

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. DE 2016

4993

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** contra la Resolución 4909 de 2016"

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, y especialmente las que le confieren los numerales 3,9 y 10 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, y

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante la Resolución CRC 4909 del 11 de abril de 2016, esta Comisión resolvió el conflicto surgido entre **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** (en adelante **COMCEL**), y **AVANTEL S.A.S.** (en adelante **AVANTEL**) relacionado con la provisión por parte de **COMCEL** de la instalación esencial de *Roaming Automático Nacional* (en adelante RAN) para el servicio de Datos a **AVANTEL**.

Mediante notificación por aviso se le dio a conocer el contenido de la Resolución CRC 4909 de 2016 a **COMCEL**, el cual fue fijado el 21 de abril de 2016, y de igual forma se le dio a conocer el contenido de la misma Resolución a **AVANTEL**, el cual fue fijado el 20 de abril de 2016.

Dentro del término previsto para tales efectos, **COMCEL** interpuso recurso de reposición contra la Resolución CRC 4909 de 2016, según comunicación con radicado interno 201631557 del 10 de mayo de 2016¹.

Por su parte, **AVANTEL** presentó observaciones frente al recurso de reposición interpuesto por **COMCEL**, según comunicación con radicado interno 201632006 del 3 de junio de 2016².

Teniendo en cuenta que el recurso de reposición interpuesto por **COMCEL** cumple con lo dispuesto en los artículos 76³ y 77⁴ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

¹ Expediente administrativo 3000-4-2-503. Folios 60-84.

² Expediente administrativo 3000-4-2-503. Folios 89-116.

³ **Artículo 76. Oportunidad y presentación.** Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.

⁴ **Artículo 77. Requisitos.** Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos. Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

Administrativo (en adelante CPACA), el mismo deberá admitirse y se procederá con su respectivo estudio, siguiendo para el efecto el mismo orden propuesto por los recurrentes.

Finalmente, 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 COMCEL

COMCEL solicita como petición principal a la CRC que revoque la decisión proferida en la Resolución CRC 4909 de 2016 y, en su lugar, proceda a revisar y pronunciarse de fondo sobre todos y cada uno de los temas expuestos por **COMCEL** en su solicitud de solución de controversias.

Como petición secundaria, **COMCEL** solicita que revoque lo establecido en el artículo segundo de la Resolución CRC 4909 de 2016 y, en su lugar, proceda a indicar que **COMCEL** no se encuentra obligado a prestar a **AVANTEL** Roaming Automático Nacional para el servicio de datos como instalación esencial en las zonas geográficas en las cuales **AVANTEL** ya cuenta o debiera contar con cobertura propia; zonas en las que considera las condiciones de prestación del servicio de datos deben ser producto de acuerdo entre las partes por contar **AVANTEL** con cobertura propia para soportar dicho servicio.

Para efectos de revisar los argumentos expuestos por **COMCEL**, se procede a su resumen bajo el mismo orden presentado:

2.1. RESPECTO DEL NUMERAL "4.1. EL ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN RAN EN CUANTO A COBERTURA, TEMPORALIDAD Y LAS OBLIGACIONES DE DESPLIEGUE DE RED DE AVANTEL COMO ASIGNATARIO DE ESPECTRO 4G"

2.1.1. Consideraciones del recurrente

COMCEL presenta su cargo citando la Resolución 4112 de 2013 y la Resolución 4419 de 2014, para efectos de concluir que "*según la Comisión no hay lugar al otorgamiento de RAN cuando se cumplen los siguientes dos (2) requisitos: 1. Que el Proveedor de la Red de Origen (PRO) se encuentre en capacidad de prestar con su propia red los servicios a sus usuarios; y 2. Que el Proveedor de la Red de Origen (PRO) cuente con cobertura en el área geográfica concurrente.*"

Así las cosas, y frente al requisito de que un PRO se encuentre en capacidad de prestar directamente los servicios a sus usuarios, **COMCEL** solicita que se ratifique lo manifestado en la Resolución 4419 de 2014, en el sentido de que, si el PRO en determinada área cuenta con cobertura de datos, pero no está en capacidad de soportar los servicios de voz y SMS, aquél tiene derecho regulatorio a acceder a la instalación esencial para estos últimos. Por lo que el acceso al RAN para el servicio de datos donde cuenta con cobertura, debe ser producto de acuerdo entre las partes, pues ha dejado de ser instalación esencial.

Por su parte, y respecto del requisito de contar con cobertura concurrente, manifiesta que se está modificando lo resuelto en las Resoluciones 4419 y 4508 de 2014, al determinar en la resolución aquí recurrida, que **COMCEL** debe seguir prestando el servicio de RAN de datos en cada uno de los municipios en los cuales **AVANTEL** ya cuenta con cobertura y no en la zona geográfica del municipio en la cual **AVANTEL** no cubrió el municipio. Por lo cual, **COMCEL** considera que la CRC "*olvida totalmente el concepto de zona geográfica que esa misma entidad creó mediante resoluciones particulares 4419 y 4508 de 2014, teniendo en cuenta que la Resolución General 4112 de 2013 nunca estableció un concepto de zona geográfica.*"

1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido. 2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad. 3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer. 4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.

Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados. Si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar la calidad de abogado en ejercicio, y prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de dos (2) meses.

Si no hay ratificación se hará efectiva la caución y se archivará el expediente.

Para el trámite del recurso el recurrente no está en la obligación de pagar la suma que el acto recurrido le exija. Con todo, podrá pagar lo que reconoce deber."

Adicionalmente, **COMCEL** le pregunta a esta Comisión "¿Cómo concluye (...) en la Resolución 4909 que AVANTEL haya llegado parcialmente a los municipios que estaba obligado a cubrir de acuerdo con la Resolución MinTic 419 y 2627 de 2013? Si dentro del trámite de la actuación administrativa no existe prueba que indique que AVANTEL cubrió parcialmente las cabeceras. Para COMCEL esta afirmación de la CRC carece de sustento probatorio y en ese sentido se puede estar en presencia de una eventual nulidad del acto administrativo."

En tal orden de ideas, **COMCEL** considera como preocupante que la CRC en la resolución aquí recurrida "delimite el alcance de la obligación de cobertura de Avantel, estableciendo que bastaría con contar con una presencia parcial en las cabeceras de obligatoria cobertura, desconociendo el alcance que tiene dicha obligación en los actos que dan lugar a la misma, y generando un incentivo perverso a la desinversión en infraestructura, promoviendo a la vez las conductas parasitarias que fueron alertadas por la Superintendencia de Industria y Comercio al analizar el proyecto regulatorio para fijar las condiciones generales de Roaming Automático Nacional publicado por la CRC en el 2011."

