminatorio acuñado en una de las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones y señala que **AVANTEL** tiene el derecho regulatorio a que sus usuarios puedan equipararse en las condiciones, calidad y servicios a los usuarios de **COMCEL**.

En consecuencia, solicita **AVANTEL** que se aclare que en situaciones en las cuales la red de **AVANTEL** cuenta con cobertura para la prestación de servicios de datos, pero en dicha área su red no está en capacidad de soportar de manera directa servicios de voz o SMS, o como consecuencia del *fallback* tampoco soporta servicios de datos mientras retorna a su red LTE, tiene el derecho regulatorio de acceder a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para la prestación de los servicios de datos y SMS.

2.1.2. Consideraciones de la CRC

En relación con lo expuesto en este aparte del recurso de reposición, esta Comisión considera indispensable recordar que desde la resolución de primera instancia se dejó claro que el derecho a acceder a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional se predicaba de los servicios de datos, voz y SMS, siendo solo oponible como excepción que **AVANTEL** ya tuviera cobertura en esa área geográfica y que tuviera capacidad de prestar los servicios de datos, voz y SMS a sus usuarios. En efecto, en la mencionada resolución se indicó textualmente lo siguiente:

*"Ahora bien, en lo que tiene que ver con los servicios respecto de los cuales debe proveerse la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, la regulación hizo mención a que dentro de los mismos están incluidos los servicios de voz, SMS y datos, lo cual implica que dicha instalación debe permitir el adecuado funcionamiento de uno o más de dichos servicios, con independencia de los medios tecnológicos empleados para ello. Así, para el caso concreto, se encuentra que **AVANTEL** tiene derecho a solicitar acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional tanto para los servicios de datos, como para los servicios de voz y SMS, **siendo oponible únicamente como excepción a dicho derecho, el que AVANTEL ya cuente con cobertura en el área geográfica concurrente y que se encuentre en capacidad de prestar estos servicios a sus usuarios.**"(NSFT)*

Así, es claro que en aquellos eventos, como el descrito por **AVANTEL** en el recurso de reposición, en los que dicho proveedor no se encuentra en capacidad de prestar los servicios de datos a sus usuarios, aun cuando tenga cobertura de LTE en esa zona geográfica, los usuarios de **AVANTEL** tienen derecho a acceder a los servicios de datos, por lo que el proveedor de la

red visitada deberá dar acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, tal y como se dispuso en la resolución recurrida.

Lo anterior también fue confirmado en la resolución objeto de recurso cuando se afirmó de manera clara y expresa que la itinerancia debía ser garantizada en la red visitada siempre que las condiciones de la red de origen no permitan que el usuario acceda a uno o más servicios a través de esta última.

Así las cosas, es claro para esta Comisión que el derecho a acceder a la facilidad esencial de Roaming Automático Nacional de datos y/o SMS y/o voz, surge cuando **AVANTEL** no tiene cobertura en un área geográfica determinada, lo cual conlleva a que **AVANTEL** no esté en capacidad de prestar con su propia red servicios de voz y/o SMS y/o datos.

De esta forma, no le asiste la razón a **AVANTEL** cuando afirma que la resolución recurrida no hace referencia al derecho que tiene dicho proveedor para hacer uso de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional cuando dicho proveedor, aun teniendo cobertura de 4G, no está en capacidad de prestar a sus usuarios el servicio de datos por la situación técnica que rodea el acceso a la red visitada y el retorno a la red de origen, en el marco de la cual pierde la cobertura para la prestación de los servicios con su red propia, tal y como lo explicó dicho proveedor en su recurso. Ello por cuanto, como ya se mencionó, la resolución recurrida sí establece el derecho que tiene **AVANTEL** de hacer uso de la facilidad esencial de Roaming Automático Nacional en datos y/o SMS y/o voz cuando no hay cobertura, lo cual ocurre con el servicio de datos cuando el terminal de usuario hace *fallback* a la red 2G/3G y por tanto se desconecta de la red LTE de **AVANTEL**.

En tal caso, el terminal de usuario de **AVANTEL** tiene el derecho de hacer uso de la facilidad esencial de Roaming Automático Nacional para datos, garantizándose además que estos no reciban un trato discriminatorio respecto de los usuarios de la red visitada.

Por las razones precedentes el cargo propuesto por **AVANTEL** no tiene vocación de prosperar.

2.2. SOBRE LA TEMPORALIDAD DEL ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL

2.2.1. Consideraciones del recurrente

AVANTEL inicia la exposición del cargo haciendo alusión a algunas consideraciones plasmadas en la Resolución impugnada por parte de esta Comisión, sobre la relación entre la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional con las obligaciones de cobertura dispuestas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, dentro de las condiciones definidas en la Resolución MINTIC 449 de 2013.

De lo anterior, refiere que existe una contradicción en la posición tomada por el regulador, dado que se señala que la obligación de Roaming no está sujeta a plazo o condición, pues no existe disposición alguna que así lo refiera; agrega que como resultado de esto, el derecho que tiene **AVANTEL** no guarda relación con las coberturas previstas en la ya citada Resolución MINTIC 449.

Para sustentar esto, **AVANTEL** presenta las siguientes razones: i) si **AVANTEL** cumple oportuna y eficazmente sus obligaciones de cobertura, no se concluye que técnicamente la red LTE desplegada esté en capacidad de soportar servicios de voz y SMS, lo cual dependerá del desarrollo tecnológico para la provisión de estos servicios; ii) el hecho que **AVANTEL** cumpla oportuna y eficazmente sus obligaciones de cobertura en los 57 municipios no implica que no tenga derecho a aquellas zonas donde no cuenta con cobertura; y iii) según lo establece la Resolución MINTIC 449 de 2013, una vez cumplido el 5º año **AVANTEL** podrá hacer uso de compartición de infraestructura, Roaming o cualquier otro medio que estime conveniente para generar cobertura en el 100% de las cabeceras municipales, conforme a la normatividad vigente.

En ese orden, solicita **AVANTEL** que se aclare que no existen condiciones de temporalidad alguna derivada de las reglas de cobertura de la Resolución MINTIC 449, y que las alusiones a las condiciones de temporalidad no tienen por objeto ni como efecto sujetar tal derecho a condiciones distintas de las previstas en la Resolución CRC 4112 de 2013.

2.2.2. Consideraciones de la CRC

En relación con lo expuesto por **AVANTEL** en este cargo, debe tenerse en cuenta que las condiciones de temporalidad se encuentran establecidas en la Resolución CRC 4112 de 2013 y que en razón a ello, la resolución recurrida realizó la aplicación de la regulación general en la materia, concluyendo que el derecho al acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional no se encuentre sujeta a un plazo.

Sin embargo, de ninguna manera puede afirmarse que el derecho de **AVANTEL** de exigir el acceso y uso al Roaming Automático Nacional y la correlativa obligación de ofrecer esta misma figura por parte de **COMCEL**, no esté sujeta a condición extintiva alguna⁵. En efecto, la obligación de proveer el acceso a la instalación esencial en comento, cesa para el operador de la red visitada, en la medida en que el proveedor solicitante cuente con la cobertura para prestar directamente los servicios a sus usuarios, tal como lo establece la Resolución CRC 4112 de 2013.

En ese sentido, contrario a lo manifestado por el recurrente las obligaciones de cobertura tienen efectos en la referida condición. Tal como lo precisó esta Comisión en el respectivo documento respuesta a comentarios⁶ que acompañó la expedición de la Resolución CRC 4112 de 2013, en lo cual **AVANTEL** coincidió en su momento, en el sentido que la promoción de la competencia y el incentivo a la inversión en un contexto dinámico son los propósitos de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional. Esto último implica que si uno de los fines es el de incentivar la inversión en sus redes por parte del entrante o de los operadores en general, existe una relación del despliegue de infraestructura propia y el derecho a solicitar el acceso a la ya citada instalación esencial.

En efecto, la posición de la regulación general frente a este punto, indica que el uso de la instalación esencial debe irse desmontando en la medida en que el operador invierta en infraestructura propia, lo cual denota la clara relación existente entre las obligaciones de cobertura y las necesidades de inversión, frente a la posibilidad de requerir el acceso a la instalación esencial bajo análisis.

De esta forma, que **AVANTEL** cumpla oportuna y eficazmente sus obligaciones de cobertura en los 57 municipios no implica que no tenga derecho a acceder a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional en aquellas zonas donde no cuenta con cobertura propia, ello tampoco implica que el proveedor quede totalmente liberado de implementar los desarrollos tecnológicos que le permitan prestar de manera directa los servicios de telecomunicaciones a sus usuarios, sin necesidad del Roaming Automático Nacional, donde se reitera que también es propósito de la medida, la promoción de la inversión.

Ahora bien, que la voz sobre LTE (VoLTE) no cuente en la actualidad en el mercado colombiano con la madurez tecnológica y con economías de escala, no significa que la obligación de acceso a la instalación esencial antes referida sea indefinida o perpetua, pues es claro que la tendencia tecnológica de las redes móviles a sustituir la conmutación de circuitos por la de paquetes, concluirá en la solución comercial de VoLTE. En ese sentido, la decisión del regulador debe ilustrarse dentro del contexto tecnológico en que se profiere, y no con abstracción de él, y tal contexto indica la implementación futura de VoLTE en el corto o mediano plazo.

Finalmente, y sobre este particular también debe llamarse la atención que la regulación expedida por esta Comisión demanda estar en permanente actualización y la misma debe reflejar, entre otros, la situación del mercado, el uso de las redes y las necesidades propias de la industria en un momento determinado, por lo que la referencia incluida por **AVANTEL** en su recurso de reposición en el sentido de que la cobertura en el 100% de las cabeceras municipales del país a partir del año cinco (5) podrá lograrse a través del uso de compartición de infraestructura, roaming o cualquier otro medio que estime conveniente, se encuentra sujeta

⁵ Cabe aclarar que la condición extintiva a la que se hace alusión tiene como propósito precisar que el Roaming Automático Nacional, por naturaleza, no es indefinido, ello no debe confundirse con lo contenido en la resolución recurrida sobre la naturaleza de la obligación de proveer la instalación esencial en comento. En efecto, se trata de una obligación pura y simple al no requerir de condición suspensiva alguna para que pudiese ser exigible. Así las cosas, mientras que el primer caso acá referido atiende al tema de la extinción de la obligación, el segundo se refiere a que no existen condiciones para que resulte exigible.

⁶ Disponible para consulta en: <http://www.crcom.gov.co/?idcategoria=64514>. Página 11.

a lo que disponga la normatividad vigente, recordando que las decisiones regulatorias deben estar orientadas a la consecución de los principios establecidos en la Ley 1341 de 2009, de los cuales se destacan el uso eficiente de las redes y, nuevamente se reitera, la promoción de la inversión.

Por las razones antes expuestas el cargo presentado no tiene vocación de prosperar.

2.3. CON RESPECTO A LAS ALTERNATIVAS PARA LA AUTOMATICIDAD DEL ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL Y LA IMPLEMENTACIÓN DE LA FUNCIONALIDAD DE CIRCUIT SWITCHED FALLBACK –CSFB–.

2.3.1. Consideraciones del recurrente

AVANTEL señala que esta Comisión en la resolución impugnada presentó dos alternativas técnicas que permiten proveer el acceso Roaming Automático Nacional usando CSFB, que involucran las dos redes móviles, una de ellas con conexión SGs y la otra sin este tipo de conexión. Asimismo, precisa que de las dos opciones no se estableció en la decisión cuál sería la que debían seguir las partes.

Haciendo cita de los principios orientadores de la Ley 1341 de 2009, en especial el uso eficiente de los recursos, señala que de conformidad con los documentos que obran en el expediente, la conexión más eficiente desde los puntos de vista de la experiencia del usuario y del diseño de red para ambos proveedores, es aquella que hace uso de la interfaz SGs. Considera que la adopción de una alternativa distinta implicaría un esquema de conexión que conlleva inconvenientes de calidad.

AVANTEL aduce que, de no hacer uso de la opción que involucra la interfaz SGs, se podrían presentar los siguientes problemas: **i)** Un mayor tiempo en el establecimiento de las llamadas, lo que afecta la experiencia del usuario, pues una conexión en este sentido requiere una mayor carga de intercambio en la señalización entre las redes; **ii)** un mayor índice de llamadas caídas como consecuencia por el aumento de mensajes de señalización; **iii)** una desventaja competitiva, pues los usuarios de **COMCEL** no tendrían que soportar un tiempo adicional significativo para el establecimiento de sus llamadas, como sí sería el caso de **AVANTEL**; y finalmente **iv)** **COMCEL** ya se encuentra haciendo uso de conexiones soportadas en la interfaz SGs para la prestación de sus servicios, lo que implica que debe ofrecerse lo mismo a **AVANTEL** para evitar un trato discriminatorio.

AVANTEL señala que desde su oferta final, había solicitado expresamente que se soportara las conexiones para la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional con la interfaz SGs entre dos MSS de **COMCEL** y el MME de **AVANTEL**.

Por otra parte, **AVANTEL** precisa que el número de conexiones que soporten la interfaz SGs a nodos MSS de **COMCEL**, para la funcionalidad de CSFB no debe exceder de dos, una como enlace principal y otra que garantice redundancia.

En el orden de lo expuesto, **AVANTEL** solicita que esta Comisión determine que "*COMCEL debe proveer acceso a RAN usando CSFB, mediante el empleo de la interfaz SGs para la conexión entre el MSS y MME, en un número no mayor a dos MSS de COMCEL*".

2.3.2. Consideraciones de la CRC

En primer lugar, cabe anotar que en efecto, esta Comisión planteó dos alternativas técnicas que pueden ser usadas para la provisión de Roaming Automático Nacional haciendo uso de CSFB e involucrando dos redes móviles (PLMN) distintas, diferenciadas porque la primera de ellas requiere una conexión directa, mediante la interfaz SGs, del MME del Proveedor A (el proveedor de la red de origen) contra los MSS CSFB del Proveedor B (el proveedor de la red visitada), mientras que la segunda no requiere que la interfaz SGs conecte los elementos de red de ambos proveedores, y en su lugar se emplea esta conexión para conectar el MME y los MSS de **AVANTEL**. Sobre este aspecto se concluyó que la existencia de las dos alternativas demuestra la viabilidad técnica de aplicar el esquema CSFB para la correcta implementación del Roaming Automático Nacional, dos opciones que requieren la implementación de la interfaz SGs de manera distinta, una al interior de la red de **AVANTEL** y otra entre las redes de los dos proveedores parte del presente trámite administrativo.

En tal sentido, esta Comisión consideró suficiente en el acto recurrido, constatar la viabilidad de implementar el esquema CSFB mediante alguna de las alternativas, para que las partes implementaran cualquiera de ellas de acuerdo con las necesidades y expectativas que el Proveedor de la Red de Origen —es decir **AVANTEL**— debía ponderar. Así, si bien no se adoptó una alternativa en particular, ello se hizo bajo el supuesto de que las partes elegirían aquella que mejor se ajustara a las necesidades y posibilidades que comporta la realidad técnica de las redes de ambos proveedores. En efecto, en el acto recurrido esta Comisión definió que **COMCEL** debía proveer a **AVANTEL** *"la Instalación esencial de Roaming Automático Nacional, bajo la alternativa en la cual la funcionalidad específica de CSFB se encuentra centralizada en un MSS o un grupo de MSSs que cumplen la tarea específica de CSFB, redireccionando la comunicación hacia otro MSS en caso necesario, referido previamente, a menos que dichos proveedores acuerden algo distinto que satisfaga las condiciones mínimas regulatorias a las que se hizo referencia en esta resolución"*, es precisamente en ese sentido que se anotó que las partes debían reunirse en el seno del CMI una vez se encontrara ejecutoriado el acto administrativo impugnado, para implementar el Roaming Automático Nacional en las condiciones técnicas allí descritas.

Aclarado lo anterior, vale la pena anotar en relación con lo expuesto por **AVANTEL** respecto al impacto que uno u otro esquema tiene frente a la calidad del servicio, que en efecto, el procedimiento CSFB afecta el desempeño de las redes, situación natural y propia de la evolución tecnológica actual. Al respecto, existen estudios⁷ que indican en relación con el tiempo de establecimiento de llamada: que la misma es mayor si el CSFB se realiza sobre 2G que sobre 3G, es menor si se realiza sobre *Release 9* que sobre *Release 8* y que hay facilidades que permiten aminorar este tiempo, como por ejemplo UltraFlash-CSFB de Huawei⁸.

Ahora, como bien lo advierte **AVANTEL**, si el Operador de la Red Visitada ofrece CSFB a sus usuarios mediante la interfaz SGs, en aplicación del principio de trato no discriminatorio, debería proveerlo en igual forma al Operador de la Red de Origen visitante, por lo que esta Comisión encuentra razonable desde la perspectiva técnica que si el Operador Visitado presta el servicio CSFB a sus usuarios mediante la interfaz SGs, se haga lo propio para proveer el servicio de Roaming Automático Nacional a **AVANTEL**, lo cual implica que debe facilitar la interconexión por medio de la interfaz SGs. El mismo concepto aplicaría para los *Releases* y facilidades involucradas en el CSFB de la propia red, siendo entonces obligatorio que **COMCEL** provea para la prestación del servicio de Roaming Automático Nacional de **AVANTEL**, los mismos *Releases* y facilidades que use para sí mismo.

De otra parte, y frente a la afirmación de **AVANTEL** en relación con la topología en la implementación del CSFB, según la cual el número de conexiones que soporten la interfaz SGs a nodos MSS no debe ser mayor a 2, cabe recordar que en la resolución recurrida se expuso que podría haber dos clases de implementación: (i) CSFB en todas las MSS; y (ii) CSFB en MSS dedicadas. La implementación de CSFB en MSS dedicadas efectivamente se lograría más rápidamente que la implementación de CSFB en cada MSS, y en este sentido, definir el número de conexiones que soporten interfaz SGs a nodos MSS de **COMCEL**, para la funcionalidad de CSFB en dos nodos, una como enlace principal y otra que garantice redundancia, permite la introducción rápida y fácil de la implementación del Roaming Automático Nacional, lo cual a todas luces contribuye con la entrada al mercado de los nuevos agentes y por ende promueve la competencia. En todo caso, los proveedores en el seno del CMI deben evaluar el desarrollo y comportamiento de los tiempos de establecimiento de llamadas entre los usuarios de la red visitada y los de la red de **AVANTEL**, en aras de identificar si deben implementarse medidas adicionales que permitan disminuir los tiempos de establecimiento, debiendo ambos proveedores asegurar que los servicios se presten con niveles de calidad adecuados.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que implementar CSFB en un **máximo** de 2 nodos (MSS dedicadas), como lo propone **AVANTEL**, no garantizaría la redundancia de la interconexión para el Roaming Automático Nacional desde la perspectiva de la red visitada, por cuanto, si la implementación se diera únicamente en un MSS y este tuviera una falla crítica, se daría una afectación total de la instalación esencial en comento. Por tanto, en relación con la topología, se

⁷ Como por ejemplo de Qualcomm (CSFB Performance, octubre de 2012), y Huawei (Huawei CS Fallback –CSFB– Solution, junio de 2013).

