



Carrera 7 No 20 – 99 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
Conmutador: 242 2000
NIT. 899.999.115-8

Bogotá D.C.

GAR-0282/2013

CECO: 0040

Doctor
CARLOS PABLO MARQUEZ ESCOBAR
Director Ejecutivo
COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES
Calle 59 a bis. No. 5 - 53 Edificio LINK Siete Sesenta
Bogotá D.C.

Asunto: Comentarios al proyecto de resolución *“Por la cual se establecen condiciones para la compensación automática a usuarios de servicios de comunicaciones y se dictan otras disposiciones”*.

Respetado doctor Márquez,

Una vez examinado lo dispuesto en el documento señalado en el asunto, y encontrándonos dentro del término establecido para hacerlo, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. – ETB S.A. E.S.P. se permite remitir sus comentarios de la siguiente manera.

En primer lugar, presentaremos algunos argumentos a nivel general y posteriormente haremos comentarios particulares al proyecto de resolución.

De manera general, compartimos con la CRC su intención de proteger a los usuarios, y procurar que los servicios de telecomunicaciones móviles alcancen la calidad adecuada, sin embargo, las medidas que en este sentido se tomen deben guardar proporcionalidad con el beneficio esperado, y dirigirse a aquellas operaciones y/o servicios donde existen supuestas fallas.

En este sentido, los operadores fijos y los operadores móviles virtuales, nos estamos viendo impactados por estas normas, sin que exista evidencia alguna de las fallas que la CRC pretende remediar. Este impacto se da precisamente en operaciones maduras y estables como la telefonía fija, donde desarrollos como el que se pretende adelantar para compensar a los usuarios de manera automática son poco viables, entre otras cosas porque la empresa



Carrera 7 No 20 – 99 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
Conmutador: 242 2000
NIT. 899.999.115-8

ya viene haciendo un esfuerzo enorme para cumplir con la Res. 3066 y ahora la CRC pretende modificar una norma recientemente expedida. Con respecto a los OMV, la CRC está desconociendo que su estructura de negocio debe ser mucho más liviana que la de los operadores de red, como condición para poder ser competitivos, y que precisamente su virtualidad no permite realizar control o gestión alguna de red, por lo tanto cargas regulatorias como la que se pretende, o las que se desprenden por ejemplo de la Resolución 4000, no tienen otro efecto que limitar la posibilidad de sobrevivencia de estas operaciones, con su respectivo impacto en términos de competencia y bienestar de los usuarios.

Desde la óptica jurídica, debemos comenzar señalando que de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, ni la CRC ni ninguna comisión reguladora tiene competencia para ordenar el pago de indemnizaciones o compensaciones a los usuarios por fallas en la prestación del servicio, salvo que sea una potestad atribuida por la ley. Para sustentar este argumento nos remitimos de manera directa al Código Civil Colombiano, en el que se definen de manera taxativa, clara y expresa las fuentes de las obligaciones, en los siguientes términos:

“ARTICULO 1494. <FUENTE DE LAS OBLIGACIONES>. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

Como puede apreciarse, la obligación de pagar una indemnización puede provenir de un acuerdo de voluntades, un delito o culpa (en cuyo caso debe probarse judicialmente el daño, la conducta dañina, y el nexo causal que las vincula), o la misma ley (como en el caso de los impuestos o los servicios públicos domiciliarios), y no incluye en tal definición legal la regulación ni acto administrativo alguno.

Es más, analizando como tal las fuentes de derecho se puede incluso presumir que al exigirse por medio de la regulación la inclusión de las cláusulas referentes al pago de la compensación por indisponibilidad del servicio para validar que se ha dado un acuerdo entre las partes, puede ello atentar contra la buena fe y violentar de manera directa la voluntad de los proveedores de servicios de comunicaciones.

En este orden de ideas, la disposición contenida en el artículo 33 del Resolución 3066 de 2011 parecen provenir del artículo 137 de la ley 142 de 1994, que establece el derecho del suscriptor o usuario a una indemnización de perjuicios en caso de falla del servicio, sin



Carrera 7 No 20 – 99 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
Conmutador: 242 2000
NIT. 899.999.115-8

perjuicio de que por vía judicial se sancione con una indemnización probándose la posible causa, el daño y el nexo causal.

Dado que la ley 142 de 1994, por disposición expresa del artículo 73 de la ley 1341 de 2009 no es aplicable a los servicios de telecomunicaciones, y que la ley de TIC no contiene una disposición semejante a la del artículo 137 de la ley 142 de 1994, el artículo 33 de la resolución 3066 de 2011 y su anexo No. 1, debe quedar sin efecto por carencia de competencia de la CRC para su adopción.

Por otro lado, no remitiremos una vez más al Código Civil Colombiano en su artículo 1600 que reza:

“ARTICULO 1600. <PENAL E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS>. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.”