Para lo anterior **COMCEL** requiere que, en los términos del numeral 3 del artículo 77 del CPACA, se oficie al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para que determine "el alcance de la obligación de cobertura impuesta a Avantel y el grado de cumplimiento de la misma en cumplimiento a lo establecido en las Resoluciones MINTIC 449 y 2627 de 2011."

Finalmente, el recurrente considera que la CRC desconoce el principio de promoción a la inversión establecido en la Ley 1341 de 2009 y la recomendación de la OCDE frente a la regulación del RAN, contenida en el Estudio sobre Políticas y Regulación de Telecomunicaciones en Colombia.

2.1.2. Consideraciones de la CRC

En primer lugar, como se mencionó en el numeral precedente, **COMCEL** solicitó que esta Comisión oficiara al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para que, mediante prueba documental decretada, se determinara el alcance de la obligación de cobertura a cargo de **AVANTEL** y el grado de cumplimiento de la misma. Al respecto, esta Comisión debe recordar que **COMCEL** en su misma solicitud de solución de controversias requirió a esta Comisión para que "oficie a la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones para que **certifique a la fecha la cobertura en 4G de AVANTEL**"⁵, prueba que fue rechazada conforme lo dispuesto en el artículo primero de la resolución aquí recurrida⁶, por cuanto la misma resultaba ser "inútil en atención a que la misma pretende corroborar hechos ya probados por COMCEL a través de la comunicación que el día 17 de febrero de 2016 aportó a esta Comisión como prueba relacionado con el oficio proferido por Vigilancia y Control del MINTIC con número 888734 del 26 de enero de 2016."⁷

En esta oportunidad **COMCEL** solicita que se oficie al Ministerio de TIC, no para que certifique la cobertura en 4G que a la fecha ostenta **AVANTEL** conforme a las obligaciones que recaen sobre éste como asignatario de espectro 4G, de conformidad con las Resoluciones MINTIC 449 y 2627 de 2013, sino para que "determine el alcance de la obligación de cobertura impuesta a AVANTEL y el grado de cumplimiento de la misma en cumplimiento a lo establecido en las Resoluciones MINTIC 449 y 2627 de 2011".

En relación con la procedencia de la referida prueba solicitada, esta Comisión considera indispensable partir de lo dispuesto en el artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), 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:

⁵ Expediente administrativo 3000-4-2-503. Folio 22.

⁶ Resolución CRC 4909 del 11 de abril de 2016. P. 10.

⁷ Resolución CRC 4909 del 11 de abril de 2016. P. 10.

*"[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."*⁸

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 art. 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 la solicitud y argumentos elevados por el recurrente, esta Comisión determinará la procedencia del decreto de la prueba documental solicitada frente a lo dispuesto en el artículo 179 del Código General del Proceso (CGP), a fin de determinar la conducencia⁹, pertinencia¹⁰, utilidad¹¹ y necesidad de la prueba¹².

Para tal propósito, se recuerda que **COMCEL** sustenta su solicitud al afirmar que la misma prueba documental pretende *"determinar el alcance de la obligación de cobertura impuesta a AVANTEL y el grado de cumplimiento de la misma en cumplimiento a lo establecido en las Resoluciones MINTIC 449 y 2627 de 2011"*, la cual se enmarca dentro de su misma petición principal y secundaria de deshabilitar la facilidad de RAN para datos en aquellas cabeceras en las que **AVANTEL** tiene o debiera tener cobertura 4G propia.

Así las cosas, esta Comisión observa que el alcance de la solicitud del medio probatorio referido resulta ser inconducente, en atención a que el mismo no resulta ser una prueba adecuada para demostrar la cobertura de RAN para el servicio de datos y la efectiva disponibilidad de prestación directa de tal servicio por parte de **AVANTEL**. Lo anterior al observar que dicha certificación solamente está destinada a incluir información relativa al estado del cumplimiento de las obligaciones de despliegue de red que **AVANTEL** tiene como asignatario de espectro 4G conforme a la Resolución MINTIC 449 del 11 de marzo de 2013 y la Resolución MINTIC 2627 del 26 de julio de 2013, las cuales no pueden ser asimiladas al alcance de la obligación de RAN en cuanto a cobertura se refiere; concepto que fue explicado tanto en las Resoluciones CRC 4419 y 4508 de 2014, como en la resolución aquí recurrida.

En suma, el decreto de la prueba documental solicitada por **COMCEL** resulta inconducente al entender que aquél proveedor pretende demostrar con tal certificación el hecho por el cual fenece el derecho regulatorio que **AVANTEL** tiene de acceder a la instalación esencial de RAN para prestar el servicio de datos cuando aquél proveedor cuenta con cobertura propia para prestarlo de manera directa, pudiendo tal medio de prueba solamente demostrar el cumplimiento del despliegue de red de **AVANTEL** de acuerdo con sus obligaciones como asignatario de 4G –situación última que ya se encuentra probada en el expediente administrativo de la referencia¹³-, más no el hecho de contar con capacidad de prestar el referido servicio con su propia red y de manera directa en las cabeceras

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia 1319, mayo 29 de 2003. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁹ La conducencia hace referencia a que *"el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho"* Azula Camacho, Jaime, Manual de Derecho Procesal. Tomo IV. Pruebas Judiciales, Editorial Temis, Bogotá D.C., 2003, página 63.

¹⁰ La pertinencia, por su parte, *"consiste en que el hecho a demostrar tenga relación con los que configuran la controversia"*, siendo impertinente por tanto aquella prueba que pretende demostrar un hecho ajeno a la disputa existente y actual entre las partes. Ibidem.

¹¹ 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"*, 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. Ibidem.

¹² La necesidad de la prueba se entiende como *"lo que requiere de prueba en un proceso determinado, cualquiera sea el campo al cual pertenezca, por constituir los presupuestos fácticos de las pretensiones o excepciones"*. Azula Camacho, Jaime, Manual de Derecho Procesal. Tomo IV. Pruebas Judiciales, Editorial Temis, Bogotá D.C., 2003, página 31.

¹³ Resolución CRC 4909 del 11 de abril de 2016. Pg. 10.

municipales en las que ha desplegado red o puntos de acceso 4G, tal como lo dispone las Resoluciones CRC 4419 y 4508 de 2014.