⁸ De acuerdo con información de <http://www.cellular-news.com/story/63980.php>, ya se han realizado pruebas de interoperabilidad de Ultra Flash CSFB.

concluye que el operador de la red visitada debe garantizar la provisión de esta interfaz en 2 nodos (MSS dedicados), y no en máximo dos nodos como requiere **AVANTEL**.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Comisión acepta parcialmente el cargo presentado por el recurrente, y en ese sentido procederá a dar alcance a lo expuesto en el numeral 6.3 de la resolución recurrida, señalando que la automaticidad del Roaming Automático Nacional y la implementación de la funcionalidad de CSFB, deberá realizarse utilizando una conexión directa, mediante la interfaz SGs, del MME de **AVANTEL**, contra los MSS CSFB de **COMCEL**, y que los nodos (MSS dedicadas) involucrados en la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional por **COMCEL** serán dos (2). Esta condición deberá ser revisada en el seno del CMI, de modo que se introduzcan los ajustes necesarios en la provisión del Roaming Automático Nacional, y de ser necesario se incorporen nuevas MSS dedicadas de **COMCEL** con el fin de garantizar que los servicios se presten con adecuados niveles de calidad.

2.4. RESPECTO DEL CALIFICATIVO DE "RETO TÉCNICO" QUE LA CRC LE ADSCRIBE A LA PROVISIÓN DE ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL

2.4.1. Consideraciones del recurrente

Manifiesta **AVANTEL** que aunque a lo largo del numeral 6.3 de la resolución recurrida, esta Comisión describe en forma clara y simple la manera como **COMCEL** debe proveer a **AVANTEL** la instalación esencial de Roaming Automático Nacional y en particular la forma en que la funcionalidad CSFB debe ser operada para garantizar la automaticidad del roaming de voz y SMS -con lo cual se desvirtúa de manera sencilla pero indiscutible la imposibilidad técnica que, de manera coordinada, alegaron los tres PRST⁹-, en el cuerpo de la resolución la CRC señaló que: *"...si bien debe reconocerse que el cumplimiento a la obligación definida en la regulación respecto de la provisión de Roaming Automático Nacional representa un reto técnico para las partes, no se identifica ninguna imposibilidad para ello..."*; afirmación que, en su concepto, queda desvirtuada por el texto mismo de la resolución, toda vez que la provisión del Roaming Automático Nacional con la facilidad CSFB no constituye un reto técnico en la medida en que dicha funcionalidad ya ha sido utilizada con éxito en muchos países y que aun cuando en el mensaje SIB 19, **COMCEL** deba anunciar las frecuencias asociadas a una red LTE de la cual no es titular de un derecho de dominio, en manera alguna supone un "reto técnico", por lo que solicita eliminar esta expresión del texto de la resolución recurrida.

Agrega que en caso de no eliminar la citada frase, la Comisión debe aclarar si el empleo de la misma en la resolución recurrida tiene por objeto o como efecto justificar la dilación de **COMCEL** en el cumplimiento de su obligación legal y regulatoria de conceder a **AVANTEL** acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional o eximir de responsabilidad a dicho operador por la infracción a la normativa de acceso e interconexión contemplada en el régimen de telecomunicaciones, por cuanto estando obligado desde hace muchos años a proveer esta instalación esencial y siendo **COMCEL** un profesional de la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, conocía la forma en que debía garantizarse la automaticidad del Roaming cuando una de las redes involucradas era LTE, como quiera que ya utilizaba y utiliza CSFB para garantizar el interfuncionamiento entre su propia red LTE y sus redes de conmutación de circuitos.

2.4.2. Consideraciones de la CRC

Sea lo primero manifestar que el recurrente confunde la claridad y sencillez con que esta Comisión acostumbra a explicar sus decisiones, tal y como ocurre en el presente caso, con la complejidad inmersa en las soluciones técnicas ofrecidas en la decisión que aquí se recurre para hacer efectiva la implementación del Roaming Automático Nacional.

En efecto, lo decidido sobre la forma en que debe operar la funcionalidad CSFB para garantizar la automaticidad del Roaming Automático Nacional precisa de una serie de procesos y acondicionamientos de las redes que si bien, tal y como de manera expresa se manifestó en el acto recurrido, no implican una imposibilidad para hacerlo, sí supone un esfuerzo de parte de

⁹ En referencia a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** y **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.**

los dos operadores que no puede desconocerse por el hecho de que se describa de manera simple la forma de ejecutarlo, como pretende **AVANTEL**.

Lo anterior se corrobora con lo señalado en dicho Acto, en el sentido que esta Comisión encontró que hasta el momento no hay evidencia de otros casos en el mundo de un proveedor de redes y servicios que tenga usuarios 4G y que requiera hacer uso de las redes 2G/3G de otro proveedor para prestar servicios de voz y SMS a dichos usuarios; lo cual da cuenta de la novedad y complejidad de la solución técnica ofrecida para hacer efectiva la obligación de provisión del Roaming Automático Nacional. Precisamente fue esto lo que llevó a esta Comisión a reconocer que si bien el cumplimiento de la obligación de la provisión del Roaming Automático Nacional *"representaba un reto técnico para las partes, no se identificaba ninguna imposibilidad para ello"*, en consecuencia de lo cual ordenó a **COMCEL** proveer la instalación esencial de Roaming Automático Nacional en los términos señalados en la resolución recurrida, por lo que la solicitud de eliminar la mencionada frase no procede.

Ahora bien, la solicitud del recurrente en el sentido que la Comisión aclare si la citada frase tiene por objeto o como efecto justificar la aludida dilación de **COMCEL** en el cumplimiento de su obligación legal y regulatoria de conceder a **AVANTEL** acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional o eximir de responsabilidad a dicho operador por la infracción a la normativa de acceso e interconexión contemplada en el régimen de telecomunicaciones, resulta no solo un despropósito, sino una petición carente de todo sentido, y en algún sentido, podría considerarse como irrespetuosa en tanto se sale del contexto fáctico y normativo de la decisión recurrida, y proyecta un juicio que esta Comisión no ha hecho, pues supera el límite de sus funciones.

Efectivamente, si el recurrente infiere que el fundamento de la frase en cuestión es el señalado por ella y por tal razón pide se le aclare, lo que está endilgando a esta Comisión es una conducta aparentemente ilícita, caso en el cual el conducto a seguir es poner en conocimiento de las autoridades competentes la conducta que en su concepto estaría desarrollando esta Comisión con dicha afirmación, no hacer una solicitud que además de rayar en lo absurdo por lo que contendría la aclaración en los términos solicitados, resulta irrespetuosa no solo con los miembros de la Sesión de Comisión sino con la Institución como tal, al siquiera suponer una motivación tan carente de sentido, por decirlo menos, que además no se compadece con lo único cierto que es que el regulador obligó en este caso a **COMCEL** a proveerle la instalación esencial de Roaming Automático Nacional.

Por ello no deja de ser paradójico que **AVANTEL**, quien solicitó a la Comisión su intervención con miras a la solución del conflicto, como respuesta a la atención pronta y oportuna por parte del regulador, infiera que la motivación detrás de la afirmación, que aquí se confirma, en el sentido que el cumplimiento de la obligación de provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional representa un reto técnico para las partes, haya sido justificar la aludida dilación o eximir de responsabilidad a los proveedores, lo cual como se dijo antes, termina siendo un contrasentido a la luz de lo resuelto en la resolución recurrida.

Por último, en relación con lo argumentado por la recurrente relacionado con el conocimiento que tenía **COMCEL** de la obligación a él impuesta en materia de Roaming Automático Nacional, basta señalar que la Comisión explicó de manera detallada lo pertinente en el numeral 6.3 de la resolución recurrida.

Teniendo en cuenta lo antes manifestado la solicitud de aclaración no procede, en su lugar, esta Comisión, de manera respetuosa invita al recurrente a adelantar las acciones que considere pertinentes, que en su concepto, motivó a esta Comisión dentro de la presente actuación administrativa.

2.5. SOBRE LA OBLIGACIÓN DE REPORTE DE INFORMACIÓN QUINCENAL A CARGO DE AVANTEL FRENTE A LAS ÁREAS EN LAS CUALES NO REQUIERE DE ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL

2.5.1. Consideraciones del recurrente

Señala **AVANTEL** que la obligación de informar a **COMCEL** las zonas donde ya no va a requerir hacer uso del Roaming Automático Nacional para uno o más servicios, no una vez cada trimestre, como está contemplado en la regulación general, sino cada quince (15) días durante

los próximos dos años, como se estableció en la resolución recurrida, no procede en derecho por cuanto la Comisión se encuentra jurídicamente imposibilitada para modificar un acto de carácter general y abstracto mediante uno particular y concreto, mucho menos cuando este último es producto de la aplicación de aquél. Agrega **AVANTEL**, que este principio de derecho administrativo que se desprende del principio de legalidad e interdicción de la arbitrariedad, recibe el nombre de "*Inderogabilidad Singular de los Reglamentos*", el cual ha sido reconocido tanto en la jurisprudencia como en la doctrina constitucional. En consecuencia, en concepto de **AVANTEL**, la Comisión al resolver un conflicto al amparo de una norma jurídica de alcance general proferida por la misma entidad, debe aplicarla, pero excede su competencia al modificar o más grave aún al inaplicar tal norma, como sucede en el caso concreto.

Adicionalmente, manifiesta el recurrente que la imposición de una obligación de esta naturaleza desconoce el principio de seguridad jurídica en desmedro de **AVANTEL**, quien guarda la legítima convicción de que la controversia sometida al conocimiento de la Comisión sea desatada con base en la regulación de carácter general vigente. Por último, aduce que la imposición de dicha obligación de informar no constituye un incentivo para que despliegue más rápido su red y deje de utilizar el Roaming Automático Nacional, pues el estímulo consiste en que una vez cuente con cobertura propia pueda prescindir de dicha instalación esencial y pueda reducir sus gastos de operación (OPEX).

Con fundamento en lo anterior, **AVANTEL** solicita a la CRC revocar la obligación en comento, de manera tal que su deber de reporte de información se realice en los términos establecidos en el numeral 6.5 del artículo 6 de la Resolución CRC 4112 de 2013.

2.5.2. Consideraciones de la CRC

En relación con lo expuesto por **AVANTEL** en el presente cargo, esta Comisión debe recordar cuál es el alcance material de lo dispuesto en el numeral 6.5 del artículo 6 de la Resolución CRC 4112 de 2013, para lo cual se considera necesario partir de lo dispuesto textualmente en el mismo:

"ARTÍCULO 6. OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR DE LA RED DE ORIGEN.

Para el acceso y uso de la instalación esencial de roaming, serán obligaciones del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones móviles de la red origen:

6.5. Informar a la red visitada aquellas zonas donde no requiera más hacer uso del roaming automático nacional para uno o más servicios, dado que cuenta con cobertura propia para atender tales servicios. La información deberá actualizarse al menos cada trimestre."(NFT)

De la simple revisión del texto transcrito se evidencia que la regla regulatoria previó que el reporte de la información debía hacerse **al menos** trimestralmente, es decir, que la norma bajo análisis incluyó de manera expresa la posibilidad de que el plazo de reporte de la información fuera inferior al trimestre. Así, resulta evidente que la interpretación que pretende aplicar **AVANTEL** en el sentido que el plazo del reporte de la información debe ser trimestralmente tendría como consecuencia que el aparte "al menos" contenido en la norma, no tiene la vocación de producir efecto alguno.

Tal consideración contradice el principio de interpretación de las normas jurídicas conocido como "de efecto útil" al que ha hecho referencia la jurisprudencia constitucional de tiempo atrás, como aquel que "*enseña que, entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero*"¹⁰.

De esta forma, el Acto recurrido no modificó, ni derogó la regla prevista en el artículo 6.5 de la Resolución CRC 4112 de 2013; todo lo contrario, le dio aplicación a dicho precepto, pero de manera integral, no parcial, como pretende **AVANTEL**, definiendo un periodo de reporte de información inferior a los tres meses, en la medida en que la misma norma no preveía que dicho plazo era el plazo máximo, ni el único.

¹⁰Sentencia No. T-001/92

Por último, en lo que tiene que ver con lo expuesto por **AVANTEL** sobre que la obligación de informar no constituye un incentivo para que despliegue más rápido su red y deje de utilizar el Roaming Automático Nacional, debe aclararse que la obligación en comento tiene como propósito que las partes tengan un control debido del despliegue de la infraestructura que permita un monitoreo cercano de la evolución de dichas actividades y que a la vez, el reporte de información se realice para que las diferentes autoridades administrativas puedan desarrollar sus funciones o monitorear el cumplimiento de las obligaciones regulatorias previstas en el acto administrativo particular y en las reglas generales contenidas en la regulación.

Por las razones precedentes el cargo propuesto no tiene vocación de prosperar.

2.6. RESPECTO DE LAS REGLAS ESTABLECIDAS PARA LA DEFINICIÓN DEL CRONOGRAMA DE IMPLEMENTACIÓN DEL ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL

2.6.1. Consideraciones del recurrente

AVANTEL manifiesta que como consecuencia de la negativa de **COMCEL** a proveer la instalación esencial de RAN, este último proveedor no ha informado los nodos (MSS) que soportan la funcionalidad CSFB, en relación con lo cual señala que esta información resulta necesaria para proceder con la instalación de los enlaces bajo interfaz SGs, sin la cual resulta imposible proceder a las pruebas integrales de RAN, que corroboren la operatividad de CSFB.

Agrega que como lo evidencia la experiencia con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y COLOMBIA MÓVIL, la instalación de la conexión SGs puede tardar hasta un mes, y solamente instalada aquella, se pueden iniciar las pruebas.

Por lo anterior, **AVANTEL** solicita en primer lugar ordenar a **COMCEL** que al día siguiente de la ejecutoria del acto administrativo recurrido informe a **AVANTEL** los nodos (MSS) que soportan la funcionalidad CSFB para proceder a efectuar la conexión SGs; así como las condiciones técnicas que deberá tener la conexión a la red de **COMCEL** para soportar la interfaz SGs y, en segundo lugar, *"modificar el Parágrafo 1 del Artículo Primero de la resolución recurrida, en el sentido de que el cronograma que deben presentar las Partes contemple un período de máximo de un mes para poner en funcionamiento comercial el roaming, contado a partir del día en que la conexión SGs esté operativa, sin que en total el cronograma exceda de dos (2 meses)"*.

2.6.2. Consideraciones de la CRC

En lo que respecta a la primera de las solicitudes presentadas por **AVANTEL**, el intercambio de la información necesaria entre operadores con ocasión de la provisión de una instalación esencial y su implementación corresponde al cumplimiento de una obligación de carácter permanente con raigambre en los principios que rigen el acceso, uso e interconexión de instalaciones esenciales que se encuentran previstos en la Ley 1341 de 2009¹¹ y así como en el régimen de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones¹². En efecto, dentro de los principios que guían el desenvolvimiento de la obligación de acceso e interconexión, se encuentra el de transparencia, desarrollado en el artículo 45 de la Resolución CRC 3101 de 2011, relativo a la deber de provisión de la información necesaria, que establece que *"Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deben proporcionar a otros proveedores, acceso eficaz y oportuno a la información técnica y a la comercialmente relevante, que resulte necesaria para permitir o facilitar el acceso y/o interconexión, así como el funcionamiento eficiente de los servicios, aplicaciones o contenidos. (...)"*

En ese sentido, esta Comisión no estima necesario establecer un orden específico relacionado con el señalamiento por parte **COMCEL** de los nodos (MSS) que soportan la funcionalidad

¹¹ **"Artículo 50. Principios del acceso, uso e interconexión.** Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro proveedor que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para asegurar los siguientes objetivos:

1. *Trato no discriminatorio; con cargo igual acceso igual.*

2. Transparencia(...)" (NFT)

¹² **"4.5 Publicidad y Transparencia.** Los proveedores deben suministrar la información técnica, operativa y de costos asociados, que requieran los demás proveedores con motivo de la relación de acceso y/o de interconexión."

CSFB, esto en la medida en que el suministro de esta información, así como de la referente a las condiciones técnicas que deberá tener la conexión a la red de **COMCEL** para soportar la interfaz SGs, comporta una precondition apenas lógica para la puesta en marcha y operatividad del RAN así como de cualquier otra operación técnica que acometan las partes que ya se encuentra comprendida en la regulación general y que además se inscribe dentro del cumplimiento mismo de la obligación de suministro de instalaciones esenciales en un mercado en competencia. Lo anterior, máxime si se considera que a la luz de lo previsto en el literal c) del artículo 29 de la Decisión CAN 462 de 1999, califica como una práctica anticompetitiva: "*No poner oportunamente a disposición de los demás proveedores de servicios la información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercialmente pertinente que éstos necesiten para suministrar servicios.*"

En este orden de ideas la primera petición presentado por **AVANTEL** no tiene vocación de prosperar.

Ahora en lo que respecta a la segunda petición, debe mencionarse que la resolución recurrida sustentó el plazo máximo de un (1) mes para llevar a cabo la efectiva implementación del Roaming Automático Nacional, en el hecho que la obligación de proveer esta instalación esencial se encuentra dispuesta en la regulación general vigente desde el 28 de febrero de 2013, fecha en la cual se publicó en el Diario Oficial la Resolución CRC 4112 de 2013.

Lo anterior guarda relación con el escrito de solicitud de solución de controversias presentado por **AVANTEL**, en el cual este proveedor incluyó argumentos aduciendo que **COMCEL** estaría dilatando el proceso para acceder a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, y se propendió por el establecimiento de una obligación para que las partes definieran el cronograma en comento, y lograran la efectiva implementación de dicha instalación esencial de manera expedita, por lo que si bien es claro para esta Comisión el interés de **AVANTEL** de incluir la instalación de la interfaz SGs, no deja de sorprenderle que sea precisamente dicho proveedor, quien ha manifestado la urgencia de contar de manera pronta y efectiva con acceso a la instalación esencial, quien en la práctica requiera la ampliación del plazo fijado en el acto administrativo recurrido.

No obstante, esta Comisión no tiene reparo en acceder a la solicitud de **AVANTEL**, por lo cual se procederá a realizar la aclaración correspondiente en los términos antes expuestos, lo anterior sin perjuicio de que las partes deban reunirse para definir el cronograma, el día hábil siguiente a la fecha de ejecutoria de la Resolución CRC 4419 de 2014, y que el cronograma de implementación debe ser remitido a la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, a más tardar dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de esta resolución.

3. RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR COMCEL. PETICIONES, PRUEBAS Y ARGUMENTOS

En el recurso de reposición presentado a consideración de esta Comisión, **COMCEL** en el apartado de peticiones solicita de manera principal que se revoque la decisión contenida en la resolución que se recurre y que, en su lugar se señale que **AVANTEL** no cumple las condiciones legales, para que proceda la solicitud que presentó y, por lo tanto, se nieguen sus peticiones.

En segundo lugar señala que conforme a lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 se dé un pronunciamiento expreso respecto de todos y cada uno de los aspectos que se ponen a consideración de la CRC.