Por lo que para los propósitos del asunto que enmarca la controversia que nos convoca, y salvaguardando el principio de economía procesal que rige toda actuación administrativa¹⁴, en el marco del artículo 80 del CPACA, se procederá a rechazar de plano el decreto de la prueba documental solicitada por **COMCEL** conforme a lo dispuesto en el artículo 168 del CGP, en la medida en que la prueba solicitada resulta ser inconducente, en atención a que dicha prueba no resulta ser adecuada para demostrar la cobertura de RAN para el servicio de datos y la efectiva disponibilidad de prestación directa de tal servicio por parte de **AVANTEL**.

En segundo lugar, y dado que **COMCEL** sustenta el cargo bajo estudio en la teoría de los actos propios de la administración, esta Comisión considera necesario en esta oportunidad mencionar el alcance y desarrollo que la jurisprudencia le ha dado a la teoría de los actos propios, la cual parte del principio de la confianza legítima, explicado en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional¹⁵, y que tiene fundamento en el principio de buena fe estipulado en el artículo 83 de la Constitución. Así, la Corte ha explicado los elementos que se deben presentar para que pueda configurarse la confianza legítima:

"El principio de confianza legítima, particularmente, se basa en tres presupuestos: (i) la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; (ii) una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; y (iii) la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad"¹⁶.

De esta forma, el principio de buena fe, en su dimensión de confianza legítima, compele a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, y para efectos del estudio del presente cargo, esta Comisión considera pertinente recordar: (i) cual fue la unidad de criterio que utilizó en las Resoluciones CRC 4419 y 4508 de 2014 al determinar el alcance del concepto de cobertura; y (ii) cual es el asunto en controversia que plantea con su solicitud **COMCEL**. Lo anterior para efectos de determinar si esta Comisión, tal como lo asevera el recurrente en el presente cargo, se encuentra yendo en contra de sus propios actos en la materia o, por el contrario, se encuentra honrando el principio de buena fe, igualdad y confianza legítima a través de la resolución aquí recurrida.

Respecto del primer punto, esta Comisión recuerda que desde la misma Resolución CRC 4419 de 2014 fue clara al sostener, por un lado, que *"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 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**"¹⁷; y por el otro, "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, indicando que el Roaming Automático Nacional*

¹⁴ Ver, numeral 12 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011: "En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas".

¹⁵ "La confianza legítima ha de entenderse como la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en el pasado, no sea tratada de modo extremadamente desigual en otro periodo, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime su variación. En este sentido, esta Corporación ha sostenido que el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración. Como elemento incorporado al de buena fe, la confianza legítima puede proyectarse en el hecho de que se espere la perpetuación de específicas condiciones regulativas de una situación, o la posibilidad de que no se apliquen exigencias más gravosas de las ya requeridas para la realización de un fin, salvo que existan razones constitucionalmente válidas para ello". Corte Constitucional, sentencia T-308 del 2011, C-131 de 2004, entre otras.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-807 de 2003, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁷ Resolución CRC 4419 del 21 de febrero de 2014.

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 de COMCEL cobertura de dicha instalación esencial en todo el territorio nacional, o bien puede solicitar coberturas parciales en áreas donde ya tiene cierta cobertura."¹⁸

En el mismo sentido, la Resolución CRC 4508 del 2014 sostuvo que, en los eventos en los que **AVANTEL "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"**¹⁹ (V.gr. Resolución CRC 4419 del 2014). Asimismo, no solamente fue clara en reiterar que el hecho 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 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"**²⁰; sino también en precisar que **"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."**²¹

Así las cosas, se puede observar con suficiente claridad que esta Comisión, apegado a sus propios actos, de manera reiterada determinó en las Resoluciones CRC 4419 y 4508 de 2014 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; lo cual redundo en entender, contrario a lo que sostiene el recurrente, que **"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."**²²

Teniendo en cuenta la unidad de criterio que en la materia esta Comisión ha consistentemente reiterado en el marco del principio de la buena fe, la igualdad y la confianza legítima respecto del alcance del concepto de cobertura en la materia, debe ahora recordarse cuál es el asunto en controversia que plantea **COMCEL** con su solicitud de solución de controversias, el cual reitera con su recurso bajo estudio.

Al punto, se observa que **COMCEL** en su solicitud de controversias que dio origen a la Resolución CRC 4909 de 2016 solicitó a esta Comisión que **"proceda a solucionar la controversia existente entre AVANTEL y COMCEL; en el sentido de indicar que COMCEL no debe prestar a AVANTEL la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para el servicio de datos en las cabeceras municipales en las cuales AVANTEL ya cuente con cobertura propia"**²³. Solicitud que, en los términos del mismo **COMCEL**, se traduce en que **"[L]a oferta final de COMCEL consiste en proveer a AVANTEL la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para el servicio de datos en las cabecera municipales en las cuales ese proveedor no cuenta con cobertura propia, y deshabilitar esta facilidad en aquellas cabeceras en las cuales AVANTEL tiene o debería tener cobertura 4G propia (...)"**²⁴.

Entendiendo el alcance tanto de la solicitud como de la oferta final presentada por **COMCEL** en el presente caso, debe recordarse que esta Comisión, guardando congruencia entre lo solicitado y lo decidido por el recurrente, enmarcó el conflicto en concreto en la determinación de si **"AVANTEL al contar con despliegue de red en ciertas cabeceras municipales en cumplimiento de la obligación de**

¹⁸ Resolución CRC 4419 del 21 de febrero de 2014. Pg.18. (NFT)

¹⁹ Resolución CRC 4508 del 22 de mayo de 2014. Pg. 3-4.

²⁰ Resolución CRC 4508 del 22 de mayo de 2014. Pg. 5.

²¹ Resolución CRC 4508 del 22 de mayo de 2014. Pg. 21.

²² Resolución CRC 4508 del 22 de mayo de 2014. Pg. 21.

²³ Expediente Administrativo No. 3000-4-2-503. Folio 22. (NFT)

²⁴ Expediente Administrativo No. 3000-4-2-503. Folio 21 a 22. (NFT)

*despliegue de red que tiene conforme la Resolución MINTIC 449 del 11 de marzo de 2013 y la Resolución MINTIC 2627 del 26 de julio de 2013, conserva o no el derecho regulatorio de utilizar la instalación esencial de Roaming Automático Nacional proporcionada por **COMCEL** para la prestación del servicio de datos a sus usuarios en tales cabeceras".*

Precisamente por lo anterior es que en el acto administrativo recurrido, se partió de recordar la naturaleza de la instalación esencial de RAN junto con las condiciones regulatorias particulares definidas por esta Comisión para los proveedores en cuestión, para seguidamente enmarcar dicho análisis frente al alcance de la obligación RAN en cuanto a cobertura, su temporalidad y las obligaciones de despliegue de red de **AVANTEL** como asignatario de espectro 4G, y el uso de la funcionalidad Circuit Switched Fall Back -CSFB- como elemento para la prestación de los servicios ofrecidos a **AVANTEL**, todo en el marco de la unidad de criterio expuesto en las Resoluciones CRC 4419 y 4508 de 2014 recordadas anteriormente.