A título de petición "*Subsidiaria General, de la Petición Primera Principal*", **COMCEL** solicita que se modifique el artículo primero de la resolución que se recurre en los siguientes términos:

"Artículo primero: Comunicación Celular Comcel S.A. deberá otorgar a Avantel S.A.S. el acceso y uso de la instalación esencial del Roaming Automático Nacional bajo las siguientes condiciones:"

"Primera subsidiaria especial: Avantel solo tiene derecho a la instalación esencial de RAN, de parte de Comcel, para el o los servicios específicos de voz, datos o

SMS, que esté prestando de manera directa, en intensidad y de manera razonable y no para aquellos servicios para los cuales (i) no haya desplegado una gestión ni realizado inversiones mínimas para que sea verosímil que es prestador de los servicios solicitados; ni (ii) para los que no tenga red de origen que sea compatible con la red del operador visitado.

Segunda subsidiaria especial: "Avantel sólo puede acceder a la instalación de RAN: (i) para servicios de datos, en su condición de entrante a LTE (4G), hasta por el plazo en que debe hacer las inversiones obligatorias impuestas por la concesión; Durante los primeros 5 años en que se deben hacer las inversiones forzosas impuestas en la Resolución de Asignación, el roaming para servicios de datos se debe ir retirando de los municipios en que Avantel está obligado a desplegar cobertura propia; y (ii) para servicios de voz y SMS, una vez demuestre que cuenta con red de origen para proveer dichos servicios a sus propios usuarios, la cual debe ser técnicamente compatible con la red de Comcel, y por un plazo que no podrá exceder al establecido para los servicios de datos mencionados en el punto anterior, debiendo Avantel desplegar su propia red soporte para servicios de voz y SMS con cobertura equivalente a la de datos de 4G. Para efectos de acceder y mantener el RAN para voz y SMS, Avantel deberá presentar para aprobación de la CRC un cronograma de despliegue de red soporte para servicios de voz y SMS, el cual no podrá exceder el plazo otorgado para el despliegue de 4G.

Tercera subsidiaria especial: "Una vez Avantel ha llegado o debido llegar con cobertura a un municipio, sin importar la extensión de la cobertura, sea voluntariamente o en cumplimiento de una disposición vinculante, cesará para Comcel la obligación de facilitarle el acceso y uso a la instalación esencial del RAN en todo el territorio de dicha municipalidad.

Cuarta subsidiaria especial: En caso que se obligue a Comcel a proveer a Avantel el acceso a la funcionalidad de CSFB, la CRC debe revisar el valor máximo del RAN para reconocer la mayor remuneración a percibir por Comcel en este escenario."

De otra parte, **COMCEL** solicitó que se tengan como pruebas, los siguientes documentos aportados con el recurso de reposición: (i) Copia simple del Concepto 13-14040-20 del 6 de febrero de 2013 de la Superintendencia de Industria y Comercio, dirigido a la CRC en relación con el "Proyecto de Resolución por la cual se establecen las condiciones generales para la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional", en función de la abogacía de la competencia; (ii) Copia simple del Concepto 13-14194-1-0 del 8 de febrero de 2013 de la Superintendencia de Industria y Comercio, sobre el proyecto de Resolución para la adjudicación de espectro de 4G, en función de la abogacía de la competencia.

Así mismo, **COMCEL** solicitó decretar y practicar el interrogatorio de parte al Representante Legal de **AVANTEL**, para que bajo la gravedad del juramento se refiera sobre los hechos de la controversia mediante cuestionario que se formule en audiencia.

En relación con lo anterior **AVANTEL**, mediante documento radicado con número interno 201431177 de 1º de abril de 2014, dentro del término previsto en el inciso tercero del artículo 79 del CPACA, presentó sus consideraciones a las pruebas, especialmente sobre el poder especial conferido al doctor Santiago Pardo Fajardo por la Representante Legal Suplente de **COMCEL** para actuar en nombre y representación de dicha sociedad en la actuación administrativa de la referencia. De lo dicho, se destaca que para **AVANTEL** se evidencia que no se acreditó la calidad de abogado en ejercicio del doctor Pardo, requisito indispensable establecido en el parágrafo tercero del artículo 77 del CPACA en concordancia con el numeral primero del mismo artículo, para presentar recursos. Adicionalmente, se refiere al Anexo 1 del recurso de reposición "Aspectos económicos del RAN y del CSFB en el caso concreto" en relación con lo cual señala que el impugnante pretende sustentar los motivos de inconformidad con respecto a la resolución recurrida, con base en un documento estructurado con referencias ilustrativas y académicas que a su juicio resultan inoportunas e improcedentes para el caso concreto, pues los argumentos del documento, no buscan otra cosa que la inaplicabilidad de los términos y condiciones de la regulación de carácter general de la Resolución CRC 4112 de 2013.

72

Así mismo, se pronuncia frente a los conceptos allegados por **COMCEL** como prueba documental de Abogacía de la Competencia de la SIC que establecen las condiciones generales para la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional", dirigido a la CRC, así como respecto al Concepto de Abogacía de la Competencia de la SIC del 8 de febrero de 2013 con respecto al proyecto de resolución que estableció los requisitos y procedimiento de asignación de los permisos de espectro 4G, dirigido al Ministerio de TIC. Sobre estos conceptos se pronuncia en relación con el alcance de los mismos frente al tema de la temporalidad para el acceso a la instalación esencial de RAN tanto en la regulación de la CRC, como en la reglamentación del MinTIC contenida en la Resolución 449 de 2013.

Finalmente, **AVANTEL** se opone y solicita a la CRC rechazar de plano la solicitud de decreto de la prueba de interrogatorio de parte del representante legal de **AVANTEL**, *"por tratarse de una prueba inútil que no sirve ni se compadece con los fines de la presente actuación administrativa de solución de controversias"*

3.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES EN RELACIÓN CON EL RECURSO PRESENTADO POR COMCEL

3.1.1. En relación con el poder especial conferido al doctor Santiago Pardo Fajardo

Como se indicó anteriormente, para **AVANTEL**, el poder otorgado al Doctor Santiago Pardo Fajardo por parte de la representante legal suplente de **COMCEL** es insuficiente en la medida que no acredita su calidad de abogado titulado.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que según lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto Ley 19 de 2012 *"Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública"* para surtir un trámite administrativo, como es el caso, la autoridad administrativa no puede exigir la entrega o radicación de documentos que ya reposan en la Entidad, como requisito para adelantar dicho trámite.

De esta forma, debe anotar esta Comisión que en virtud de otros procedimientos administrativos que se han surtido, reposa en esta Entidad copia del documento idóneo que acredita al Doctor Santiago Pardo Fajardo como profesional del derecho¹³, lo que evidencia que no solo es conocido por parte de esta Comisión la calidad de abogado del apoderado de **COMCEL** dentro del recurso presentado, sino que tal condición se encuentra probada documentalmente.

Ahora bien, frente a lo dispuesto en el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil debe señalarse que el reconocimiento como apoderado solo impone dos condiciones a saber: (i) que se trate de un abogado inscrito; (ii) que haya aceptado expresamente el ejercicio del poder.

En consecuencia, del poder en cuestión, se aprecia que se trata de un abogado inscrito y cuya tarjeta profesional se encuentra vigente¹⁴ y que con la firma del mismo se entiende la expresa aceptación. Con ello se concluye que reúne todos los requisitos y que es inadmisble pretender truncan el efectivo ejercicio del derecho de defensa en razón a una formalidad que incluso está prohibida expresamente por la ley.

Por las razones precedentes y en la medida en que el recurso de reposición presentado cumple con la totalidad de los requisitos exigidos en el CPACA, esta Comisión deberá admitirlo, como antes se anunció.

¹³Enel folio 353, Expediente administrativo 3000-4-2-76, Resolución CRT 916 de 2003 *"Por la cual se resuelve el conflicto surgido entre COMCEL S.A. y BELLSOUTH COLOMBIA S.A. por la definición de cargos de acceso"*. Se observa copia de la tarjeta profesional expedida por el Consejo Superior de la Judicatura.

¹⁴ Hechas las validaciones pertinentes a través del proceso de consulta en línea de la Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia de Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, realizado el día 7 de mayo de 2014, se evidenció que dicha tarjeta profesional se encuentra vigente.

3.1.2. Sobre la solicitud de interrogatorio de parte presentada por COMCEL en el recurso

En relación con la procedencia de las pruebas solicitadas y aportadas, esta Comisión considera indispensable partir de lo dispuesto en el artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual:

"Artículo 79. Trámite de los recursos y pruebas. Los recursos se tramitarán en el efecto suspensivo.

"Los recursos de reposición y de apelación deberán resolverse de plano, a no ser que al interponerlos se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio."

Al respecto, el Consejo de Estado al analizar la norma del Código Contencioso Administrativo que se corresponde materialmente con la norma antes transcrita explicó lo siguiente:

"[S]i bien es cierto que para resolver el recurso de reposición la Ley no previó periodo probatorio alguno, ello no significa que no puedan tenerse en cuenta las pruebas que el recurrente presente y adjunte con el escrito de su sustentación, ya que tomar una decisión de plano no significa que en su motivación esté ausente la valoración de las pruebas."¹⁵

En la misma providencia, señala esa corporación que:

*"si por regla general las decisiones de los representantes legales de las entidades públicas no tienen recurso de apelación (CCA, art. 50-2), lo que hace que el recurso de reposición sea el único procedente contra dichas decisiones (aunque no sea obligatorio para el agotamiento de la vía gubernativa arts. 51 y 63 CCA), tiene mayor relevancia que el mismo funcionario que tomó la decisión al resolver el único recurso posible de interponerse en sede administrativa, dé cabida a la práctica de pruebas **en la medida que sean pertinentes, conducentes y necesarias**, teniendo en cuenta que son admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil (art. 57 CCA)."*

En este sentido, y con el ánimo de atender y analizar todas las solicitudes y argumentos elevados por el recurrente, esta Comisión valorará las pruebas allegadas y determinará la procedencia del decreto de las solicitadas frente a lo dispuesto en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), a fin de determinar la pertinencia, conducencia, utilidad y necesidad de las mismas.

Para el efecto, debe recordarse que la conducencia hace referencia a que *"el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho"*.¹⁶ La pertinencia, por su parte, *"consiste en que el hecho a demostrar tenga relación con los que configuran la controversia"*¹⁷, siendo impertinente por tanto aquella prueba que pretende demostrar un hecho ajeno a la disputa existente y actual entre las partes; y la utilidad hace referencia a que *"con la prueba se establezca un hecho materia de la controversia que aún no se encuentra demostrado con otra"*¹⁸, siendo inútil aquella prueba que resulte irrelevante, superflua o que pretenda corroborar hechos ya probados, lo que constituye a su vez, una clara violación al principio de economía procesal y, en esa medida, el fallador está facultado para rechazarla o abstenerse de practicarla.

Igualmente resulta relevante determinar la necesidad de la prueba, entendiéndose como tal *"lo que requiere de prueba en un proceso determinado, cualquiera que sea el campo al cual pertenezca, por constituir los presupuestos fácticos de las pretensiones o excepciones"*.¹⁹ Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que:

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia 1319, mayo 29 de 2003 M.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁶ Azula Camacho, Jaime, Manual de derecho procesal, Tomo IV, Pruebas Judiciales, Editorial Temis, Bogotá, 2003, página 63.

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Azula Camacho, J. Manual de Derecho Procesal. Tomo VI Pruebas Judiciales. 2ª edición Temis. (2003) Pág. 31

*"(...) el funcionario judicial cuenta con la oportunidad procesal para definir la pertinencia de las pruebas solicitadas, **momento en el cual podrá negar la práctica de aquellas que considere impertinentes o inconducentes para el desarrollo del proceso**"²⁰ (NFT)*

(...)

"las pruebas pedidas deben ceñirse al asunto materia del proceso; y el juez tiene la facultad de rechazar *in limine* las pruebas inconducentes, impertinentes e inútiles"²¹ (NFT).

De esta forma, en relación con el caso en particular y con la solicitud de decreto de prueba de interrogatorio de parte solicitada por **COMCEL**, se advierte que el recurrente no acompañó dicha petición con la acreditación de lo dispuesto en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de la prueba, en la medida en que según lo indica dicho estatuto, corresponde a las partes demostrar la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, en el entendido que guarden relación con la materia del proceso, y en ese caso, se extraña de la petición alguna manifestación que permita advertir cuál es la pertinencia de la prueba que solicita.

En ese sentido, se procederá a rechazar conforme a lo dispuesto en el artículo 178 del CPC, en la medida en que la petición ni siquiera ofrece un mínimo de información que permita establecer su admisibilidad por parte de esta Comisión.

3.1.3. Petición relativa al pronunciamiento expreso respecto de todos y cada uno de los aspectos puestos a consideración de la CRC con el recurso de reposición

Vale mencionar que dentro de las peticiones presentadas con ocasión del recurso, **COMCEL** solicita que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 se dé un pronunciamiento expreso respecto de todos y cada uno de los aspectos que se ponen a consideración de la CRC.

Al respecto, llama la atención la petición presentada en los anteriores términos por el recurrente, pues invariablemente esta Comisión ha sido cuidadosa al dar respuesta de fondo a todas las solicitudes que son sometidas a su consideración, con mayor razón cuando las mismas se encuentran inmersas en las actuaciones administrativas de carácter particular que adelanta esta Entidad, por lo cual no hay razón para considerar que en el caso del recurso que aquí se desata esta Comisión vaya a darle un trato diferente al mismo. Al respecto, el hecho de que en la presente resolución se haga una síntesis de los argumentos presentados por **COMCEL** en su recurso, en manera alguna significa que los mismos no vayan a ser considerados en su integridad y analizados por parte de esta Comisión como es su deber, incluso en aquellos casos en los cuales los argumentos resulten reiterativos o aparezcan textualmente idénticos en varios de los apartes del recurso como ocurre en este caso, eventos en los cuales la CRC hará referencias a las respuestas dadas a cargos planteados y ya resueltos por esta Comisión en la presente decisión.

3.2. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR COMCEL EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN

COMCEL presenta los argumentos en los cuales sustenta su recurso a través de 6 secciones, las cuales se abordarán una a una a través de la síntesis que se sigue a continuación en el mismo orden planteado por el recurrente:

3.2.1. EN RELACIÓN CON EL ALCANCE DE LA DECISIÓN RECURRIDA

3.2.1.1. Consideraciones del recurrente

En primer lugar, refiriéndose al alcance de la decisión contenida en la resolución recurrida²², señala el peticionario que la Comisión concluyó que el Roaming Automático Nacional puede ofrecerse, solicitarse y proveerse para uno o más de los servicios de SMS, voz o datos, pero que

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-694 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. María Inés Ortiz Barbosa, Agosto 21 de 2003.

²² Apartado "I. La decisión que se está recurriendo"

bastará con que el operador de la red solicitante lo pida o justifique para uno de ellos, para que deba ofrecerse para los tres, en relación con lo cual indica que desde su convencimiento, el solicitante sólo tiene derecho a pedir RAN para el o los servicios que esté prestando de manera directa, en intensidad y de manera razonable y no *"para aquellos servicios para los cuales no ha desplegado una gestión y realizado inversiones mínimas para que sea verosímil que tiene una red y que es prestador."*

En segundo lugar, manifiesta que la decisión recurrida implica que **COMCEL** deba tener el servicio de roaming a disposición de **AVANTEL** de manera permanente, y que **AVANTEL** lo pueda usar de manera indefinida, lo que según señala se traduce en que este proveedor pueda parasitariamente hacer uso de la facilidad por siempre, frente a lo cual indica que si bien esta instalación esencial debe ofrecerse sin límite en el tiempo al mercado en general, **AVANTEL** sólo puede aspirar a la misma, según lo señala: (i) para servicios de datos, en su condición de entrante a 4G, hasta por el plazo en que debe hacer las inversiones obligatorias impuestas por la concesión y que, durante los primeros 5 años éste se debe ir retirando de los municipios en que **AVANTEL** está obligado a desplegar cobertura propia, y; (ii) para servicios de voz y SMS, una vez demuestre que cuenta con red de origen para proveer dichos servicios a sus propios usuarios, y por un plazo que no podrá exceder al establecido para los servicios de datos mencionados en el punto anterior, y que por lo tanto **AVANTEL** debe desplegar su propia red con cobertura equivalente a la de 4G.

En tercer lugar, señala que la decisión recurrida pretende que **AVANTEL** pueda forzar el roaming de parte de **COMCEL** dentro de los municipios en los que dicho proveedor ya tiene o debiera tener presencia, pero para los cuales no alcanza a ofrecer cobertura completa, en relación con lo cual el recurrente señala que una vez que **AVANTEL** haya llegado a un municipio, sea voluntariamente o en cumplimiento de una disposición vinculante, cesa para **COMCEL** la obligación de prestarle roaming en todo ese territorio.

3.2.1.2. Consideraciones de la CRC

En relación con lo expuesto por **COMCEL** en este cargo, *prima facie* debe tenerse en cuenta que el derecho al acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional y su alcance en cuanto a los servicios sobre los cuales se predica, la temporalidad y la cobertura sobre la que dicha instalación recae, se encuentra establecidos en la Resolución CRC 4112 de 2013 y que en razón a ello, la resolución acusada realizó la aplicación de la regulación general en la materia. En ese sentido, debe hacerse notar que los argumentos presentados por el recurrente en este cargo no establecen verdaderos motivos de inconformidad sobre la resolución recurrida, sino que se dirigen a debatir los supuestos normativos de la medida regulatoria contenida en la Resolución CRC 4112 de 2013, del cual se predica la presunción de legalidad, que el acto administrativo particular se limitó a aplicar al caso concreto.

En este orden de ideas, a continuación se procede a revisar el cargo bajo el entendido que no es jurídicamente procedente en esta instancia, entrar a revisar el alcance de las condiciones regulatorias definidas en un acto administrativo general que goza de presunción de legalidad, pues de lo que aquí se trata es de analizar los motivos de inconformidad del recurrente que le merece el acto administrativo impugnado al momento de aplicar al caso concreto lo dispuesto en la Resolución CRC 4112, respecto de la cual se surtió el proceso de participación y divulgación que debe preceder a las decisiones de alcance general que adopten las comisiones de regulación previsto en el Decreto 2696 de 2004, como en efecto ocurrió en el caso de esta última resolución.

Bajo este contexto, se procede al análisis del cargo de la siguiente manera:

3.2.1.2.1. El derecho a acceder a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional se predica de los servicios de datos, voz y SMS

Como se indicó en la síntesis del cargo, frente al alcance de la obligación de Roaming Automático Nacional **COMCEL** señala que el solicitante sólo tiene derecho a pedir roaming para el o los servicios que esté prestando de manera directa, en intensidad y de manera razonable y no respecto de aquellos servicios para los cuales no ha desplegado una gestión y realizado inversiones mínimas, según lo señalado, para que sea verosímil que tiene una red y que es prestador.

Al respecto, conviene traer a colación la respuesta dada por esta Comisión al cargo planteado por **AVANTEL** en el apartado 2.1.2 de la presente resolución en la que se indicó que desde la resolución de primera instancia se dejó claro que en aplicación de la regulación general contenida en la mencionada Resolución CRC 4112, el derecho a acceder a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional se predicaba de los servicios de datos, voz y SMS, siendo sólo oponible como excepción que **AVANTEL** ya contara en esa área geográfica con cobertura para prestar los servicios de datos, voz y SMS a sus usuarios. De esta forma, el derecho que tiene el solicitante del RAN -para esta caso **AVANTEL**-, no se reduce a la posibilidad que tiene de acceder a los servicios de datos, sino que como allí se dijo en cumplimiento de las disposiciones regulatorias vigentes, **la itinerancia debe ser garantizada en la red visitada siempre que las condiciones de la red de origen no permitan que el usuario acceda a uno o más servicios a través de esta última.**

En este orden de ideas, en relación con lo expuesto por **COMCEL** se debe mencionar que la interpretación que dicho proveedor realiza sobre el alcance del derecho del solicitante conforme los términos planteados en su recurso, desconoce de plano la razón de ser de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, entendida como *"una herramienta que favorece la rápida penetración de servicios a la mayor parte de la población colombiana a partir del uso eficiente de infraestructura de redes móviles"*²³ la cual no solo se encuentra dirigida de manera directa a la eliminación de las barreras a la entrada de nuevos agentes en aras de promover la competencia en el beneficio de los usuarios de los servicios de comunicaciones, sino que también le permite a los proveedores establecidos incrementar su cobertura y mejorar la calidad de sus servicios a partir de la compartición de infraestructura ya desplegada.

En efecto, frente a este doble propósito que guarda la regulación de esta instalación plasmada en el caso concreto a través del acto administrativo recurrido, la Comisión ha indicado que *"un operador entrante puede solicitar dicha instalación esencial a efectos de poder ofrecer servicios con una mayor cobertura desde el inicio mismo de su operación; o el caso de un operador establecido que requiere ampliar cobertura en zonas donde no tiene presencia de RAN y puede recurrir al operador que si la posee."*²⁴

De este modo, bajo la interpretación que plantea el recurrente, se llegaría al absurdo que los proveedores que requieran de la instalación esencial mencionada, no puede tener acceso a la misma cuando su red no soporte todavía la prestación de esos servicios, como es el caso de la voz, servicio en relación con el cual la evolución tecnológica actual no lo permite, dado que como es bien sabido, la Voz sobre LTE aún no cuenta con la madurez tecnológica y economías de escala para su adopción en Colombia.

En ese sentido, es importante recalcar que los servicios móviles no se limitan a los servicios de datos, sino que forma parte de estos también los servicios de voz y SMS, de modo que el Roaming Automático Nacional no se circunscribe a promover la competencia en el mercado de datos móviles sino que está llamado a posibilitar que los nuevos operadores puedan presentar al mercado ofertas contestables de voz, SMS, y por supuesto, datos móviles.

Una interpretación distinta a la anterior habría implicado, que con ocasión de la asignación del espectro de 4G ningún nuevo competidor podría acceder al mercado, pues ninguno habría tenido servicios de voz y SMS precisamente porque al ser entrantes no tendrían red desplegada, y en ese caso se habría frustrado totalmente uno de los objetivos de la Resolución CRC 4112; promover la competencia. En otras palabras, si se siguiera la interpretación que **COMCEL** hace de la Regulación, llevaría a entender que la Resolución CRC 4112 se planteó única y exclusivamente para que el Roaming Automático Nacional funcionara entre los proveedores establecidos; interpretación contradictoria con los considerandos del proyecto regulatorio y de la Resolución misma y contraria a la lógica de la política pública inmersa en el proceso de subasta de espectro que culminó en el año 2013 y en la citada Resolución CRC 4112.

²³ CRC. CONDICIONES PARA EL DESPLIEGUE DE INFRAESTRUCTURA PARA EL ACCESO A INTERNET A TRAVÉS DE REDES INALÁMBRICAS - ROAMING NACIONAL. Documento de Respuestas a Comentarios. Pág. 12

²⁴ CRC. CONDICIONES PARA EL DESPLIEGUE DE INFRAESTRUCTURA PARA EL ACCESO A INTERNET A TRAVÉS DE REDES INALÁMBRICAS - ROAMING NACIONAL. Documento soporte. Pág. 79.

En efecto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 4 de la Resolución CRC 4112 de 2013²⁵ los incumbentes deben proveer la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para la prestación de servicios, incluidos voz, SMS y datos, a los usuarios en aquellas áreas geográficas donde el solicitante no cuente con cobertura propia, de acuerdo con las condiciones dispuestas en los artículos 5 y 6 de la citada resolución, lo cual, como ya lo ha explicado esta Comisión ocurre cuando no haya cobertura para la prestación del servicio respecto del cual se solicita la instalación esencial de RAN en una determinada área geográfica.

Bajo este contexto no puede perderse de vista que aun cuando al momento de la expedición de la Resolución CRC 4112 de 2013, aun no se había implementado la Voz sobre LTE, esta Comisión incluyó de manera clara y expresa que la instalación esencial de Roaming Automático Nacional se predicaba tanto de los servicios de voz y SMS como de los de datos, luego mal puede sostenerse una posición como la que propone **COMCEL**, pues ello conduciría a afirmar que lo querido por el regulador no era la definición de condiciones para la promoción de la competencia de cara a la subasta de espectro que promovía la entrada de nuevos jugadores, sino únicamente permitir la compartición de infraestructura entre los actuales establecidos.

Así mismo, frente a la necesidad de que el solicitante haya realizado algún tipo de gestión y realizado inversiones mínimas *para que sea verosímil que tiene una red* o que **AVANTEL** sólo puede aspirar a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para servicios de voz y SMS, una vez demuestre que cuenta con red de origen para proveer dichos servicios a sus propios usuarios conforme lo plantea el recurrente, debe decirse que la regulación general en la que se basa el acto administrativo recurrido de ninguna manera establece algún tipo de exigencia relacionada con estos dos parámetros que plantea el recurrente como precondition para hacer uso de la instalación esencial de en comento.

Desde esa perspectiva, es claro entonces que **COMCEL** realiza una interpretación, que no sólo es aislada del resto de la resolución, sino que se abstrae del componente teleológico o finalidad de la Resolución CRC 4112. Además, no puede dejar de mencionarse que dicha interpretación también contraría el criterio de interpretación lógico, en tanto sitúa como único efecto de la Resolución CRC 4112 que el Roaming Automático Nacional sólo sirva entre proveedores ya establecidos, lo cual, como antes se anotó no guarda coherencia alguna con el propósito y objetivo de la medida.

Por las razones antes expuestas, el cargo no procede.

3.2.1.2.2. La limitación temporal del Roaming Automático Nacional

COMCEL indica en su cargo que la decisión recurrida implica que este proveedor debe tener el servicio de roaming a disposición de manera permanente y que **AVANTEL** lo podrá usar de manera indefinida de forma "parasitaria", razón por la cual solicita que se modifique en el acto administrativo recurrido indicando que **AVANTEL** sólo puede aspirar a la misma, según lo señala (i) para servicios de datos hasta por el plazo en que debe hacer las inversiones obligatorias impuestas por la concesión y que, durante los primeros 5 años éste se debe ir retirando de los municipios en que **AVANTEL** está obligado a desplegar cobertura propia, y (ii) para servicios de voz y SMS por un plazo que no podrá exceder al establecido para los servicios de datos antes mencionado.

En primer lugar, debe advertirse que **COMCEL** mediante la formulación del presente cargo pretende modificar la regulación de carácter general, esto es, la Resolución CRC 4112 de 2013 la cual goza de la presunción de legalidad según lo establece el artículo 88 del CPACA, especialmente en el tema de las condiciones temporales del acceso a la instalación esencial del Roaming Automático Nacional, en sede de una controversia que solo puede ser resuelta con un acto administrativo de carácter particular, lo cual es jurídicamente inviable.

Así mismo el cargo formulado denota, que el recurrente desconoce que por definición una instalación esencial no debe estar sometida a un plazo tal como se pretende en el recurso.

²⁵ Según lo ha explicado la jurisprudencia en varias oportunidades, la interpretación de las normas debe hacerse de manera sistemática, es decir dándole una lectura a la norma que se quiere interpretar, en conjunto con las demás que conforman el ordenamiento en el cual aquella está inserta. Corte Constitucional. Sentencia C-649/01

Siendo necesario recordar la definición que la Resolución 3101 de 2011 en su artículo 3.6 establece:

3.6. Instalaciones esenciales: *Toda instalación de una red o servicio de telecomunicaciones que sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, y cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico.(SFT)*

De la norma transcrita, puede apreciarse que una instalación esencial solo deja de serlo cuando su sustitución técnica y económica así lo determinen, y es por esta razón que la obligación de otorgar acceso al Roaming Automático Nacional desaparece cuando el proveedor ya cuenta con infraestructura propia y la cobertura necesaria para prestar sus servicios de voz, datos y SMS.

En ese orden de ideas, el cargo de **COMCEL** se enfoca en cuestionar la temporalidad a la que debería estar sometida dicha instalación. Sin embargo, este asunto está definido en la Resolución CRC 4112 de 2013, y en ese sentido, debe hacerse notar que los argumentos presentados por el recurrente no establecen verdaderos motivos de inconformidad sobre la resolución recurrida, sino que se dirigen a debatir los supuestos normativos de la medida regulatoria de carácter general, donde puntualmente en el caso concreto, la resolución acusada se limitó a aplicar lo dispuesto en la regulación.

Debe recordarse que para la expedición de la Resolución CRC 4112 de 2013, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2696 de 2004, se surtió todo el proceso de participación y divulgación que debe preceder a las decisiones de alcance general que adopten las comisiones de regulación. En dicho trámite se atendieron objeciones e inquietudes relacionadas con la temporalidad de la medida, donde se mantuvo la decisión de no establecer un plazo, teniendo en cuenta que la medida también facilita una mayor cobertura de los servicios, como puede apreciarse también de los contratos de Roaming Automático Nacional celebrados por parte del recurrente con otros operadores establecidos que fueron solicitados como pruebas y obran en el Expediente del presente proceso administrativo.

Esto por supuesto se encuentra en consonancia con el concepto de abogacía²⁶ sobre el proyecto regulatorio que arribó en la Resolución CRC 4112 de 2013, remitido por la Superintendencia de Industria y Comercio, donde se indicó que la medida resulta óptima para el aprovechamiento de la infraestructura de manera eficiente e igualitaria y en especial en zonas donde no se cuente con cobertura para el servicio que se pretende ofrecer. En las conclusiones de dicho documento se enfatiza en mecanismos de seguimiento y en especial de tipo tarifario.

Con todo, estos temas son del resorte de la Resolución general lo cual impide que pueda cuestionarse su legalidad por la vía que pretende el recurrente, teniendo en cuenta que el alcance de la decisión en la Resolución CRC 4419 de 2014 está circunscrita precisamente a la aplicación de la Resolución CRC 4112 de 2013 y no a la derogación de sus preceptos como lo pretende **COMCEL**.

Por las razones antes expuestas, el cargo no procede.

3.2.1.2.3. Alcance de la obligación de RAN en cuanto a cobertura

COMCEL dentro de sus argumentos hace énfasis en que una vez que **AVANTEL** llegue a un municipio, sea voluntariamente o en cumplimiento de una disposición vinculante, debe cesar para **COMCEL** la obligación de prestarle roaming en todo ese territorio, pues la decisión recurrida pretende que **AVANTEL** pueda forzar el roaming de parte de **COMCEL** dentro de los municipios en los que **AVANTEL** ya tiene o debiera tener presencia, pero para los cuales no alcanza a ofrecer cobertura completa.

Al respecto, que la red de origen haya llegado parcialmente a un municipio, no significa que presenta cobertura en la totalidad del municipio y que en consecuencia cese la obligación de Roaming Automático Nacional en dicho municipio.

²⁶Véase, Concepto de abogacía de la competencia, Superintendencia de Industria y Comercio, de fecha 2013-02-16. Rad. 13-14040-2-0.

Una interpretación de tal naturaleza no sólo afecta las condiciones de continuidad en las que el proveedor de la red de origen debe prestar los servicios, sino que sobre todo, atenta directamente contra los usuarios de los servicios de comunicaciones, quienes sólo podrían disfrutar de los servicios de comunicaciones de manera segmentada y sin continuidad, situación totalmente ajena a los objetivos que debe perseguir un regulador, y los objetivos que comporta la obligación de Roaming Automático Nacional, que es por una parte, permitir a los nuevos proveedores presentarse al mercado con una oferta de servicios de comunicaciones móviles contestable respecto de la de sus competidores, y por otras, una alternativa para los proveedores establecidos de mejorar la cobertura de sus servicios a partir del uso eficiente de la infraestructura desplegada.

En ese sentido, la cobertura no es sólo llegar con presencia de red, sino que ésta esté en capacidad de soportar los servicios, esto en la medida en que la cobertura no es un término asociado simplemente a la instalación de elementos activos y pasivos, sino a la prestación efectiva de servicios a través de ellos, que es el objetivo último del despliegue de una red.

Finalmente, debe anotarse, que el recurrente persigue que se dé un entendimiento diferente al concepto de áreas geográficas al que le confiere un alcance atado a la división político administrativa. Al respecto en el acto recurrido la Comisión acotó este aspecto con base en lo dispuesto en la regulación general en relación con lo cual explicó lo siguiente:

*"Por su parte, y sin perjuicio de lo indicado en relación con los servicios sobre los que versa la obligación de Roaming Automático Nacional, la regulación también hizo referencia al alcance geográfico de la obligación, indicado que el Roaming Automático Nacional debe otorgarse en aquellas áreas geográficas donde el solicitante no cuente con cobertura propia. Lo anterior denota que el artículo 4 de la Resolución CRC 4112 de 2013, no circunscribe el alcance y, por ende, el cumplimiento de la obligación, a conceptos de carácter legal como el de las localidades, municipios, o departamentos. Esto es, **AVANTEL**, puede requerir a **COMCEL** cobertura de dicha instalación esencial en todo el territorio nacional, o bien puede solicitar coberturas parciales en áreas donde ya tiene cierta cobertura. Por su parte, el proveedor al que se le requiera dicha instalación debe otorgarla en todo el territorio nacional en el que cuente con cobertura, en las condiciones previstas en la regulación general vigente."*

De acuerdo con lo anterior, debe decirse que la Resolución recurrida en aplicación de lo dispuesto en la norma general dejó sentado que la obligación de suministro del roaming obedece a condiciones regulatoriamente definidas de manera independiente de los conceptos de localidad, municipio, o departamento conforme lo anteriormente explicado.

Por las razones precedentes el cargo presentado no tiene vocación de prosperar.

3.2.2. ARGUMENTOS QUE SEÑALAN QUE LA DECISIÓN DE LA CRC ES INCONSTITUCIONAL

3.2.2.1. Consideraciones del recurrente

COMCEL indica que la solución a la que se llegó es inconstitucional²⁷, señalando que la CRC sólo atendió los intereses de **AVANTEL** y que la CRC, para salvar su *sobredimensionado entendimiento de la competencia*, olvidó cuidar suficientemente la propiedad privada y la libre empresa en cabeza de **COMCEL**, el desarrollo futuro del sector y el beneficio de los consumidores, indicando para el efecto lo siguiente:

- **El ejercicio de la facultad de dirimir diferencias es "intervención"**

Haciendo alusión a lo indicado en la Sentencia C-1162 de 2002, señala que la función que tienen las comisiones de regulación para dirimir conflictos entre operadores de la respectiva actividad económica y en particular a la prevista en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 en cabeza de esta Comisión constituye una manifestación de la intervención del Estado en la economía, y que por lo tanto, las decisiones de la CRC de esta naturaleza, deben

²⁷ Apartado "II. La solución a la que se llegó es inconstitucional"

solucionar una falla de mercado o promover la competencia, dentro de los parámetros de la Ley.

- **La decisión que se recurre no cumple con los objetivos de este tipo de intervención**

Al respecto, puntualiza que la decisión que se recurre no cumple con los objetivos de este tipo de intervención, advirtiendo que en lo que hace a la promoción de la competencia, esta Comisión pudo haberse extralimitado en el ejercicio de sus funciones arribando a una decisión que contraría los mismos principios de competencia que está obligada a promover.

Sobre el particular **COMCEL** estima que con ocasión de la asignación de 4G, el Gobierno Nacional hizo explícito que en ello iba involucrado un interés legítimo de extender la cobertura de internet a todos los colombianos, y que por lo tanto, se impuso a todos los asignatarios de ese tipo de espectro el deber de lograr un área de cobertura mínima para datos, y en esa misma dirección, se justifica que un operador como **AVANTEL** pueda contar con el acceso a Roaming Automático Nacional para los servicios soportados en la red de 4G de **COMCEL** en aquellos lugares donde **AVANTEL** no cuente o deba contar con cobertura.

No obstante, en el caso de los servicios de voz y SMS, no se identifica la problemática de competencia y con la asignación de 4G a **AVANTEL** o a **COMCEL** no se precisó que cualquiera de los entrantes pudiera ofrecer servicios de voz o de SMS sin realizar inversión alguna, apoyándose en su integridad en las redes de los operadores establecidos bajo la figura del Roaming Automático Nacional. En ese sentido señala que **AVANTEL**, lo mismo que todos los demás asignatarios de espectro, tiene la opción, no la obligación, de ofrecer los servicios de voz y de SMS, en caso de que lo resuelva hacer, debe hacerlo con sus propios recursos, no con los de **COMCEL**.

Dicho lo anterior, señala que no hay justificación para que el acceso al RAN sea eterno. Al respecto, expone que en toda la literatura económica en que se ha analizado el tema, en las decisiones de todas las autoridades extranjeras que han tenido que resolver el dilema e incluso en la decisión de la misma Comisión de Regulación de Comunicaciones, se entiende que el apoyo a los entrantes debe darse en un primer momento y que una medida que promueva la entrada de agentes al mercado a través de precios de acceso debe estar acompañada de una o varias medidas complementarias pues de lo contrario, el objetivo de garantizar la inversión en infraestructura se convierte en una política de "fácil acceso" para operadores entrantes, que desincentiva tanto la inversión por parte del entrante como del operador titular.

Para concluir este punto, indica que las medidas adoptadas por la CRC, en lugar de incentivar la libre competencia, favorecen exagerada e injustificadamente a **AVANTEL** como entrante, y que el Roaming Automático Nacional en las condiciones que se está ordenando (para todos los servicios, sin límite temporal y sin la obligación concreta de desplegar su propia red alcanzando un mínimo de cobertura en un lapso) permite el abuso del derecho por parte de dicho prestador y, económicamente, conduce a resultados sub-óptimos, desincentivando la inversión tanto para el visitante como para el visitado y favoreciendo conductas parasitarias.

- **La intervención afectó el núcleo fundamental de los derechos involucrados**

Dentro de los argumentos presentados en este cargo señala que con las decisiones adoptadas por la CRC en la resolución recurrida se afectaron tanto el núcleo de la propiedad privada como el de la libre empresa. En cuanto al primero de estos derechos, por cuanto si bien la función social de la propiedad impone a los dueños el deber de soportar un número importante de limitaciones, estas restricciones deben ser limitadas en su forma, alcance y tiempo, para que sean admisibles, y que la imposición que hace la CRC sobre **COMCEL** le señala una carga perpetua a un precio sub-óptimo, afectando el núcleo fundamental de la propiedad privada de **COMCEL**.