Dicha metodología de análisis se corrobora desde el punto de vista de la confianza legítima al recordar que **COMCEL**, en su mismo recurso, reconoce las condiciones para que **AVANTEL** (como Proveedor de la Red de Origen -PRO-) no tenga derecho a solicitar acceso a dicha instalación esencial tanto para los servicios de datos como para los servicios de Voz y SMS.²⁵

Lo anterior, demuestra que el argumento de **COMCEL** de que la CRC con la resolución aquí recurrida va en contra de sus propios actos (específicamente respecto de la Resolución 4112 de 2013 y Resolución CRC 4419 de 2014), es contraria a la verdad, máxime cuando el mismo **COMCEL**, al reconocer la regulación general y las actuaciones particulares en la materia con respecto al alcance del concepto de cobertura y de área geográfica concurrente, se encuentra avalando el alcance del análisis desarrollado por esta Comisión en el caso en concreto, el cual parte de la determinación de si **AVANTEL**, en el marco regulatorio aplicable, conserva o no el derecho regulatorio de utilizar la instalación esencial de RAN proporcionada por **COMCEL** para la prestación del servicio de datos a sus usuarios en aquellas cabeceras municipales en las que ha desplegado red conforme sus obligaciones dispuestas en la Resolución MINTIC 449 de 2013 y la Resolución MINTIC 2627 de 2013.

De esta forma, y según lo explicado desde el concepto mismo de confianza legítima en el que se sustenta la teoría de los actos propios de la administración, esta Comisión al enmarcar la solicitud de **COMCEL** dentro del referido análisis metodológico reconoce, asimismo, que *"el alcance del concepto de cobertura involucra como elemento esencial, contrario a lo argumentado por **COMCEL**, la capacidad de **AVANTEL** de prestar los servicios de voz, datos y SMS con su propia red. Asimismo, impide que su verificación se realice mediante la simple y somera asociación de comparación de los municipios en los que **AVANTEL** ya haya desplegado infraestructura de red para la prestación de servicios soportados en las frecuencias asignadas en el proceso efectuado en el año 2013, por lo que el hecho que **AVANTEL** cumpla oportunamente y eficazmente sus obligaciones de cobertura en los 58 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 permiten 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."*²⁶

Adicionalmente se tiene que el mismo análisis de cobertura para efectos de determinar la aplicación o no del derecho de RAN en el caso en concreto, tal como la misma Comisión lo explicó en la Resolución CRC 4419 del 21 de febrero de 2014, *"no puede asimilarse a una simple comparación en el que se revisen exclusivamente los municipios en los cuales el proveedor solicitante, en este caso **AVANTEL**, ya haya desplegado infraestructura de red para la prestación de servicios soportados en las frecuencias asignadas en el proceso efectuada en el año 2013. De este modo, y 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."*²⁷

Lo anterior, contrario a lo que aduce **COMCEL**, permite corroborar que esta Comisión trata las situaciones jurídicas abordadas en las Resoluciones CRC 4419 y 4508 de 2014 en la materia, de manera igual a la situación de conflicto solicitada en esta oportunidad por el recurrente, conservando

²⁵ Expediente administrativo 3000-4-2-503. Folio 61.

²⁶ Resolución CRC 4909 del 11 de abril de 2016. P. 13 y Resolución CRC 4508 del 22 de mayo de 2014. P.5

²⁷ Resolución CRC 4419 del 21 de febrero de 2014. P.18.

así una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de la regulación general en la materia; honrando así tanto el principio de la buena fe, la confianza legítima y el derecho de igualdad del administrado frente a las actuaciones adelantadas por esta Comisión en la materia.

Por lo cual, esta Comisión no encuentra razón en que **COMCEL** sostenga que, con la resolución aquí recurrida, se estaría desconociendo las Resoluciones CRC 4419 y 4508 de 2014 y, en general, que se estuviera desconociendo el alcance de la obligación de RAN respecto al alcance de sus dos condiciones, máxime cuando la CRC en la misma Resolución 4909 de 2016 recordó varias veces que, en el marco de las resoluciones 4419 y 4508 de 2014, la cobertura no correspondía solamente a llegar con presencia de red, sino que la misma también involucra la capacidad del PRO de soportar servicios.²⁸

Es precisamente por lo aquí expuesto que esta Comisión al resolver el conflicto en cuestión, en el marco de la solicitud de **COMCEL**, concluyó que el cumplimiento por parte de **AVANTEL** de las obligaciones de despliegue conforme sus obligaciones dispuestas en la Resolución MINTIC 449 de 2013 y la Resolución MINTIC 2627 de 2013, no quiere decir regulatoriamente que el mismo PRO cuenta con cobertura en la totalidad de tales municipios y, como consecuencia de ello, que conforme lo argumentado por **COMCEL**, cese la obligación de RAN a cargo de tal Proveedor de la Red Visitada -PRV-, en lo que respecta al objetivo del presente conflicto, es decir, para el servicio de datos en las áreas geográficas mencionadas.

Finalmente, y frente al argumento del recurrente de que esta Comisión a través de la Resolución CRC 4909 de 2016 se encuentra desconociendo el principio de promoción a la inversión establecido en la Ley 1341 de 2009 y la recomendación de la OCDE frente a la regulación del RAN, contenida en el Estudio sobre Políticas y Regulación de Telecomunicaciones en Colombia, debe decirse que el recurrente no puede estar más alejado de la realidad con tal afirmación. Lo anterior, al recordar que no solamente en la Resolución CRC 4508 de 2014 esta Comisión fue enfática en sostener que *"contrario a lo manifestado por el recurrente las obligaciones de cobertura tienen efectos en la referida condición (...) 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."*²⁹, sino que la misma posición fue ratificada en la resolución aquí recurrida, cuando se sostuvo que, aunque lo solicitado por **COMCEL** no guarda relación con lo previsto en la regulación general vigente respecto del alcance de la obligación de RAN, lo anterior no significa de manera alguna *"que AVANTEL deje de tener la obligación de desplegar infraestructura propia y de remunerar el RAN según las condiciones definidas en la regulación general vigente (...)"*³⁰

En consecuencia, la decisión adoptada mediante la Resolución CRC 4909 de 2016 no contraría decisiones anteriores ni vulnera principios tales como el de buena fe y seguridad en contra de sus propios actos administrativos, y mucho menos desconoce el principio de promoción a la inversión establecido en la Ley 1341 de 2009, por lo que, en consideración de las razones anteriormente expuestas, el cargo propuesto no tiene vocación de prosperar.