En cuanto al núcleo esencial de la libertad de empresa, por cuanto la decisión recurrida rebasa lo establecido en la regulación vigente en la medida en que el acceso a Roaming Automático Nacional de **COMCEL** por parte de **AVANTEL**, no contempla un término de tiempo para dicho acceso ni tiene en consideración que **AVANTEL** respecto de los servicios de voz móvil y SMS no tiene ni tendrá red de origen cuyas interfaces de aire sean compatibles con las instalaciones de la red de **COMCEL**, y que por lo mismo se trata entonces de una solicitud de uso de

infraestructura, ilimitada en el tiempo y a un precio regulado que dista de aquel que puede ser el precio eficiente para dicho uso así planteado. En tal sentido, insiste que la decisión que obliga a **COMCEL** a proveer la instalación en comento a **AVANTEL** en las condiciones establecidas en la resolución recurrida se acercan más a lo que la regulación ha denominado como operador móvil virtual, figura distinta del Roaming Automático Nacional.

- **En cuanto a los argumentos que señalan que en la intervención que se recurre no hubo ponderación**

Al respecto señala que la jurisprudencia prevé que se debe hacer una ponderación de los derechos involucrados mediante un test de proporcionalidad intermedio o leve y no estricto - reservado para la ponderación de derechos fundamentales-, con el fin de identificar que la medida que se pretende implementar en la modulación de los derechos involucrados es legítima, es constitucionalmente relevante y es adecuada para lograr el fin que se comete.

Sobre esta base conceptual en primer lugar indica que en el caso concreto esta decisión no cumplió con estos supuestos según lo señala por cuanto **la modulación no se hizo para determinar para qué servicios se debe garantizar el roaming**, esto pues la Comisión, a la hora de establecer para cuáles de los tres servicios se debía garantizar el Roaming Automático Nacional, no se tomó la tarea de evaluar si las condiciones de las medidas que adoptó mediante el acto que se recurre eran legítimas, adecuadas y constitucionalmente relevantes, pues con la implementación del Roaming Automático Nacional tanto para datos como para voz y SMS, se desconoce la regulación que exige una red de origen para su implementación, ya que **AVANTEL** no tiene una red de origen para la prestación de voz y SMS compatible con la red solicitada, y no tiene obligación de desplegarla.

Al respecto, señala que al no existir esta obligación, no se ponderan los derechos de **COMCEL** y **AVANTEL** y se afectan completamente los de **COMCEL** porque **AVANTEL** va a terminar usando indefinidamente la red de **COMCEL** para la prestación de voz y SMS. Así mismo, insiste en que la decisión recurrida lo que se hace es desestimular la inversión y permite conductas parasitarias por parte de **AVANTEL**, lo que desde su óptica resulta inadecuado para el cumplimiento de las finalidades del roaming que van orientadas al uso eficiente de infraestructura que, como medida complementaria, permita la garantía de total cobertura; situación que no se va a dar porque **AVANTEL** no tiene ni obligación ni incentivos para desplegar su propia red.

En segundo lugar, señala que **la modulación no se hizo para el tiempo hasta el cual se debe garantizar el roaming**, esto, pues tampoco hubo una ponderación de la CRC al momento de definir la temporalidad del RAN solicitado por **AVANTEL**, puesto que fijó un roaming indefinido en el tiempo y que la ponderación fue nula en el sentido que se limitó el derecho de la propiedad privada de **COMCEL** de una manera rigurosa, afectado su núcleo, permitiendo a **AVANTEL** utilizar su infraestructura, a un precio que no es eficiente, de manera perpetua.

En esta misma línea, señala, en tercer lugar, que **la modulación no se hizo para determinar qué es cobertura**, por cuanto la CRC no hizo ninguna ponderación a la hora de determinar qué es cobertura de un área, sino que se limitó a decir que no se restringe a circunscripciones municipales, lo cual en opinión del recurrente es una medida inadecuada para lograr las finalidades del roaming puesto que **AVANTEL** podría argumentar que como ya tiene una antena en un municipio determinado, y por lo tanto con esto cumple con la obligación de cobertura, pero sigue necesitando el Roaming Automático Nacional en el resto de la cabecera de ese municipio que la antena no cobija. En síntesis señala que esta posición resulta, además de inadecuada, ilegítima en cuando facilita la condición de parásito a la que llegaría **AVANTEL** y contraría lo establecido en la Resolución MINTIC 449/13, a través de la cual el Ministerio expresó que los asignatarios tienen la obligación de cubrir la totalidad de las cabeceras municipales que les fueron asignadas, en un plazo no mayor a cinco (5) años.

En cuarto lugar, indica que no se evaluaron los efectos anti-competitivos a mediano plazo, pues según el recurrente la decisión de la CRC desincentiva la inversión y pone en riesgo el bienestar de los usuarios (capacidad y calidad del servicio), desincentiva la actualización tecnológica e impone vía regulación particular una carga a **COMCEL** que no está obligado a soportar, pues expresa que la red de **COMCEL** no es justamente remunerada si **AVANTEL** hace uso perpetuo de la misma sin obligación de invertir en su propia red o de pagar el precio justo por este

8
aw

esquema planteado. Sobre este particular señala que la resolución recurrida incentiva la reventa a precio regulado, cuando la comercialización de servicios está sometida a los precios de mercado.

En este punto, solicita a la CRC examinar, tener en consideración y pronunciarse, respecto del documento que fue aportado como prueba por **COMCEL** denominado "Reexamination of Roaming Obligations of Commercial Mobile Radio Service Providers and Other Providers of Mobile Data Services" WT Docket No. 05-265, del 7 de abril de 2011, expedido por la Federal Communication Commission.

Para concluir en este punto, señala que la decisión expedida por la CRC que se recurre, no logra el equilibrio pretendido por la regulación entre la inversión y actualización tecnológica de redes, la sostenibilidad del servicio y el acceso de los usuarios al mismo, al permitir que **AVANTEL**, sin compromiso de despliegue de infraestructura para servicios de voz y SMS, acceda a toda la infraestructura de **COMCEL** en todo el territorio nacional por tiempo indefinido y a precios regulados que no reflejan el uso que **AVANTEL** pretende realizar y que incluso, teniendo en cuenta que en el modelo de costos de roaming nacional, la Comisión no contempló la interdependencia entre redes 2G/3G y 4G, y en particular no incorporó la facilidad CSFB, por lo que resulta necesario incluir un cargo adicional a los valores regulados por parte de la Comisión

3.2.2.2. Consideraciones de la CRC

En primer lugar, frente a los argumentos de **COMCEL** referentes a **que el ejercicio de la facultad de dirimir diferencias es "intervención"**, si bien el recurrente con base en dichos argumentos no ataca el Acto Administrativo impugnado ni busca una consecuencia referida a la modificación del mismo, debe decirse que ciertamente, en el ordenamiento jurídico colombiano se acepta que las regulaciones adoptadas por esta Comisión en instancia de solución de controversias son una manifestación de la intervención del Estado en la economía. En efecto, la función de regulación –sea que se manifieste a través de instrumentos normativos de alcance general o de decisiones concretas de alcance particular– es una expresión de la intervención estatal en la economía.

Ahora, de acuerdo con lo indicado por el recurrente en su escrito de recurso, si bien éste alude al tipo de intervención de que es objeto el acto recurrido, la argumentación que trae a colación a efectos de fundamentar su cargo en definitiva se dirige a **cuestionar aspectos de la decisión contenida en la regulación general**. En ese sentido para poder atender este cargo, debe preguntarse si en la instancia bajo la cual se produce la presente resolución es posible entrar a debatir, con un efecto concreto respecto del acto administrativo particular que es atacado, la decisión contenida en el acto administrativo de carácter general.

Como se ha explicado, la intervención a través de la función de solución de controversias implica la aplicación, instrumentalización en un caso particular, del alcance de las disposiciones normativas ya establecidas en la regulación general con el fin de dirimir las divergencias que surjan entre los destinatarios de esa misma regulación.

Así las cosas en sede del presente recurso de reposición, no es posible jurídicamente, modificar aquellos parámetros regulatorios de una norma general que solo son susceptible de ser reformulados a través de un proceso regulatorio con el agotamiento previo del procedimiento previsto para esta clase de decisiones con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 2696 de 2004, pues en el presente caso lo que procede es revisar el proceso subsunción del caso particular a la norma general preestablecida.

En el caso concreto, en lo que respecta a los reparos hechos por **COMCEL** en el recurso interpuesto según los cuales **la decisión que se recurre no cumple con los objetivos de este tipo de intervención**, en primer lugar, es de tener en cuenta que la regulación sobre el Roaming Automático Nacional proferida por esta Comisión corresponde al contenido en la Resolución CRC 4112 de 2013, la cual se aplica al caso concreto en la resolución recurrida.

En ese sentido, el análisis que el cargo invita a hacer, insiste en debatir los basamentos de la medida particular que simplemente instrumentaliza al caso concreto la norma general a la luz de las normas constitucionales, no pudiéndose perder de vista es que los análisis antes expuestos, corresponden a las reglas regulatorias generales contenidas en la Resolución CRC

4112 de 2013, las cuales, se insiste, son aplicadas al caso concreto, pero no definidas en el mismo. Así, los argumentos formulados por **COMCEL** se concentran en cuestionar las razones y motivaciones de un acto administrativo de carácter general y abstracto que debe ser aplicado y respetado por todos los agentes y no respecto del acto particular y concreto que resolvió el conflicto surgido entre **COMCEL** y **AVANTEL**.

Al respecto debe recordarse que la razón de ser del recurso de reposición es debatir y controvertir las decisiones adoptadas por una autoridad administrativa en primera instancia y no, como lo hace **COMCEL** formular un debate sobre los fundamentos de un acto general, que por demás se presume legal.

Dicho lo anterior, frente a lo indicado por el recurrente en cuanto a que respecto de los servicios de voz y SMS, no se identifica la problemática de competencia y que con la asignación de 4G a **AVANTEL** o a **COMCEL** no se precisó que cualquiera de los entrantes pudiera ofrecer servicios de voz o de SMS sin realizar inversión alguna, apoyándose en su integridad en las redes de los operadores establecidos bajo la figura del Roaming Automático Nacional, debe decirse que en lo que compete al acto recurrido, la obligación de roaming de **COMCEL**, no tiene su fuente en la Resolución Mintic 449, a través de la cual se definieron las condiciones de asignación del espectro, sino que la misma proviene de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 1341 y las Resoluciones 2014 de 2008, 3101 de 2011 y 4112 de 2013, en particular esta última, la cual es clara en determinar que el roaming se ofrecerá para los servicios de voz, SMS y datos allí donde la red de origen no tenga cobertura, aspecto al cual se hizo referencia en el numeral 2.1.2 donde se abordó el tema de los servicios objeto de Roaming Automático Nacional, consideraciones a las cuales se remite ya que dan respuesta a un cargo similar.

De otra parte, respecto a que no hay un problema de competencia y no existen fallas de mercado que justifiquen el Roaming Automático Nacional de voz y SMS, por una parte es de indicar que la intervención de esta Comisión al dirimir una controversia, ejerce las competencias que sobre dicho particular le encomendó el legislador para resolver conflictos. En el caso concreto se trata, de la aplicación a un caso particular de la regulación general atinente a la provisión de una facilidad que tiene el carácter de instalación esencial en la medida en que no es replicable por parte de los competidores. En segundo lugar, la obligación de **COMCEL** en relación con la provisión y acceso al Roaming Automático Nacional, así como las demás obligaciones relacionadas con el acceso y uso de infraestructura consagradas en las resoluciones 3101 de 2011 y 4112 de 2013, tienen su fuente en el artículo 50 de la Ley 1341 de 2009, según el cual los PRST deberán permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro proveedor que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la Comisión, para asegurar, entre otros objetivos, los de trato no discriminatorio, transparencia, precios basados en costos más una utilidad razonable, promoción de la libre y leal competencia, y evitar el abuso de la posición dominante.

Así, las reglas contenidas en la Resolución CRC 4112 de 2013, aplicadas en el caso particular, corresponden a la determinación de las condiciones de acceso a una instalación esencial, la cual debe ser puesta a disposición por parte de quien la detenta en la medida, en que como ya se dijo, se cumplen los supuestos de no replicabilidad por parte de los competidos que la definen como una instalación esencial.

Ahora bien, en cuanto a los reparos sobre que el acceso al Roaming Automático Nacional sea *eterno*, debe insistirse en que la resolución recurrida lo único que ha hecho es dar aplicación a una obligación ya prevista en la Resolución CRC 4112 de 2013, la cual es clara en determinar que el roaming se ofrecerá para los servicios de voz, SMS y datos allí donde la red de origen no tenga cobertura, obligación que si bien no se encuentra sometida a plazo, sí está sujeta a una condición resolutoria como se indicó en el apartado 2.2.2 de la presente resolución, en el que se explicó que la Resolución 4112 es clara en que la obligación de la red visitada, en este caso **COMCEL**, se sujeta a que el operador de la red de origen no cuente con cobertura para los servicios objeto de Roaming Automático Nacional, y que la obligación cesa cuando ello ocurra.

En ese sentido, la decisión recurrida se limita a solucionar, en el marco de la regulación de carácter general, la controversia planteada por **AVANTEL**, y a fijar las condiciones de acceso a Roaming Automático Nacional de conformidad con lo allí previsto, razón por la cual no puede aceptarse que, producto de ello, el regulador haya favorecido exagerada e injustificadamente a **AVANTEL**, máxime cuando la Resolución CRC 4112 se expidió con el ánimo de promover y facilitar la entrada de jugadores para la prestación de servicios basadas en tecnologías IMT.

7 *ce*

Ahora bien, en este punto nuevamente debe indicarse que el acto administrativo recurrido lo que hace es aplicar la regulación de carácter general, y por lo tanto tales reparos que apuntan a señalar la **existencia de una afectación en el núcleo de la propiedad privada y de la libre empresa**, en sede del trámite del presente recurso no son procedentes, pues estos obedecen a argumentos orientados a discutir las condiciones previstas en la resolución de carácter general, que sólo resultan pertinentes en el marco de la publicación para comentarios del proyecto de resolución de carácter general, como es el caso de los argumentos que trae el recurrente en este punto que pretenden atribuirle a la decisión adoptada una supuesta distorsión de la competencia y el desincentivo a la inversión.

Estas objeciones formuladas por **COMCEL** en el sentido de que el núcleo esencial de la libertad de empresa se vio afectado, por cuanto la decisión recurrida rebasa lo establecido en la regulación vigente en la medida en que el acceso a Roaming Automático Nacional de **COMCEL** por parte de **AVANTEL**, no contempla un término de tiempo para dicho acceso ni tiene en consideración que **AVANTEL** respecto de los servicios de voz móvil y SMS no tiene ni tendrá red de origen cuyas interfaces de aire sean compatibles con las instalaciones de la red de **COMCEL**, en este punto los argumentos si bien en apariencia se dirigen a atacar la decisión impugnada, de fondo lo que persiguen es atacar los parámetros regulatorios contenidos en la resolución de carácter general, asuntos que ya fueron abordados en las respuestas a los cargos contenidas en los apartados 3.2.1.2.1 de la presente resolución, sobre las condiciones generales para la provisión de la instalación esencial de RAN, en cuanto los servicios sobre los que recaen y la necesidad de contar con una red de origen para los servicios de voz móvil y SMS, en el apartado 3.2.1.2.2 sobre la temporalidad del servicio de RAN..

Ahora, en lo que respecta a que el precio regulado que dista de aquel que puede ser el precio eficiente para dicho uso así planteado, no son procedentes las objeciones formuladas por **COMCEL** en relación con los valores de remuneración de la instalación esencial en comento, de tal suerte que los argumentos orientados a discutir las condiciones previstas en la regulación de carácter general, como es el caso de aquellas que cuestionan las condiciones de remuneración contempladas en la Resolución CRC 4112 de 2013, no deben ser ventiladas dentro del presente trámite administrativo, el cual, como se explicó previamente, se limitó, como debía, a aplicar e instrumentalizar en un caso concreto, las reglas regulatorias generales antes referenciadas.

Finalmente, cuando el recurrente insiste en que la decisión que obliga a **COMCEL** a proveer Roaming Automático a **AVANTEL** en las condiciones establecidas en la resolución recurrida se acercan más a lo que la regulación ha denominado como operador móvil virtual, figura distinta del RAN, vale la pena aclarar, que los proveedores que, según la regulación aplicada, pueden acceder a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional no son operadores móviles virtuales, cuya operación se caracteriza típicamente por la ausencia de espectro radioeléctrico asignado y contar con una red de servicio. Por el contrario, por expresa disposición del artículo 1 de la Resolución 4112 de 2013, los operadores móviles virtuales se ven excluidos del régimen de RAN. Como lo dispone dicha norma, los proveedores a los que aplica la regulación sobre RAN *"deberán contar con elementos de red susceptibles de interconectar y espectro radioeléctrico asignado, por lo tanto no cobija a operadores móviles virtuales que no cuenten con dichos elementos"*. Por lo tanto, la existencia de elementos de red susceptibles de interconectar y contar con espectro asignado son condiciones necesarias para poder ser obligado o beneficiarse del acceso al Roaming Automático Nacional. En este caso, **AVANTEL**, en su calidad de proveedor entrante cuenta con asignación de espectro y con elementos de red que pueden ser objeto de interconexión para RAN.

Frente a los argumentos **que reclaman que la decisión que se recurre no hubo ponderación**, debe recordarse que la ponderación no es un instrumento que deba utilizarse cuando se encuentran en conflicto intereses económicos, como equivocadamente lo señala el recurrente, sino cuando entran en colisión principios jurídicos en un caso concreto, y tiene por objeto determinar, en ese caso, el peso de los principios involucrados y cuál debe ceder ante el otro. La ponderación, en consecuencia, no es un instrumento que deba aplicarse cuando de por medio se encuentran, la aplicación de reglas y no la invocación de principios sino, caso en

el cual procede, no una "ponderación de reglas" como termina sugiriendo el recurrente, sino como ya se dijo, la subsunción o no de la regla invocada al caso concreto²⁸.

En el caso concreto, la controversia que se desató en el acto recurrido, tal como fue planteada por **AVANTEL**, versa sobre el acceso de **AVANTEL** a la instalación esencial de RAN de **COMCEL**, en el marco de las reglas previstas en la Resolución CRC 4112 de 2013, y por tanto, el proceder plausible para esta Comisión era la solución de la controversia aplicando las reglas previstas en la citada resolución al caso concreto y en virtud de las circunstancias fácticas acreditadas.

Al respecto, el cargo según el cual la resolución recurrida no contiene un juicio de ponderación entre las reglas de la mencionada Resolución CRC 4112, o que la resolución no efectuó un test de proporcionalidad entre ellas, de suyo resulta improcedente por cuanto los términos en que las partes propusieron la controversia, fueron planteados netamente sobre la aplicación de las reglas de la Resolución CRC 4112 al caso particular y no sobre la tensión de intereses inmersa en el citado acto administrativo general, lo cual resulta razón suficiente para despachar negativamente el cargo propuesto, en la medida en que no constituyen motivos de inconformidad que versen directamente sobre el acto impugnado.

Ahora bien, nuevamente debe advertirse que lo que en realidad discute el recurrente es la aplicación que la CRC hizo de las reglas previstas en la Resolución CRC 4112 de 2013, en servicios, tiempo y cobertura objeto de Roaming Automático Nacional y pretende se apliquen a la solicitud de RAN de **AVANTEL** otras reglas diferentes a las previstas en la resolución de carácter general, o que se desconozcan para el caso concreto la reglas incorporadas a ella.

En ese sentido, no resulta procedente acceder a la solicitud de **COMCEL** de analizar aspectos que, por ser objeto de la Resolución CRC 4112, no pueden contrariarse en la resolución de carácter particular y concreto, como aquellas que propugnan por el otorgamiento de servicios distintos a los allí contemplados, en condiciones temporales distintas de las ya definidas a nivel general, o "modulando" el concepto de cobertura, abstrayéndose de la regulación imperativa.

Por lo demás, la ponderación que **COMCEL** echa de menos parte de premisas que ya fueron desvirtuadas previamente en el presente acto administrativo y que son reiteradas por el recurrente a lo largo de todo su escrito de recurso, como por ejemplo que **AVANTEL** no tiene red de origen compatible con las redes de **COMCEL**, cuando en el expediente consta que tal proveedor adquirió al proveedor de equipos NSN los elementos de red necesarios para ello y actualmente despliega una red LTE para la prestación de servicios 4G, o que la resolución recurrida contraría la Resolución 449 del Ministerio, cuando no sólo versan sobre materias distintas que no se contraponen entre sí y por lo tanto no son contradictorias, sino que no existe una relación de jerarquía que sujete las resoluciones de la Comisión a lo dispuesto por el Mintic en materia espectral, tratándose de competencias autónomas de cada uno de los entes.

En cuanto a la solicitud de tener en consideración y pronunciarse, respecto del documento "Reexamination of Roaming Obligations of Commercial Mobile Radio Service Providers and Other Providers of Mobile Data Services" referenciado en los cargos y que fue aportado como prueba por **COMCEL**, es de indicar que debe rechazarse el cargo presentado en la medida en que el propósito del documento como el pretendido por el recurrente es controvertir el esquema regulatorio general previsto en la Resolución CRC 4112 de 2013; el propósito del documento, desde su contexto original, establece la salvedad que el mismo no necesariamente resulta aplicable a situaciones de carácter particular y que su aplicabilidad deberá ser objeto de análisis caso a caso, y que es precisamente una recomendación tendiente a la revisión de una norma de carácter general, lo cual evidentemente desborda el alcance de la revisión que se puede acometer en sede del recurso de reposición que aquí se desata²⁹.

²⁸ [LA DECISION JUDICIAL. EL DEBATE HART- DWORKIN](#) La decisión judicial. El debate Hart- Dworkin Autor: Hart, hla y Dworkin, Ronald Año: 2005 Editorial: Universidad de los Andes (Colombia) ISBN: www.intercodex.com/LA-DECISION-JUDICIAL-EL-DEBATE-HART-DWORKIN_L9789586650045.html. Pág 53.

²⁹ En efecto, en la introducción de este documento se indica lo siguiente "This Guide may, perhaps, not apply in a particular situation based upon the circumstances, and the FCC retains the discretion to adopt approaches on a case-by-case basis that may differ from this Guide, where appropriate. Any decisions regarding a particular small entity will".

Ahora bien, **en cuanto a la no evaluación de los supuestos "efectos anticompetitivos"** en el mediano plazo, debe reiterarse que la obligación de roaming de **COMCEL** tiene su fuente en el artículo 50 de la Ley 1341 y las Resoluciones CRC 3101 de 2011 y 4112 de 2013, esta última en particular, la cual es clara en determinar las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe proveerse el roaming, y que la resolución recurrida soluciona la controversia en el marco de la regulación de carácter general, no siendo procedente analizar en esta etapa, aspectos que versan sobre las condiciones señaladas en la Resolución CRC 4112 de 2013 y que fueron expuestas y analizadas en el marco del proyecto regulatorio que culminó con la expedición de la citada resolución, como es el caso de los efectos en la competencia del RAN en las condiciones propuestas, en el corto, mediano y largo plazo.

Finalmente, **COMCEL** señala que la Comisión **no contempló la interdependencia entre redes 2G/3G y 4G, y en particular no incorporó la facilidad CSFB**, por lo que resulta necesario incluir un cargo adicional a los valores regulados por parte de la Comisión. Debe al respecto, en primer lugar decirse que, de acuerdo con lo establecido en la regulación de carácter general vigente, particularmente en las Resoluciones CRC 3101 de 2011 y 4112 de 2013, es el operador de la red visitada, en este caso **COMCEL**, quien está obligado a proveer la instalación esencial de Roaming Automático Nacional en forma que garantice el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de plataformas, servicios y aplicaciones, lo cual implica que el proveedor de la red visitada, se encuentre en la obligación de asumir las inversiones requeridas para cumplir con las obligaciones legales y regulatorias aplicables a esta materia. En este sentido, la Resolución CRC 4112 de 2013 es clara en establecer que, a efectos de la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, serán obligaciones del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones móviles de la red visitada, tanto realizar las adecuaciones requeridas al interior de su red para soportar los requerimientos de tráfico proveniente de usuarios a ser atendidos mediante Roaming Automático Nacional, como asegurar la interoperabilidad de los servicios prestados de voz, SMS y datos, y de aquellos servicios complementarios que sean factibles desde el punto de vista técnico.

En línea con lo anterior, es necesario tener en cuenta que la regulación dispone que la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional implica que el proveedor de la red visitada realice las adecuaciones que la misma requiera para otorgarla en las condiciones previstas en la regulación y no que el proveedor solicitante sufrague o financie las inversiones requeridas para que el proveedor de la instalación esencial realice las adecuaciones internas requeridas en su red ni para que cumpla con su obligación de asegurar la interoperabilidad de los servicios objeto de Roaming Automático Nacional. Esto implica entonces que nadie distinto al proveedor de la red visitada debe asumir los costos de cumplir tal obligación³⁰, así como nadie distinto, tampoco, debe recibir los beneficios de ello, representados en los ingresos mayoristas a percibirse por tal provisión, de acuerdo con los valores definidos en el artículo 9 de la Resolución CRC 4112 de 2013, los cuales en todo caso incluyen la remuneración correspondiente a la funcionalidad de CSFB. En concordancia con ello, el artículo 6 de la Resolución 4112 dispone que la única obligación dineraria a cargo de proveedor de la red origen es *"[p]agar el valor acordado por concepto de la remuneración por el acceso y uso de la instalación esencial de roaming automático nacional, así como los cargos de acceso que resulten aplicables a los servicios prestados"*.

Sobre el particular cabe recordar que la funcionalidad de CSFB es **necesario para garantizar la automaticidad** del Roaming, permitiendo que un usuario LTE pueda realizar comunicaciones de voz y SMS haciendo uso de las redes 2G/3G disponibles para ello y que la automaticidad, es precisamente una de las notas características e inherentes al concepto de

³⁰ Al respecto vale la pena señalar que el documento de respuestas a comentarios que acompañó la expedición de la Resolución CRC 4112 de 2013 (ver <http://www.crcom.gov.co/index.php?idcategoria=65418&download=Y>) contiene múltiples referencias al modelo de costos desarrollado en el marco del análisis de condiciones del Roaming Automático Nacional. A manera de referencia, en la página 95 del citado documento se dio respuesta a un comentario presentado por otro proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones que aducía que la remuneración del roaming no contempla una serie de costos que son necesarios para la prestación del servicio de roaming (VLR, servicio al cliente, etc) así como el costo de oportunidad de no emplear espectro en el servicio propio, señalando que *"(...) por construcción, este modelo (y en general este tipo de modelos) consideran todos los costos en los que se incurre para la provisión de todos los servicios en forma conjunta (voz, SMS y datos, tanto propios como de roaming), dentro de los cuales se incluyen los elementos activos y pasivos de la red, las plataformas asociadas y los costos del espectro, entre otros, que además aseguran una calidad de servicio tal, que garantice que los servicios se prestan sin congestión o degradación al atender el tráfico proyectado, que incluye el propio y el de usuarios en roaming"*.

Roaming contemplado en la Resolución CRC 4112. Asimismo, dentro del proceso que antecedió la expedición de la Resolución CRC 4419 de 2014, el mismo **COMCEL** señaló que nunca ha negado que debe contar en su red con la funcionalidad CSFB, por cuanto es requerida por éste para lograr el interfuncionamiento y la interoperabilidad de sus redes 4G/3G/2G, por lo cual no es de recibo para esta Comisión que **COMCEL** tenga claro que debió implementar la funcionalidad para sí mismo, y posteriormente afirme que el concepto de automático no implica la activación del CSFB a **AVANTEL**.

Así, en tanto la funcionalidad CSFB es requerida por **COMCEL** para permitir a sus propios usuarios en una red LTE efectuar llamadas de voz, los costos asociados a ella no son costos exclusivos del servicio mayorista de Roaming Automático Nacional, esto es, lo pagado por **AVANTEL** a **COMCEL** por el acceso a dicha instalación esencial, sino costos comunes a ambos servicios –es decir a la provisión del Roaming a **AVANTEL** y a la provisión de servicios a los usuarios de **COMCEL**, por lo cual el costo correspondiente al mayorista de Roaming, el cual se infiere como marginal frente al causado por el servicio minorista de **COMCEL** –tomando en consideración la cantidad de usuarios que hoy en día tienen ambos proveedores, los cuales son también potenciales usuarios de la red 4G de cada uno de ellos-, estaría cubierto por los valores definidos en el artículo 9 de la Resolución CRC 4112 de 2013.

Teniendo en cuenta lo anterior, el cargo presentado por el recurrente no procede.

3.2.3. ARGUMENTOS QUE SEÑALAN QUE LA DECISIÓN RECURRIDA IMPLICA UN ABUSO DEL DERECHO

3.2.3.1. Consideraciones del recurrente

Luego de hacer referencia al concepto de abuso del derecho desde la perspectiva de la jurisprudencia y la doctrina, **COMCEL** señala que en este caso en particular, se estarían configurando los elementos característicos que estructuran el abuso del derecho por parte de **AVANTEL**.

En desarrollo de esta idea indica que existe un derecho en cabeza de **AVANTEL** de solicitar la instalación esencial del Roaming Automático Nacional, y que tanto la CRC como la doctrina internacional han considerado que la finalidad de esta instalación tiene un fundamento de complementariedad para garantizar cobertura mientras el proveedor entrante construye su red, lo que lleva como obligación inherente el desplegar una red propia para prestar los servicios directamente, por lo que el ejercicio del derecho por parte de **AVANTEL** se tornaría abusivo en cuanto va en contra de la finalidad de roaming de servir como complemento temporal al despliegue de red propia, ya que un RAN permanente, para todos los servicios, a la tarifa regulada, y no ligado a una obligación de cobertura con red propia, no promovería escenarios competitivos ni incentivaría la inversión. **AVANTEL**, con un Roaming Automático Nacional como el fijado por la CRC en la resolución recurrida, no tiene incentivos para desplegar su propia red y la tarifa regulada para el servicio de RAN no remunera eficientemente los costos de dicho acceso de la forma pretendida, lo cual en el sentir del recurrente permite el abuso del derecho de acceso a Roaming Automático Nacional por parte de **AVANTEL**.

Luego de lo anterior, y haciendo referencia al primer anexo del recurso presentado³¹, señala que las diferencias desde el punto conceptual y económico de la operación móvil virtual y el roaming nacional son evidentes y su regulación atiende distintas finalidades y que para que un operador pueda adquirir servicios de roaming nacional parte del supuesto inicial que dicho agente es un operador de red que cuenta con alguna cobertura, pero que necesita complementarla con la red de acceso de otro operador.

Bajo esta perspectiva señala que el CSFB es prueba de que se abusa del derecho, pues **AVANTEL** ha sostenido que la mejor opción tecnológica para el caso del acceso al roaming de voz y SMS en una zona donde dicho proveedor cuenta con cobertura de datos para su red 4G, es el Circuit Switch Fallback (CSFB), lo cual para **COMCEL** constituye una confesión de **AVANTEL**, de no tener el más mínimo interés de desplegar su propia red de voz y SMS, ya que el CSFB le va permitir utilizar la infraestructura de **COMCEL** siempre para estos servicios.

³¹ Documento complementario titulado "Aspectos técnicos y económicos del RAN y del CSFB en el caso concreto"

De otra parte, se señala que la CRC debe tener en cuenta que la OBI para acceso a Roaming Automático Nacional que presentó **COMCEL** y que fue aprobada en primera instancia mediante la Resolución CRC 4338 de 2013 –actualmente recurrida–, no contempla entre las funcionalidades técnicas a ofrecer la del CSFB o similar, que ahora la CRC pretende imponer como obligación a **COMCEL**.

3.2.3.2. Consideraciones de la CRC

Respecto a lo expuesto en este aparte del recurso, debe mencionarse que la afirmación de **COMCEL** es improcedente, en primer lugar, porque como ya se ha señalado la solicitud de **AVANTEL** se ajustó a los requerimientos de la Resolución CRC 4112, razón por la cual esta Comisión resolvió la controversia en los términos de la resolución recurrida. Por tanto, si **AVANTEL** ejerció su derecho en los términos de la Ley y la regulación vigente, mal puede sostenerse que abusó de su derecho, o que esta Comisión promovió tal abuso, pues fue en el marco de referencia antes citado que este solicitante actuó. Distinto es que, como lo ha manifestado innumerables veces en su escrito, el recurrente disienta de lo previsto en la regulación de carácter general, por considerar que las reglas del RAN no proveen de incentivos para que el solicitante despliegue su propia red o que considere que la tarifa regulada para el servicio de Roaming Automático Nacional no remunere eficientemente los costos de dicho acceso de la forma pretendida, y por tal razón también esté en desacuerdo de la forma en que se resolvió la controversia, circunstancia que *per se* no constituye, ni un abuso del derecho por parte de **AVANTEL**, ni la promoción del mismo por parte de esta Comisión.

De otra parte, como se explicó previamente en este Acto Administrativo, ni el Roaming Automático Nacional será total ni permanente, pues la obligación de RAN de **COMCEL** se sujeta a condición resolutoria (consistente en la cobertura de la red de origen), ni el hecho de que se utilice para todos los servicios donde la red no tenga cobertura o la red de origen no los soporte, o de que las tarifas de RAN estén reguladas, constituye abuso del derecho, pues **AVANTEL** ha ejercido el suyo con arreglo a la regulación general, y en el marco de la misma esta Comisión resolvió la controversia puesta a su conocimiento.

Así mismo, y contrario a lo que plantea **COMCEL**, el CSFB no sólo no es prueba del abuso del derecho por parte de **AVANTEL**, sino que más bien evidencia un posible trato discriminatorio de **COMCEL** hacia **AVANTEL**. En primer lugar, en tanto que del requerimiento de CSFB no se puede desprender que **AVANTEL** no prestará servicios de voz y SMS, sino de que requiere RAN en la red 3G de **COMCEL** mientras **AVANTEL** pueda ofrecer VoLTE comercialmente. Adicionalmente **COMCEL**, basa su argumento sobre un supuesto que va en contra del principio de la buena fe, al darle efectos a lo afirmado por **AVANTEL**, quien simplemente ha sostenido que el CSFB corresponde a la mejor opción tecnológica para el caso del acceso al roaming de voz y SMS en una zona donde dicho proveedor cuenta con cobertura de datos para su red 4G, lo cual no es plausible tomar como “prueba” en ningún sentido en relación con la evolución que tendrá la red de **AVANTEL**.

En segundo lugar, porque **COMCEL**, a la vez que debe implementar el CSFB para garantizar el traspaso de sus usuarios entre sus redes 4G y 3G a efectos de permitir que sus usuarios 4G LTE disfrutaran de voz y SMS mientras VoLTE está lista, en esa misma medida debe suministrarle a **AVANTEL** el acceso y uso de dicha funcionalidad en aplicación estricta del principio de trato no discriminatorio previsto en el artículo 50 de la Ley 1341 de 2009, el cual cobra plena fuerza en este caso.

Finalmente, en relación con lo expresado por el recurrente según lo cual la OBI para acceso a RAN que presentó **COMCEL** aprobada en primera instancia mediante la Resolución CRC 4338 de 2013 no contempla entre las funcionalidades técnicas a ofrecer la del CSFB o similar y que ahora la CRC pretende imponer como obligación a **COMCEL**, es de indicar sobre este punto que la funcionalidad CSFB, coincide con los parámetros regulatorios previstos en la Resolución 4112 de 2013 bajo los cuales debe desenvolverse el suministro de la instalación esencial de RAN, conforme a lo indicado en la parte final de la respuesta al cargo contenida en la parte final del apartado 3.2.2.2.

Sobre el particular cabe recordar que la funcionalidad de CSFB es **necesaria para garantizar la automaticidad** del Roaming, permitiendo que un usuario LTE pueda realizar comunicaciones de voz y SMS haciendo uso de las redes 2G/3G disponibles para ello y que la automaticidad, es precisamente una de las notas características e inherentes al concepto de

Roaming contemplado en la Resolución CRC 4112. Asimismo, dentro del proceso que antecedió la expedición de la Resolución CRC 4419 de 2014, el mismo **COMCEL** señaló que nunca ha negado que debe contar en su red con la funcionalidad CSFB, por cuanto es requerida por éste para lograr el interfuncionamiento y la interoperabilidad de sus redes 4G/3G/2G, por lo cual no es de recibo para esta Comisión que **COMCEL** tenga claro que debió implementar la funcionalidad para sí mismo, y posteriormente afirme que el concepto de automático no implica la activación del CSFB a **AVANTEL**, en el que se expuso el alcance de la regulación frente al automatismo del RAN en relación con la funcionalidad CSFB.

Por lo anterior el cargo presentado carece de fundamentos y no está llamado a prosperar.

3.2.4. ARGUMENTOS QUE SEÑALAN QUE LA DECISIÓN IMPLICARÍA LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN 4112 Y DE LA DE ASIGNACIÓN DE 4G

3.2.4.1. Consideraciones del recurrente

En este aparte del recurso de reposición presentado por **COMCEL** dicho proveedor hace referencia a que incumplir con la abogacía de la competencia es causal de nulidad.

Para sustentar su posición el recurrente comienza citando el artículo 7 de la Ley 1340, en relación con la función de la Superintendencia de Industria y Comercio de abogacía de la competencia y el pronunciamiento del Consejo de Estado sobre dicho artículo, indicando que la autoridad de regulación tiene una de dos opciones, so pena de que el acto quede viciado de nulidad: **(i)** acatar las recomendaciones de la autoridad de competencia en virtud de su función de abogacía; o **(ii)** exponer de manera expresa y argumentada las razones por las cuales no atiende las recomendaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sobre este particular señala que para la SIC, la obligación de Roaming Automático Nacional debe tener un límite en el tiempo en aras fortalecer la competencia y no a favorecer conductas parasitarias ni desestimar la inversión y así lo dejó claro en los conceptos 13140402041 y 13141941042 de 2013, expedidos en ejercicio de la función de abogacía de la competencia sobre los proyectos regulatorios que hoy son las resoluciones 4112 de 2013 de la CRC y 449 de 2013 del MinTIC, los cuales cita en su escrito de recurso.