2.2. RESPECTO DEL NUMERAL "4.2. SOBRE EL USO DE LA FUNCIONALIDAD CIRCUIT SWITCHED FALLBACK-CSFB"

2.2.1. Consideraciones del recurrente

El recurrente no comparte lo sostenido por la Comisión respecto al uso de la facilidad de CSFB y su relación con el servicio de datos, por lo que, para aquél, el CSFB es solo para el servicio de voz. Así, explica que en las cabeceras municipales en las cuales **AVANTEL** ya cuenta con cobertura 4G propia y **COMCEL** preste el RAN de voz y SMS, los usuarios 4G de **AVANTEL** que necesiten los servicios de Voz y SMS usarán la red visitada de **COMCEL**, y cuando requieran usar los servicios de datos deben usar la red de 4G de **AVANTEL**. Al respecto, el recurrente recuerda que esta Comisión en la Resolución CRC 4419 de 2014 *"verificó que no existe ningún impedimento técnico para que un celular 4G de AVANTEL pueda cursar datos en su red 4G y usar RAN para voz en 3G."*

²⁸ Resolución CRC 4909 del 11 de abril de 2016. P. 12 y Resolución CRC 4508 del 22 de mayo de 2014. P.21

²⁹ Resolución CRC 4508 del 22 de mayo de 2014. P.5.

³⁰ Resolución CRC 4909 del 11 de abril de 2016. P. 14.

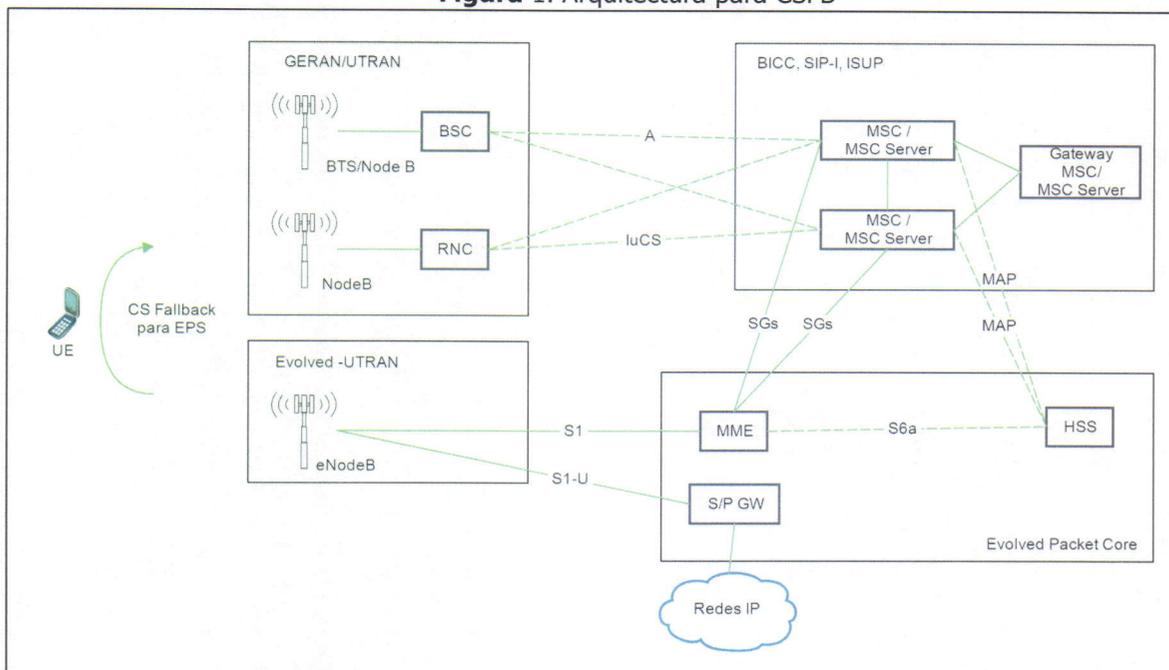
Por su parte, y citando el documento "Condiciones para el despliegue de infraestructura para el Acceso a Internet a través de redes inalámbricas- Roaming Nacional –páginas 20 y 21", el recurrente sostiene que esta Comisión ya había sido clara al indicar que cuando ya existe cobertura en un sitio el RAN deja de ser una instalación esencial.

Así las cosas, el recurrente reitera que **AVANTEL** ya ha desplegado su infraestructura en más de 25 cabeceras municipales, por lo que se desvirtúa completamente la definición de instalación esencial para esas cabeceras y, por ende, **COMCEL** considera que no tiene obligación alguna de proveer el RAN como una instalación esencial. Así, concluye que "es claro para la regulación que una instalación esencial deja de serlo cuando hay viabilidad técnica y económica en su replicación; en el presente caso, AVANTEL ya ha implementado su infraestructura en más de 25 cabeceras municipales; por lo que se desvirtúa la definición de instalación esencial para esas cabeceras municipales y por ende, COMCEL no tiene ninguna obligación de proveer el RAN como una instalación esencial."