Seguido a esto, y exponiendo la manera cómo fue recogido este concepto en la Resolución 449 de 2013 expedida por el Ministerio TIC, argumenta que una interpretación como la que pretende hacer la CRC mediante la resolución que se recurre iría en contra de las recomendaciones expresas de la SIC que fueron aceptadas tanto por el Ministerio como por la CRC, situación que causaría la nulidad de estos actos puesto que la regulación posterior no está siendo consistente con las recomendaciones de abogacía de la competencia que se habían acatado antes ni existe justificación de la CRC para apartarse de las mismas.

3.2.4.2. Consideraciones de la CRC

En relación con la referencia hecha a la función de abogacía de la competencia, las consideraciones relacionadas con este cargo se refieren a la Resolución CRC 4112 de 2013 y el trámite que dicha resolución se surtió en cumplimiento del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009. Desafortunadamente, en nada tienen que ver con el acto recurrido, por lo que no son pertinentes en sede de reposición de la Resolución CRC 4419 de 2014, respecto de la cual se interpuso del recurso que aquí se desata.

En efecto, el recurrente presenta como parte de su argumentación las consideraciones expuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio dentro del trámite de expedición de la Resolución CRC 4112 de 2013, asunto revisado y analizado por esta Comisión como parte del proceso de decisorio que culminó con la expedición de la Resolución CRC 4112 mencionada, que se insiste, en el trámite administrativo de solución de controversias, fue aplicada y materializada en un caso particular; en la medida en que la decisión recurrida lo que hizo fue aplicar fielmente la decisión de carácter general en la que se definieron las condiciones para la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, mal puede decirse que la misma contradiga lo dicho en esa resolución, y sus motivaciones y consideraciones, las cuales incluyen, por cierto, los análisis realizados respecto de las recomendaciones que la mencionada Superintendencia hizo respecto del proyecto regulatorio adelantado por esta Comisión para la determinación de las condiciones de acceso a dicha instalación.

74

Teniendo en cuenta que los argumentos presentados no corresponden a la expresión concreta de los motivos de inconformidad que le merecen al recurrente sobre el acto impugnado, esto basta para que se entienda rechazado el cargo presentado, conforme lo establece el numeral 2º del artículo 77 de CPACA.

En gracia de discusión, debe recordarse que, si bien la SIC hace mención a que el no establecimiento de un término de duración para la utilización de RAN por parte de los operadores de la red visitante al menos en las cabeceras municipales podría inducir a que se desestime la inversión en infraestructura por parte de éstos, lo cierto es que en el apartado 4 de dicha comunicación³² "CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES", la SIC se limitó a señalar que *"En conclusión, si bien el proyecto regulatorio mejora las condiciones de accesibilidad y uso de las TICs a nivel nacional, resulta importante que el ente regulador enfatice en los mecanismos de seguimiento a las condiciones del mercado en aspectos tarifarios técnicos, de calidad entre otros, con el fin de garantizar una competencia efectiva entre los operadores."*

Precisamente, fue en atención a la recomendación que la SIC hizo, que la CRC procedió a realizar los ajustes requeridos, por lo cual a partir de la implementación de la medida regulatoria la CRC requirió para el cumplimiento de sus funciones un nuevo reporte de información relativa a tráficos y valores asociados al uso del roaming automático nacional por parte de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que hagan uso de dicha instalación esencial, con fundamento en las funciones establecidas en el numeral 19 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009.

Por otra parte no puede perderse de vista que la resolución particular, estableció un término de quince días para el reporte de información por parte de **AVANTEL** sobre las áreas que ya no requiere la instalación esencial de Roaming Automático Nacional³³, lo cual enfatiza la recomendación efectuada por la SIC en sede abogacía de la competencia sobre los mecanismos de seguimiento e información del comportamiento de las redes gestionadas por cada una de las partes conforme a los propósitos de la ley y la regulación en la materia.

3.2.5. ARGUMENTOS QUE SEÑALAN QUE LA DECISIÓN RECURRIDA ES ILEGAL

3.2.5.1. Consideraciones del recurrente

En este cargo **COMCEL** hace referencia a los siguientes argumentos:

- **El sentido de la decisión no desarrolla los objetivos de la Ley 1341**

Para sustentar esta tesis, el recurrente señala que el sentido de la decisión no desarrolla los objetivos de la Ley 1341 para lo cual parte de la cita del numeral 3º del artículo 2 de la Ley 1341 que consagra el principio orientador sobre el uso eficiente de infraestructura, luego de lo cual indica que *"promover la competencia no puede significar generar una ventaja ilegítima a favor de un competidor del mercado en detrimento del otro"*, y que en este sentido, la resolución recurrida va en contra del principio de libre competencia, en la medida en que imponer acceso al RAN de **COMCEL** por parte de **AVANTEL** sin límite de tiempo y a una tarifa regulada, desincentiva la inversión actual y futura, creando una situación de privilegio a favor de **AVANTEL**, contrario a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009.

Seguido a lo anterior, recoge apartes de doctrina económica que se refieren a **(i)** la relación entre la obligación de ofrecer acceso a sus redes y una menor intensidad de inversión para los operadores incumbentes, **(ii)** los efectos indeseables en el largo plazo, tales como despliegue

³² Concepto de abogacía de la competencia no número de radicado 13-014040-2 Disponible en el URL <<http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/Competencia/Integraciones/Resoluciones/Abogacia/2013/Enero/13-014040-2.pdf>>

³³ El citado precepto de la Resolución CRC 4419 de 2014 indica *"Asimismo, si bien la regulación contempla la obligación en cabeza de AVANTEL para que informe a COMCEL aquellas zonas donde ya no requiera hacer uso del Roaming Automático Nacional para uno o más servicios, al menos una vez cada trimestre, la CRC considera indispensable que en este caso concreto tal actividad se lleve a cabo en un plazo menor, en aras de lograr que las partes lleven a cabo una adecuada planeación de sus redes en las áreas donde AVANTEL ya no requiera el acceso a la instalación. De este modo, AVANTEL deberá realizar la actividad a la que se ha hecho referencia cada quince (15) días, durante los próximos dos años."*

tardío de redes avanzadas, mala calidad de servicio, y lenta innovación tecnológica, (iii) la regulación de acceso puede desincentivar inversiones por parte del operador incumbente, lo que resulta en un nivel de inversión socialmente ineficiente, y (iv) sobre el cuidado que tiene que tener el regulador en el *trade-off* entre eficiencia estática (garantizando una mayor competencia a nivel de servicios) y eficiencia dinámica (garantizando una mayor competencia a nivel de infraestructura).

En síntesis sobre lo anterior señala que la CRC debe observar los principios enunciados en la Ley 1341, procurando un adecuado equilibrio entre los intereses de las partes, buscando el uso eficiente de infraestructura a precios que reflejen costos de oportunidad que promuevan la inversión, garanticen la calidad de los servicios y sin fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de un operador.

En este apartado el recurrente vuelve a traer a colación los argumentos sobre los servicios para los cuales se puede solicitar roaming, explicando que en la resolución recurrida el regulador desconoce u omite abordar la ausencia de red de origen de **AVANTEL** para servicios de voz y SMS, pudiendo dicho prestador, en el marco de la Resolución cuestionada, ofrecer servicios de voz, SMS y datos, aprovechando las tarifas reguladas, sin necesidad de invertir en una red de GSM o actualizar su red de *trunking*, y que por lo visto el esquema actual no introduce ningún incentivo para la inversión por **AVANTEL** al tiempo que desincentiva la inversión por parte de la red visitada que tendrá que poner su red a disposición de un tercero, por una tarifa regulada que es inferior a la de mercado o a la que se podría acordar con un OMV.

Al respecto **COMCEL** señala que **AVANTEL** manifiesta que su red actual mediante la cual presta servicios de voz, SMS y datos con tecnología IDEN, no es compatible en sus interfaces de aire con otras redes móviles. Son tecnologías incompatibles y que esto último también lo ha reconocido la CRC en la resolución recurrida, en relación con lo cual reitera que permitir a **AVANTEL** un roaming de voz y SMS, cuando no cuenta con red de origen ni con interfaces de aire compatibles, llevaría a favorecer conductas parasitarias, contrarias a la sana competencia, ya que **AVANTEL** no tendría incentivos para construir su red de origen para estos servicios o para actualizar tecnológicamente su red de *trunking* de manera que sea compatible con otras redes móviles. **COMCEL**, también afirma que vería reducido el incentivo para invertir en infraestructura para que otro use su inversión a una tarifa que no remunera el costo de oportunidad, en contravía de lo consagrado en el artículo 2 de la Ley 1341. Concluye diciendo que la obligación de Roaming Automático Nacional y el derecho correlativo a solicitar esta facilidad para voz y SMS está supeditada a la prestación por el solicitante de estos servicios, requiriendo el despliegue de una red propia o la actualización de la existente de manera que sea compatible con la red visitada.

Igualmente **COMCEL** se refiere nuevamente en este punto a cuál debe ser el límite tiempo para el uso de la instalación, reafirmando que desde su entendimiento el Roaming Automático Nacional para voz y SMS debe ser temporal, debiendo **AVANTEL** desplegar su propia red de origen con un cronograma definido, tal y como se estableció para la red de datos con la asignación de 4G. Solo así se cumple con los principios que orientan la ley.

- **La solicitud de Roaming Automático Nacional procede respecto de uno o más servicios (no necesariamente todos)**

Atado al cargo de ilegalidad que aquí se sintetiza, en segundo lugar **COMCEL** señala que la solicitud de RAN procede respecto de uno o más servicios (no necesariamente todos), en relación con lo cual indica que la misma CRC permite la distinción de los diferentes servicios, esto es, una cosa es el roaming para datos, otra el roaming para voz y otra el roaming para SMS, y por lo tanto las condiciones impuestas en la regulación para la procedencia del roaming y aquellas que se desprenden de su definición misma y de su naturaleza, deben cumplirse respecto de cada uno de los servicios para los que se solicita la instalación.

Sobre este particular explica que: (i) **AVANTEL** decide qué servicios prestar, pero sólo puede acceder a RAN para los que presta. Esto por cuanto al amparo del régimen de habilitación general, **AVANTEL** está en la facultad de prestar "uno o más servicios", como lo anota la autoridad de regulación. Pero la regulación del Roaming Automático Nacional, contrario a la interpretación de la CRC, solo le permite acceder al roaming respecto de aquellos servicios, primero respecto de los cuales, cuente con una red de origen, ya que la definición misma supone la existencia de la red de origen; y segundo cuando las interfaces de aire así lo

permiten. Por lo tanto, las medidas tomadas por la CRC lo que hacen es que eliminan el carácter complementario del roaming, puesto que, al no existir red de origen, este solo prestaría los servicios a través de la red visitada tornando la facilidad esencial del roaming en una mera comercialización de servicios explotando la infraestructura de otro operador; y si además no se impone la obligación de desplegar su propia red en un plazo de tiempo definido, el roaming termina supliendo la prestación del servicio directamente por parte del proveedor solicitante a un costo sub-óptimo.

Seguido a esto (ii) indica que la obligación regulatoria existe, pero supeditada a la existencia de una red de origen. Por esto **COMCEL** entiende que la solicitud de Roaming Automático Nacional debe hacerse respecto de aquellos servicios para los que se cuenta con una red de origen, y que como ya lo ha mencionado en su recurso **AVANTEL** no tiene una para la prestación de SMS y voz para los que solicita la facilidad de RAN, así como tampoco piensa construirla como se desprende del esquema de RAN solicitado (CSFB).

En tercer lugar, (iii) señala que la regulación es clara en condicionar el RAN siempre y cuando las interfaces de aire así lo permitan. En ese sentido argumenta que en tanto la tecnología con que **AVANTEL** presta servicios de *trunking* no es compatible con la tecnología GSM de las redes móviles de **COMCEL** y de los demás operadores establecidos, no procede el acceso a la instalación esencial pues no se cumple con la condición regulatoria, por lo que esta incompatibilidad técnica supone la imposibilidad técnica y regulatoria de hacer roaming en voz y SMS y en todo caso, el acceso a la instalación RAN de **COMCEL** para datos estaría condicionado al despliegue de la red de 4G de **AVANTEL**.

En cuarto (iv) lugar insiste en señalar que la prestación de servicios de voz debe ser sustancial y no puede tornarse en una comercialización y que con las medidas, la CRC lo que está haciendo es asimilar a **AVANTEL** con los operadores móviles virtuales, quienes son aquellos que no tienen su propia red, como sucede con **AVANTEL** para los servicios de voz y SMS. Para los servicios de voz y SMS, **COMCEL** considera que a **AVANTEL** no le asiste el derecho de solicitar roaming, hasta tanto no cuente con red de origen y ofrezca estos servicios a sus usuarios y que en este sentido actuaría como un mero comercializador de servicios y el precio para voz y SMS no debería ser el regulado en la Resolución 4112 para el acceso a la instalación de Roaming Automático Nacional sino un precio de mercado similar al que se acuerda con los operadores móviles virtuales que no tienen obligación de desplegar red y sólo comercializan los servicios usando redes de terceros.

En este aspecto, concluye que la procedencia de la solicitud de Roaming Automático Nacional para un servicio (por ejemplo Datos) no implica necesariamente que la solicitud proceda para otros servicios (por ejemplo voz y SMS) a menos que se evidencie para cada servicio considerado separadamente, el cumplimiento de las condiciones previstas en la definición del RAN y ratificadas en los pronunciamientos del regulador, especialmente la de contar con una red de origen que sea técnicamente compatible con aquella en la que se solicita la instalación.

- **Limitación temporal de la instalación de Roaming Automático Nacional**

Sobre este punto el recurrente indica que (i) un roaming permanente facilita conductas parasitarias y desincentiva la inversión como lo reconocen la SIC y lo ratifican distintos organismos internacionales. La temporalidad es una condición del roaming, que bajo supuestos económicos, resulta inherente al mismo. (ii) Un roaming permanente es sub-óptimo, en relación con lo cual indica que una medida regulatoria que promueva el acceso, como el RAN, incentiva la competencia basada en servicios, lo que puede repercutir de manera positiva en el bienestar de los usuarios en el corto plazo, sin embargo, este tipo de intervenciones desincentiva el desarrollo y despliegue de nuevas infraestructuras, así como la competencia basada en infraestructura, lo que genera pérdidas de bienestar en el mediano y largo plazo para los usuarios de servicios de telecomunicaciones. (iii) Una remuneración ineficiente afecta la competencia, y en este mismo orden de ideas los costos no son eficientes si resulta indiferente quedarse en el roaming o desarrollar propia infraestructura a efectos de lo cual cita doctrina económica que señala que una medida que promueva la entrada de agentes al mercado a través de precios de acceso debe estar acompañada de una o varias medidas complementarias, asociada al incremento de precios de acceso en el tiempo; y a definir un límite de tiempo a partir del cual la obligación de acceso para el operador incumbente desaparece; y/o definir un límite a partir del cual los precios de acceso regulados por parte del regulador pasarían a ser precios definidos libremente entre las partes involucradas.

A efectos de lo anterior, cita varios apartes de documentos de la CRC relacionados con el equilibrio entre la promoción del acceso y la inversión a la infraestructura, así como la revisión efectuada en su momento por la CRC en el documento soporte que dio lugar a la expedición de la Resolución 4112 de 2013 las diferentes metodologías de valoración para la definición del cargo por la prestación del servicio de Roaming Automático Nacional.

A este respecto, señala que, la Resolución CRC 4112 estableció un mecanismo de remuneración que en nada se compadece de los riesgos a desincentivar la inversión por parte tanto de los operadores entrantes como incumbentes, esto por cuanto, por un lado, define para la remuneración del servicio de roaming nacional de los servicios de voz y SMS el cargo de acceso vigente para dichos servicios (art. 8) y para el roaming nacional de datos un valor que inicia en la estimación del costo medio de la prestación del servicio pero que luego se reduce hacia el valor de costos resultantes del modelo LRIC puro.

Así, **COMCEL** advierte que existe una inconsistencia en el proceder de la Comisión ya que por un lado, indica que no es aconsejable utilizar el valor del modelo LRIC puro en tanto desincentiva la inversión, sin embargo, define para el servicio de voz y SMS valores resultantes del modelo LRIC puro en tanto los cargos de acceso vigentes en Colombia son el resultado de la aplicación de modelos LRIC puros, considerablemente inferiores a los niveles que resultarían con un modelo de costos medios y continua *"Por otra parte, define que en un plazo de dos años el valor de roaming para datos debe reducirse desde el valor de costos medios hacia el valor resultante del modelo LRIC puro. Por otro lado, la Comisión indica que en el dado caso en el que se utilice un valor regulado mediante la aplicación de un modelo LRIC puro, este debe ir acompañado de obligaciones de cobertura o de aplicaciones transitorias. Sin embargo, la Resolución CRC 4112 de 2013 no contiene disposiciones en este sentido."*

Seguido a lo anterior señala que la remuneración de la instalación esencial debe reconocer el costo de oportunidad, señalando que en el caso concreto **AVANTEL** necesita que **COMCEL** le preste la red de acceso para que los usuarios de **AVANTEL** puedan originar y/o recibir comunicaciones, pero **COMCEL** no necesita la infraestructura de **AVANTEL**. Adicionalmente, los servicios que prestaría **AVANTEL** competirían en el mercado minorista, lo cual desde su óptica no es nada despreciable en tanto la dependencia del entrante sobre el incumbente se debe precisamente a que el entrante decide no destinar recursos al despliegue de una red de acceso que lo haría independiente, lo cual afirma *"tiene un costo de oportunidad en tanto sin la red de acceso del operador incumbente, el operador entrante no podría prestar servicios, pero al brindar el acceso, el operador incumbente pierde la posibilidad de atender al mercado minorista que atendería el operador entrante."*

Sobre esto señala que de acuerdo con la OECD, la definición del precio por el servicio de acceso se debe definir en función de si los servicios ofrecidos en el mercado minorista por parte del operador incumbente y el operador entrante son complementarios, independientes o sustitutos.

En este punto retoma la idea según la cual el CSFB es prueba de que **AVANTEL** no va a desplegar su red para voz y SMS, en relación con lo cual trae a colación la tesis según la cual lo que pretende imponer la CRC a **COMCEL** a favor de **AVANTEL**, es un usufructo perpetuo, para que goce de su infraestructura ilimitadamente, lo que va en contra de la naturaleza misma de este derecho y de lo que la Ley establece y que por lo mismo la obligación de **COMCEL** de proveer el RAN a **AVANTEL** no puede ser irredimible, pues existe un principio fundamental del derecho que encarna el derecho a la extinción de las obligaciones, no solo por motivos de orden público económico, sino también como garantía de la libertad de las personas.

En relación con la temporalidad señala que para que se cumpla con la finalidad del RAN de voz y SMS, éste debería estar sujeto a un cronograma que permita establecer que **AVANTEL** efectivamente sí va construir y desarrollar su propia red de origen para estos servicios, tal y como está previsto para la red de 4G.