2.2.2. Consideraciones de la CRC

Para efectos de dar respuesta a este cargo, es preciso que esta Comisión efectúe una breve descripción de la arquitectura para CSFB, partiendo para el efecto de la siguiente figura:

Figura 1. Arquitectura para CSFB



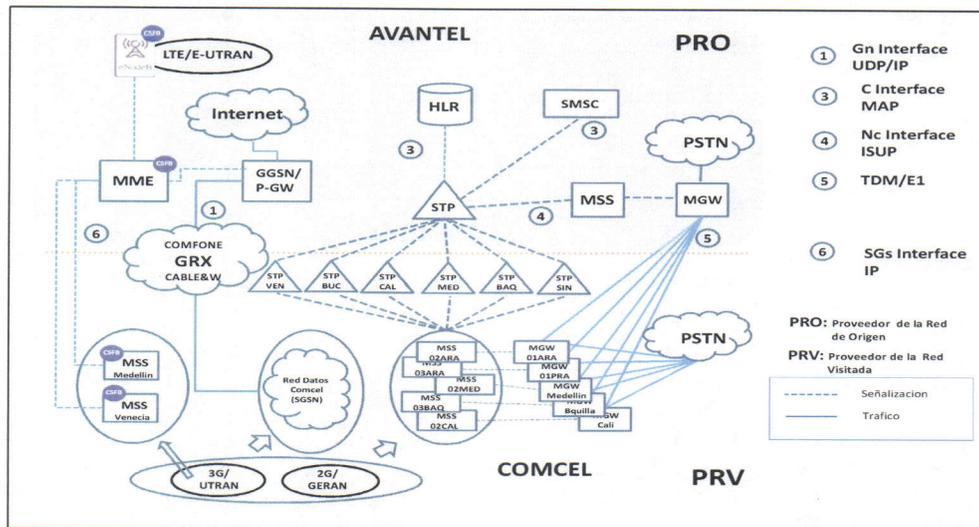
Fuente: Adaptación CRC³¹

Así las cosas, se tiene que el CSFB fue pensado como una solución para que los usuarios de redes 4G/EUTRAN pudieran acceder a servicios de voz y SMS mediante redes 2G/GERAN y 3G/UTRAN. La principal característica de una solución CSFB es el establecimiento de una interfaz S-Gs entre el MME en la red EPC y uno o más MSC o MSCS en la red de conmutación 2G/3G.

Ahora, y para efectos de avizorar las implicaciones técnicas que suponen para la continuidad del servicio de datos de **AVANTEL** (como PRO), la interrupción del servicio de RAN en la red de **COMCEL** (como PRV) cuando **AVANTEL** accede a redes 2G y 3G de éste último en lugares donde **AVANTEL** no puede prestar directamente sus servicios de datos en su red 4G LTE, resulta preciso comparar la Figura 1 con la figura 2 que se muestra a continuación:

³¹ Poikselkä, Holma, Hongisto, Kallio y Toskala, Voice Over LTE - VoLTE, Wiley, Ed., 2012.

Figura 2. Topología acordada por las partes - Red de señalización para la implementación de RAN entre **AVANTEL** y **COMCEL**



Fuente: Supervisión técnica realizada en virtud de los establecido en la Resolución CRC 4419 de 2014

Así, esta Comisión observa que la interfaz identificada con el número 6 en la Figura 2, corresponde a la interfaz SGs entre el MME de **AVANTEL** y los MSS con funcionalidad CSFB de **COMCEL**. Adicionalmente, a través de los seis STP de **COMCEL** y el STP de **AVANTEL** se cursa la señalización ISUP y la señalización MAP entre las dos redes, la cual tiene su equivalente en la Figura 1.

En tal orden de ideas, esta Comisión observa que, en caso que **COMCEL** deje de prestar el servicio de datos, las interfaces para SGs y MAP entre las redes de **AVANTEL** y **COMCEL** continúan en funcionamiento y los usuarios de **AVANTEL** que se encuentren en la red LTE/E-UTRAN de este último podrán usar el servicio SGs para sus comunicaciones de voz a través de las redes 2G/GERAN y 3G/UTRAN, luego técnicamente no existe la imposibilidad planteada por **COMCEL**.

Adicionalmente, y frente al argumento de **COMCEL** en el que le advierte que parece extraño que **AVANTEL** se ampare en el CSFB para extender la obligación de **COMCEL** (como PRV) de proveerle el RAN para la prestación del servicio de datos, esta Comisión recuerda que la Resolución CRC 4508 de 2014, que resuelve los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CRC 4419 de 2014, indicó que **AVANTEL** tiene derecho de hacer uso de la facilidad de RAN en datos y/o SMS y/o voz cuando no hay cobertura, lo cual ocurre con el servicio de datos cuando el terminal del usuario hace *fallback* a la red 2G/3G y, por tanto se desconecta de la red LTE de **AVANTEL**. Al proveer la instalación esencial por la falta de cobertura ya descrita, se garantiza que los usuarios de **AVANTEL** no reciban un trato discriminatorio respecto de los usuarios de la red visitada.

Al punto, cabe recordar que **AVANTEL** en su recurso de reposición contra la Resolución CRC 4419 de 2014, solicitó aclaración de que su derecho regulatorio de acceso a la instalación esencial de RAN para la prestación de servicios de datos no fenece en las 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 tales servicios, o como consecuencia del *fallback* tampoco soporta servicios de datos mientras retorna a su red LTE, frente a lo cual esta Comisión sostuvo lo siguiente:

*"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"*³²

En tal sentido, no tiene razón **COMCEL** en el cargo impetrado, en la medida en que los usuarios de **AVANTEL** deben tener acceso a los servicios de datos mientras se encuentran en las redes 2G/GERAN y 3G/UTRAN de **COMCEL** como consecuencia de un CSFB y, por tanto, se encuentra desconectado de la red 4G/EUTRAN de **AVANTEL**.

³² Resolución CRC 4508 del 22 de mayo de 2014. P. 5

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

2.3. RESPECTO DE OTROS TEMAS QUE, EN OPINIÓN DE COMCEL, NO FUERON CONSIDERADOS NI ANALIZADOS EN LA RESOLUCIÓN CRC 4909 de 2016

El recurrente considera que la resolución aquí recurrida no tuvo en cuenta, conforme al artículo 42 del CPACA, todos los temas por él planteados en su solicitud. A continuación, se resumen los asuntos que, según **COMCEL**, esta Comisión habría omitido tener en cuenta para resolver de fondo su solicitud de solución de controversias.

2.3.1. Consideraciones del recurrente

En primer lugar, el recurrente recuerda que **AVANTEL** solicitó RAN como instalación esencial para usuarios 4G; y que **AVANTEL** solo ha informado a **COMCEL** de equipos 4G para RAN. Así, explica que en el documento "*Condiciones para el despliegue de infraestructura para el Acceso a Internet a través de redes inalámbricas- Roaming Nacional*", la CRC sólo tuvo dentro de los escenarios de RAN para los proveedores entrantes usuarios 4G utilizando la red de los establecidos, sosteniendo que nunca se tuvieron en cuenta usuarios 2G/3G de los entrantes.

Asimismo, **COMCEL** sostiene que **AVANTEL** en la solicitud de controversias indicó que "*requiere la instalación esencial de Roaming Automático Nacional en aquellas zonas donde no cuente con cobertura propia en la red de origen: la red LTE*". De igual forma, explica que **AVANTEL** en el documento de Protocolo de pruebas –página 12 para poner en funcionamiento la instalación esencial de RAN sólo envió listado de equipos 4G.

Conforme a lo anterior, **COMCEL** sostiene que el RAN de voz, SMS y datos solicitado para **AVANTEL** de acuerdo con la CRC era para ser utilizado por usuarios 4G de **AVANTEL** que estuvieran fuera de la cobertura de red 4G de ese operador.

Por otro lado, el recurrente considera que **AVANTEL** se encuentra comercializando servicios móviles terrestres que se soportan en espectro 2G y/o 3G, espectro sobre el cual **AVANTEL** no tiene permiso de uso, por lo que **COMCEL** considera que **AVANTEL** se constituiría en un OMV y debería procurar un acuerdo comercial con los otros proveedores. Así, y frente a lo afirmado por **AVANTEL** en comunicación dirigida a esta Comisión el 12 de noviembre de 2015, considera que esta Comisión no puede avalar tal posición, de lo contrario estima que "*el regulador estaría permitiendo el uso indebido de una infraestructura de red y dejando que la misma sea a perpetuidad, toda vez que AVANTEL nunca establecerá su propia infraestructura de red 2G / 3G porque como se ha indicado no tiene espectro asignado en esas bandas y mucho menos tiene obligaciones de cobertura impuestas por el Ministerio en esas frecuencias.*"

Finalmente, reitera que **AVANTEL** no puede excusarse ahora en el fallback, cuando en la actualidad es una realidad tecnológica el desarrollo de VoLTE, funcionalidad que considera **AVANTEL** ya debió implementar en su red 4G. Así, considera que "*ya han pasado más de treinta y tres (33) meses de la adjudicación de espectro 4G a AVANTEL y los desarrollos tecnológicos que no existían para esa época ya han sido lanzados comercialmente y el regulador no ha revisado ni actualizado la regulación de RAN frente a estos avances; que mejoran la calidad del servicio al usuario e incentivan la inversión en el sector, evitando conductas parasitarias y perjudiciales como las que en la actualidad tiene AVANTEL en el mercado; por lo que respetuosamente solicitamos a la CRC se pronuncie sobre este aspecto.*"

2.3.2. Consideraciones de la CRC

Sea lo primero reiterar, como se expuso ampliamente en la sección 2.1.2 de la presente resolución, que la CRC enmarcó el conflicto en concreto en la determinación de si **AVANTEL**, al contar con despliegue de red en ciertas cabeceras municipales, conserva o no el derecho regulatorio de utilizar la instalación esencial de RAN proporcionada por **COMCEL** para la prestación del servicio de datos a sus usuarios en tales cabeceras, a partir del alcance tanto de la solicitud como de la oferta final presentada por **COMCEL**.

No obstante esta Comisión considera que resolvió de fondo en la resolución recurrida todas y cada una de las peticiones presentadas por **COMCEL**, estima pertinente estudiar las consideraciones que el recurrente plantea en esta oportunidad relativas a los cargos esgrimidos en este aparte, aclarando en todo caso que tales consideraciones no cambian el sentido de la decisión adoptada mediante la

Resolución CRC 4909 de 2016, y tampoco se constituyen en hechos nuevos, por cuanto son conocidos por **COMCEL**, e incluso por **AVANTEL**, desde la ejecutoria misma de la Resolución CRC 4419 de 2014³³.

Así, respecto de la referencia realizada por **COMCEL** al hecho que el RAN de voz, SMS y datos solicitado por **AVANTEL** era para ser utilizado por usuarios 4G de **AVANTEL** que estuvieran fuera de la cobertura de red 4G de ese operador, debe recordarse que el *petitum* realizado por **AVANTEL**, y transcrito al inicio de la Resolución CRC 4419 de 2014, se relaciona con "(...) *Establecer las condiciones de acceso y uso que han de regir la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional por COMCEL a AVANTEL, en el marco de la relación vigente de acceso, uso e interconexión entre las redes de las dos empresas, a partir de los aspectos técnicos y operativos económicos que se consignan en la Oferta Final de AVANTEL*". Esta solicitud fue desarrollada por la Comisión en las Resoluciones CRC 4419 y 4508 de 2014, en el sentido de afirmar que el derecho a acceder a la facilidad esencial de RAN 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.

Aunado a ello, es necesario en este punto reiterar que en la Resolución CRC 4508 de 2014 se le aclaró al mismo **AVANTEL** que no era acertado interpretar que la Resolución CRC 4419 del mismo año, 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, por cuanto "(...) *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*".

En este mismo sentido, y respecto del tema de equipos terminales, debe decirse que la regulación general contenida en las Resoluciones CRC 3101 de 2011 y 4112 de 2013, no incorpora alguno relativo a la comercialización o no de terminales que sean empleados en tecnologías diferentes a aquella en la cual el solicitante del RAN sea asignatario. Al respecto, la Resolución CRC 4419 de 2014 abordó lo expuesto por **COMCEL**, quien aducía en su momento que **AVANTEL** no estaba dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6º, numeral 6.2³⁴, de la Resolución CRC 4112 de 2013, a lo cual en su momento, se aclaró que el alcance de la referida disposición se concreta en la manifestación por parte del proveedor solicitante, de que dispone de terminales cuyas características permitan realizar roaming en las bandas de la red visitada, y no en el intercambio de información de las referencias específicas, requisito que se entendió cumplido por parte de **AVANTEL**.

Aunado a lo anterior, el mismo **AVANTEL** en la respuesta al traslado de la solicitud de solución de controversias presentada por **COMCEL**, respondió que lo indicado por el recurrente desconoce aspectos tales como: **i)** el derecho de los usuarios a contratar o disfrutar de servicios móviles de telecomunicaciones, independientemente del tipo o clase de terminal con el que cuentan; **ii)** el derecho de tales suscriptores de adquirir tarjetas SIM de **AVANTEL** e insertarlas en el terminal de su elección; **iii)** el derecho de portabilidad numérica; y **iv)** su derecho a beneficiarse de la competencia en el mercado entre cuatro (4) proveedores de red, con la selección de una oferta alternativa de planes, sin que ello dependa de la naturaleza tecnológica de su terminal. Es así como esta Comisión encuentra que la utilización de equipos 2G/3G que pudiera estarse dando por parte de usuarios de **AVANTEL**, no desvirtúa la esencia de la provisión de la instalación esencial de RAN, que en todo caso estaría ajustada a lo definido en la regulación general y particular aplicable a esta materia.