• **Respecto de la cobertura simbólica**

Sobre este punto menciona que la CRC, en la resolución que se recurre, señaló que el Roaming Automático Nacional debe otorgarse en aquellas áreas geográficas donde el solicitante no cuente con cobertura propia y que eso denota que el artículo 4 de la Resolución 4112 de 2013, no circunscribe el alcance y, por ende, el cumplimiento de la obligación, a conceptos de carácter legal como el de localidades, municipios o departamentos, y por lo tanto, **AVANTEL**

7 cu

puede requerir a **COMCEL** cobertura de dicha instalación esencial en todo el territorio nacional, o bien puede solicitar coberturas parciales en áreas donde ya tiene cierta cobertura.

Sobre esto señala que esta afirmación no tiene lógica y va en contravía de la regulación, de las finalidades del RAN y de los principios de la Ley 1341 de 2009, ya que **AVANTEL** podría cumplir con su obligación de despliegue de red en una municipalidad con una sola antena que alcanza para la cobertura de una pequeña porción geográfica de la misma, y quedarse permanentemente con la provisión del RAN para el resto del municipio, puesto que ya habría cumplido en teoría con su obligación de cobertura. Así, argumenta que cuando a **AVANTEL** le imponen una obligación de cobertura en la resolución de asignación de espectro 4G para 57 cabeceras municipales, esta obligación debe cumplirse para la totalidad de la cabecera, porque sí no se volvería a la conducta parasitaria que debe evitarse.

3.2.5.2. Consideraciones de la CRC

En relación con los argumentos que señalan que el sentido de la decisión no desarrolla los objetivos de la Ley 1341, es de indicar que el acto administrativo de carácter particular objeto de recurso, lo que hace es aplicar e instrumentalizar en un caso concreto, las reglas regulatorias generales establecidas en la Resolución CRC 4112 de 2013. En ese sentido, en la presente resolución se ha hecho referencia no solo a los principios legales, sino a los postulados de orden constitucional que inspiraron esta última resolución, que constituye el marco regulatorio de referencia sobre la cual fue adoptada la decisión que es recurrida.

En efecto, en la presente resolución se presenta una revisión de los objetivos perseguidos con la regulación de RAN, y su relación con el principio orientador recogido en el numeral 3º del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009 sobre el uso eficiente de la infraestructura. Conforme a lo expuesto previamente, se evidencia cómo la obligación de los proveedores de permitir el acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional constituye una forma de eliminar las altas barreras de entrada al mercado y promover la competencia para que los usuarios cuenten con una oferta de servicios más variada, lo cual, contrario a lo indicado por el recurrente es coincidente con los principios que emanan de la Ley 1341. Por lo anterior, a efectos dar respuesta a esta parte del cargo se remite a lo indicado en el apartado antes referido, bajo el entendido que por las razones expuestas previamente en el presente acto administrativo, el mismo no tiene vocación de prosperar.

De otra parte, en los argumentos que siguen a continuación el recurrente insiste en atacar de nuevo aspectos contenidos en la regulación general en relación con el alcance de los servicios, la existencia y cobertura de la red de origen, y el carácter sustancial de la prestación, con base en la cual se solucionó la controversia sobre la cual recae el acto administrativo impugnado, cuestión que no es pertinente abordar en sede de reposición de la resolución de carácter particular y concreto en curso, la cual de ninguna manera podía resolver la controversia con abstracción o en contravía de lo previsto en las disposiciones contenidas en la regulación general contenida en la Resolución CRC 4112 de 2013, y es por esta razón por la cual el cargo será rechazado.

Sin perjuicio de lo anterior, en relación con los argumentos relacionados con los servicios para los cuales se puede solicitar la instalación esencial de RAN y sobre que la solicitud sólo procede respecto de uno o más servicios, pero no respecto de los tres servicios, en el presente acto administrativo se indicó que el derecho a acceder a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional se predicaba de los servicios de datos, voz y SMS, siendo solo oponible como excepción que **AVANTEL** ya contara con cobertura en esa área geográfica y que tuviera capacidad de prestar los servicios de datos, voz y SMS a sus usuarios, conforme se desarrolla en el numeral 3.2.1.2.1, consideraciones a las cuales se acoge esta Comisión para rechazar esta parte del cargo por corresponder a los mismos argumentos planteados por el recurrente.

En cuanto a la incompatibilidad que alega **COMCEL** referida a la red de servicios de acceso troncalizado, trunking de **AVANTEL**, respecto de la red GSM de las redes móviles de **COMCEL**, y que por ende no se cumple con la condición regulatoria, así como de los reparos según el cual **AVANTEL** tampoco piensa construirla como se desprende del esquema de RAN solicitado (CSFB), se reitera lo indicado en el apartado 3.2.2.2 en el sentido de indicar que en el expediente de la actuación administrativa consta que **AVANTEL** adquirió al proveedor de equipamientos NSN y actualmente despliega una red LTE, para la prestación de servicios 4G

compatible con las redes móviles de **COMCEL**, razón por la cual y conforme a lo ya indicado en apartado antes referido, este cargo no tiene posibilidad de prosperar.

Finalmente, en cuanto al argumento según el cual la prestación de servicios de voz debe ser sustancial y no puede tornarse en una comercialización y que con las medidas lo que la CRC está haciendo es asimilar a **AVANTEL** con los operadores móviles virtuales, es de indicar que este idéntico cargo fue contestado en el apartado 3.2.2.2, y por lo tanto debe reiterarse que la decisión de suministro de la instalación esencial de RAN en este caso no es homologable a una operación de móvil virtual o reventa, caracterizada típicamente por la ausencia de espectro radioeléctrico asignado y una infraestructura de la correspondiente red, que no es el caso de **AVANTEL**, que cuenta con asignación de espectro y con elementos de red que pueden ser objeto de interconexión para RAN conforme ya fue expuesto previamente. Por lo anterior el cargo no está llamado a prosperar.

En lo que respecta al argumento según el cual la decisión constituye un usufructo irredimible, es de indicar que la figura a la que hace referencia **COMCEL** es impertinente, pues tal figura no es de aplicación en materia de acceso e interconexión, que jurídicamente implica un negocio jurídico distinto, que surge en virtud del acceso a la red afecta a la prestación de un servicio público en los términos del artículo 10 de la Ley 1341 que deben gozar de continuidad, razón por la cual no es de recibo el presente cargo.

En lo que respecta al cargo denominado cobertura simbólica, es de indicar que el sustrato de dicho cargo, resulta siendo idéntico al abordado para dar respuesta en el apartado 3.2.1.2.3, en el que el que la red de origen haya llegado parcialmente a un municipio, no significa *per se*, que presenta cobertura en la totalidad de él y que en consecuencia cese la obligación de Roaming Automático Nacional en dicho municipio, pues de lo contrario, se afectarían las condiciones de continuidad en las que el proveedor de la red de origen debe prestar los servicios, y de contera a los usuarios de los servicios de comunicaciones, quienes solo podrían disfrutar de los servicios de comunicaciones de manera segmentada y sin continuidad.

Finalmente en lo que respecta, al argumento sobre que la regulación no impone a **AVANTEL** la obligación de desplegar su propia red en un plazo de tiempo definido, es de indicar que este proveedor en todo caso se encuentra sometido a lo dispuesto por los permisos de espectro, los cuales que aparejan obligaciones específicas de cobertura, que corresponden a actos del Ministerio de TIC, a efectos de lo cual como ya se dijo el cumplimiento de estas obligaciones se encuentran sujetas a lo que disponga la normatividad vigente en la medida en que las decisiones regulatorias deben estar orientadas a la consecución de los principios establecidos en la Ley 1341 de 2009, de los cuales se destacan el uso eficiente de las redes y, nuevamente se reitera, la promoción de la inversión.

Por lo expuesto el cargo presentado carece de fundamentos y no procede.

3.2.6. ARGUMENTOS RELACIONADOS CON ASPECTOS PROCESALES

3.2.6.1. Consideraciones del recurrente

En este aparte del recurso de reposición **COMCEL** hace referencia a los siguientes asuntos:

- **No se valoraron todas las pruebas**

En el sexto apartado **COMCEL** señala que en los antecedentes de la Resolución 4419 de 2014 aparece una única mención al documento de lineamientos de la Federal Communications Commission, -según lo reprocha- a través de un párrafo que considera incoherente y que no obstante, en la parte considerativa la CRC no se pronuncia sobre el documento en cuestión, ni aborda los puntos planteados por **COMCEL** con base en este documento. En relación con esto, indica que de conformidad con lo indicado en el artículo 42 del CPACA, resulta ajustado a derecho que la CRC valore las pruebas que obran en el expediente para poder proferir su decisión, ya que en la resolución que se recurre no se da cuenta de la valoración que se le dio al documento de la FCC aportado por **COMCEL**, lo que constituye una violación al debido proceso.

- **La solicitud de Roaming Automático Nacional por parte de AVANTEL estuvo incompleta**

Sobre este particular señala que la solicitud de **AVANTEL** no estuvo completa el 21 de agosto de 2013 como lo afirma la CRC y como lo exige la regulación, pues señala que en las actas de las reuniones de negociación directa entre **AVANTEL** y **COMCEL**, consta que, sin contar el detalle de los equipos terminales, **AVANTEL** tan sólo completó la información de proyecciones de tráfico que le exige la regulación hasta el 27 de septiembre de 2013, razón por la cual en opinión del recurrente, **AVANTEL** no cumplió con los requisitos de forma y procedibilidad del trámite de la Ley 1341 de 2009, dentro de los cuales se encuentra "...la acreditación de la presentación de la solicitud de acceso y uso al instalación de RAN, con el lleno de los requisitos exigidos en la resolución 4112 de 2013 (...)", dentro de los cuales está la información de las proyecciones de tráfico.

3.2.6.2. Consideraciones de la CRC

En relación con el tema de la ausencia de valoración probatoria del documento contentivo de las recomendaciones de la Federal Communications Commission referenciado en el cargo, en primer lugar, es pertinente aclarar que la no expresa mención sobre una prueba legalmente aportada en el texto de la resolución recurrida, no implica necesariamente la no valoración o no consideración de la misma en el fondo de la decisión. Ciertamente, la resolución acusada abordó de manera íntegra cada uno de los puntos propuestos por **COMCEL** a lo largo del procedimiento y con sus respectivos fundamentos. Así las cosas, **COMCEL** parte del errado convencimiento de que en la decisión que se impugna, esta Comisión deliberadamente no analizó el documento donde obran unas recomendaciones de la Federal Communications Commission sobre temas puntuales del Roaming Automático Nacional en temas de carácter general de la medida vigente para el contexto al cual hace referencia el mentado documento.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el documento aportado pretendía, del mismo modo que en el contexto que le dio origen, cuestionar la forma en que la regulación general en materia de Roaming Automático Nacional, Resolución CRC 4112 de 2013, había abordado y establecido las condiciones básicas de acceso y uso, frente a lo cual se reitera una vez más, escapa del alcance de la decisión plasmada en la Resolución CRC 4419 de 2014.

En efecto, la Resolución acusada en su categoría de acto administrativo de carácter particular se limitó a la aplicación de las normas generales y de mayor jerarquía. Es decir que, esta Comisión en el acto que se acusa, realizó un ejercicio interpretativo conforme a los preceptos constitucionales para la aplicación de las disposiciones de la Resolución CRC 4112 de 2013, sin que le fuese dado derogar o controvertir las medidas establecidas.

En ese sentido, frente al reproche de **COMCEL** que apunta a la no mención textual de la prueba en la parte considerativa de la decisión, debe recordarse que la no manifestación sobre cada uno de los documentos no es en sí un desconocimiento de su existencia en el expediente, y que de haber considerado la importancia y peso en la decisión sobre la definición de las condiciones de acceso y uso para la instalación esencial de Roaming Automático Nacional en el caso particular con **AVANTEL**, conforme a las reglas de la sana crítica habría ocupado un lugar expreso en el debate *textual* de la decisión, cosa que no ocurre, por cuanto como se reconoce claramente que el documento presentado se refiere al debate sobre la pertinencia de una norma de carácter general, cosa que no es pertinente en sede de solución de conflictos (ni en primera ni en segunda instancia).

De modo que la mención que el recurrente califica como *incoherente* no implica que se haya desconocido el contenido del documento, pues precisamente por ello, se logró establecer que se trataba de una prueba que fue aportada oportunamente. Sin embargo, el valor probatorio como elemento de juicio para resolver el caso en particular es a consideración de esta Comisión irrelevante³⁴ sobre los temas que puntualmente debían resolver en el procedimiento de solución de conflictos.

³⁴ *Inutileest probare quod probatum non relevant y frustra probatum non relevant.* La pertinencia demuestra la relación directa entre el hecho alegado y la prueba solicitada. Bien puede ocurrir que una prueba sea conducente para demostrar un hecho determinado, pero que, sin embargo, no guarde ninguna relación con el "tema probatorio". Véase, TIRADO Hernández Jorge. *Curso de pruebas judiciales parte general*. Ediciones doctrina y Ley 2006. Tomo I, Página 246.

Es así como en su *sana crítica*³⁵ esta Comisión consideró en la adopción de la decisión recurrida que entrar en un debate jurídico, y de contera, probatorio, habría sido contrario a derecho al no corresponder con el alcance de la decisión, pues haberlo hecho, era cuestionar con un acto particular uno de contenido general.

Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior debe anotarse también que la objeción presentada por **COMCEL**, no se vio acompañada de explicaciones adicionales de fondo que permita justificar cómo la valoración de la prueba aportada habría tenido trascendencia en la decisión, teniendo en cuenta el alcance de la misma, sino que el recurrente optó por limitarse únicamente a señalar que la mención de este documento era incoherente.

Ahora, en lo que respecta al cargo que señala que la solicitud de RAN por parte de **AVANTEL** estuvo incompleta en lo referente a las proyecciones de tráfico, de la documentación que obra en el expediente 3000-4-2-452 a folios 50 y 51, se evidencia que este proveedor sí incluyó las proyecciones del tráfico para voz, SMS y tráfico de datos en el documento "**ANEXO 1 ASPECTOS TÉCNICOS Y FINANCIEROS DE LA SOLICITUD DE ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL**" presentado junto con la solicitud puesta a consideración de **COMCEL** el 21 de agosto de 2013. Teniendo en cuenta esta evidencia, es de indicar que este cargo no puede despacharse favorablemente para el recurrente.

Por las razones expuestas el cargo no está llamado a prosperar

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- Admitir los recursos de reposición interpuestos por **AVANTEL S.A.S.** y **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.**, contra la Resolución CRC 4419 del 21 de febrero de 2014.

ARTÍCULO SEGUNDO. Modificar la resolución recurrida en el sentido de indicar que la implementación de la funcionalidad "Circuit Switched Fallback -CSFB-" requerida para el adecuado funcionamiento del Roaming Automático Nacional entre **AVANTEL S.A.S.** y **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.**, deberá realizarse utilizando una conexión directa, mediante la interfaz SGs, del Mobility Management Entity-MME de **AVANTEL S.A.S.**, contra dos Mobile Switching Centre Server-MSS de **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.** que cuenten con la funcionalidad CSFB. La cantidad de Mobile Switching Centre Server-MSS de **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.** que cuenten con la funcionalidad CSFB deberá ser revisada en el seno del Comité Mixto de Interconexión -CMI-, de modo que se introduzcan los ajustes necesarios en la provisión del Roaming Automático Nacional con el fin de garantizar que los servicios se presten con adecuados niveles de calidad

ARTÍCULO TERCERO. Modificar el parágrafo 1 del artículo primero de la Resolución CRC 4419 de 2014, el cual quedará de la siguiente manera:

PARÁGRAFO 1. *El día hábil siguiente a la fecha de ejecutoria del presente acto administrativo las partes deberán reunirse para definir el cronograma de implementación del Roaming Automático Nacional en las condiciones a las que se ha hecho referencia en la presente resolución. Dicho cronograma en ningún caso podrá contemplar un periodo superior a un (1) mes contado a partir del momento en el cual se encuentre instalada la interfaz SGs, sin que en total el cronograma exceda de dos (2) meses.*

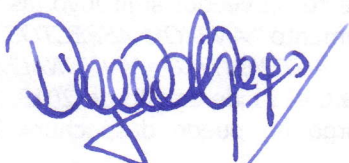
³⁵ Véase, TARUFFO, Micheal, *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Marcial Pons, 2008, Barcelona, Página. 132

ARTÍCULO CUARTO. Negar las demás pretensiones de **AVANTEL S.A.S.** y **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.** por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución y, en consecuencia, confirmar en sus demás partes la resolución recurrida.

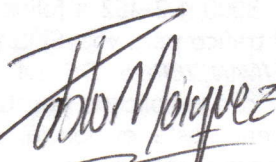
ARTÍCULO QUINTO. Notificar personalmente la presente resolución a los representantes legales de **AVANTEL S.A.S.** y **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.**, o a quienes hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiéndoles que contra la misma no procede recurso alguno.

Dada en Bogotá D.C., a los **22 MAY 2014**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO MOLANO VEGA
Presidente



CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR
Director Ejecutivo

Expediente Administrativo 3000-4-2-452

S.C. 13/05/2014 Acta 299

C.C. 06/05/2014 Acta 922

Revisó: Zoila Vargas Mesa
Proyectó: David Agudelo Barrios, Juan Carlos Jiménez, Carlos Humberto Ruiz, Lina María Duque del Vecchio

C.R.C. COORDINACIÓN EJECUTIVA
REPUBLICA DE COLOMBIA
COMISIÓN DE REGULACIÓN
DE COMUNICACIONES

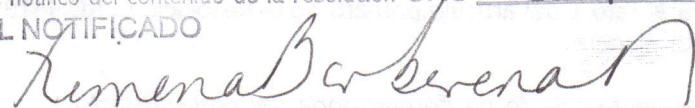
Bogotá, D.C., en la fecha 22 mayo 14 9:47am se

presentó personalmente el (la) doctor (a) Ximena.

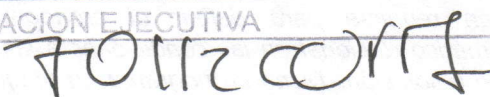
Barberena Nisimbat Identificado (a) con cédula de
ciudadanía No. 51.768.284 y Tarjeta Profesional

Reg legal Avntel, quien en su calidad de

se notificó del contenido de la resolución CRC 4508/14
EL NOTIFICADO



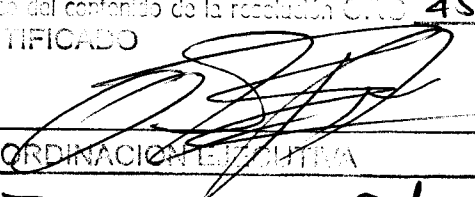
LA COORDINACIÓN EJECUTIVA



Resolución

4508

22 MAY 2014

C.R.C. REPÚBLICA DE COLOMBIA COMISIÓN DE REGISTRO DE COMUNICACIONES	COORDINACIÓN EJECUTIVA
Bogotá, D.C., en la fecha <u>23 mayo / 14</u> <u>8:36 a.m.</u> se	
presentó personalmente el () doctor () <u>Oscar Fernando</u>	
<u>Arce Gutierrez</u> Identificado () con cédula de	
ciudadanía No. <u>7.725.224</u> y Tarjeta Profesional	
<u>15478</u> , quien en su calidad de <u>Apoderado</u>	
se notificó del contenido de la resolución C.R.C. <u>4508/14</u> .	
EL NOTIFICADO	
	
LA COORDINACIÓN EJECUTIVA	

70112CORTA.