Por otro lado, en relación con la comparación que realiza el recurrente del modelo de operación de **AVANTEL** con una Operación Móvil Virtual, cabe recordar que se trata de un argumento presentado por el mismo **COMCEL** desde la actuación administrativa que tuvo como resultado la expedición de la Resolución CRC 4419 de 2014, momento desde el cual señalaba que **AVANTEL** pretendía prestar

³³ Recursos de reposición resueltos mediante la Resolución CRC 4508 de 2014

³⁴ "6.2. Informar en la solicitud al Proveedor de la red visitada, la disponibilidad de terminales cuya interfaz de aire soporta el roaming en las bandas de frecuencia de dicha red."

servicios de Voz y SMS a nivel nacional soportado en su totalidad en la red de **COMCEL** como si se tratara de un OMV y por lo tanto la solicitud para acceso a Roaming Automático Nacional en el 100% del territorio nacional, habría excedido el alcance de la definición regulatoria de esta instalación esencial.

A lo anterior, se explicaron las condiciones aplicables al acceso a la instalación esencial, destacándose que la regulación de tiempo atrás, y particularmente en la Resolución 3101³⁵, incluyó en su artículo 30 la instalación esencial de Roaming Automático entre proveedores móviles, definiendo como única condición que sus interfaces de aire así lo permitan³⁶, con lo cual la condición de proveedor entrante que pueda o no ostentar un proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones no limita la posibilidad que tenga éste de acceder a dicha instalación esencial.

Así mismo, la Resolución CRC 4508 de 2014 fue explícita en abordar el tema de la Operación Móvil Virtual, en una situación similar a la presente, en donde **COMCEL** requirió un pronunciamiento específico sobre el tema. Al respecto, se explicó a dicho proveedor lo siguiente:

*"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 cubre 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". (SFT)*

Finalmente, respecto de la referencia a una eventual implementación de VoLTE sobre la red de **AVANTEL**, debe recordarse que la Resolución CRC 4112 de 2013, la cual establece las condiciones generales para la provisión del Roaming Automático Nacional, estableció entre las obligaciones del PRO aquella relacionada con "Garantizar que se realice de forma automática el registro y activación de un usuario en roaming cuando cambia de zona de cobertura entre la red origen y la red visitada, sin que esto implique una exigencia de continuidad en las comunicaciones activas al momento de cambio de red." (SFT)

De esa manera, cualquier modificación de la regulación general en la materia debe respetar el principio de democracia participativa establecida en la Constitución Nacional, con el fin de garantizar la participación directa de los posibles interesados junto con los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones en el proceso previo a la adopción de regulaciones de carácter general³⁷. Asimismo, y en desarrollo del referido principio, se recuerda que todo proceso de modificación de regulación general en la materia debe atender las pautas procedimentales relacionadas con la expedición de actos administrativos de carácter general de las Comisiones de Regulación, conforme lo dispuesto en los artículos 2.2.13.3.1 y siguientes del Título 13 Capítulo 3 del Decreto 1078 de 2015³⁸.

³⁵ Publicada en el Diario Oficial No. 48.159 del 12 de agosto de 2011.

³⁶ "5. El roaming automático entre proveedores de redes móviles, cuando sus interfaces de aire así lo permitan" (SFT).

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. (explicando que: "... es necesario que los usuarios dispongan de información adecuada y oportuna sobre las decisiones que habrán de ser adoptadas. La comisión de regulación debe proporcionar dicha información con antelación suficiente, de manera que los participantes puedan conocerla en profundidad. También es necesario que las posiciones que manifiesten los usuarios sean debidamente atendidas por las entidades, es decir, que sean consideradas y respondidas de acuerdo con los planteamientos, las observaciones o los reparos de los participantes dentro de un plazo razonable. Así, para que la participación sea efectiva se requiere, a lo menos, que se garantice a los usuarios que: (i) reciban la información correspondiente sobre el contenido proyectado de la futura regulación de manera oportuna; (ii) que puedan presentar propuestas; (iii) que las propuestas que presenten sean consideradas por la comisión de regulación competente en cada caso; y (iv) que dicha comisión responda motivadamente las propuestas que se le formulen en relación con la regulación que por su especial trascendencia despertó el interés de los usuarios."

³⁸ Decreto No. 1078 del 26 de mayo de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones"

En conclusión, no le asiste la razón al recurrente cuando afirma que esta Comisión no ha analizado los numerales 3.4, 3.5 y 3.6 de su escrito de solicitud de solución de controversias; estas temáticas fueron señaladas en los argumentos entre las partes, y alimentaron las consideraciones de la CRC para resolver la controversia planteada por **COMCEL**, enfocada a determinar si **AVANTEL** tiene o no derecho a utilizar la instalación esencial de RAN proporcionada por **COMCEL** para la prestación del servicio de datos.

Por las razones expuestas, los cargos acá referidos no tienen vocación de prosperar.

En razón de lo expuesto, esta Comisión

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO. – Admitir el recurso de reposición interpuesto por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.**, contra la Resolución CRC 4909 del 11 de abril de 2016.

ARTÍCULO SEGUNDO. – Rechazar el decreto de la prueba documental solicitada por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.** conforme a lo dispuesto en el artículo 168 del CGP y con base en las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

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

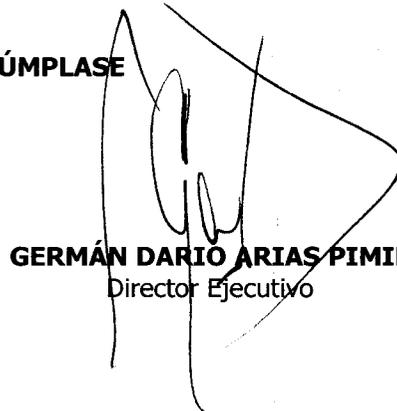
ARTÍCULO CUARTO. - Notificar personalmente la presente Resolución a los representantes legales de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A.- COMCEL S.A.** y **AVANTEL S.A.S**, o a quienes hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,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

Dada en Bogotá D.C., a los

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUAN MANUEL WILCHES DURÁN
Presidente



GERMÁN DARIO ARIAS PIMIENTO
Director Ejecutivo

Proyecto 3000-4-2-503

S.C. 28/07/16 Acta 337

C.C. 15/07/16 Acta 1049

Revisado por: Lina María Duque – Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias. *LD*

Elaborado por: Carlos Humberto Ruíz - Carlos Castellanos Rubio.