Así, al remitirnos a la realidad formal del sector de las telecomunicaciones y su regulación, se llega a pensar que lo que pretende el proyecto de norma en comento iría en contravía de la citada disposición, puesto que además de incluir en cabeza del proveedor un NO cobro por el tiempo en el que no prestó el servicio (interpretado esto como una pena asumida por la empresa prestadora conforme a la obligación impuesta por la regulación) se exige en el mismo cuerpo de la norma regulatoria la obligación del reconocimiento de las compensaciones por indisponibilidad del servicio y conforme a lo propuesto en el proyecto presentado se puede interpretar esta obligación como el reconocimiento de una indemnización compensatoria derivada del daño generado al usuario que en este caso se evidencia con la no prestación temporal de los servicios de comunicaciones.

En razón de lo anterior, se hace evidente que habría una violación evidente al Código civil por parte de la regulación debido a que el proveedor estaría respondiendo no solamente con el no cobro del usuario por el tiempo que no recibió el servicio, si no que adicionalmente indemnizando al mismo con la nombrada compensación que pretende ser reglamentada con este proyecto, configurando entonces una doble sanción a un mismo hecho, configurándose no solo una violación a la ley si no a los principios generales y constitutivos del derecho como lo son el *non bis in idem* y el *debido proceso*, así lo ha dicho la Corte Constitucional reiteradamente en muchas de sus sentencias (Sentencia C-870-2002):

*“La función de este derecho, conocido como el principio non bis in idem, es la de evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, **de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual***



Carrera 7 No 20 – 99 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
Conmutador: 242 2000
NIT. 899.999.115-8

colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad. Por eso, éste principio no se circunscribe a preservar la cosa juzgada sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita. **De ahí que la Constitución prohíba que un individuo sea "juzgado dos veces por el mismo hecho.**

*El principio non bis in idem no es solo una prohibición dirigida a las autoridades judiciales con el fin de impedir que una persona ya juzgada y absuelta vuelva a ser investigada, juzgada y condenada por la misma conducta. También es un derecho fundamental que el legislador debe respetar. Una norma legal viola este derecho cuando permite que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por los mismos hechos. Dicha permisión puede materializarse de diferentes formas, todas contrarias a la Constitución. De tal manera que la única forma en que el legislador viola dicho principio no se contrae a la autorización grosera de que quien hubiere sido absuelto en un juicio penal puede volver a ser juzgado exactamente por la misma conducta ante otro juez nacional²⁰ cuando un fiscal así lo solicite, mediante una acusación fundada en el mismo expediente. **El principio non bis in idem, por lo menos, también prohíbe al legislador permitir que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones, o juicios sucesivos, por los mismos hechos ante una misma jurisdicción.***

Adicionalmente, la Corte constata que el constituyente colombiano prefirió una consagración del principio non bis in idem según la cual la prohibición no está dirigida exclusivamente a una doble sanción. La prohibición se dirige a ser "juzgado" dos veces.²¹ Considera la Corte, que lo anterior se ajusta a los fundamentos del principio non bis in idem ya que la seguridad jurídica y la justicia material se verían afectadas, no sólo en razón de una doble sanción, sino por el hecho de tener una persona que soportar juicios sucesivos por el mismo hecho.

Ahora bien, la Corte pone de presente que el principio non bis in idem no se circunscribe únicamente al tenor literal de la norma pues sus finalidades incluyen tanto la prohibición de un eventual doble juzgamiento como la de una doble sanción por el mismo hecho. Esta posición es acorde con los fundamentos del principio non bis in idem, ya que la seguridad jurídica y la justicia material se ven igual o más afectados cuando un individuo es sancionado dos veces por el mismo hecho. (...)" (NFT)

En conclusión, las obligaciones descritas por la regulación permitirían que concurriesen para un mismo hecho, el no cobro de los servicios no prestados y adicionalmente la indemnización por este hecho en la llamada compensación por indisponibilidad, atentando esta realidad contra el Estado y el ordenamiento jurídico.



Carrera 7 No 20 – 99 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
Conmutador: 242 2000
NIT. 899.999.115-8

De otra parte, como ha sido reiterado en múltiples ocasiones a la Comisión, ETB es un Operador Móvil Virtual, y en consecuencia, además de tener un vínculo jurídico con los usuarios del servicio de voz móvil en calidad de proveedor de servicios de comunicaciones, es evidente que no gestiona ni controla la red cuya propiedad, precisamente, es del respectivo proveedor de red con quien se ha suscrito el contrato de OMV.

En virtud de ello, reconociendo la calidad de OMV, ETB considera que en pro de mantener la calidad del servicio que ha provisto la Empresa a sus usuarios de telefonía móvil, se establezca por parte del regulador una metodología adecuada y ajustada a la realidad técnica y comercial del mercado de los OMV que permita que los operadores de red, en su calidad de gestores y controladores de la misma, le reconozcan a éstos las deficiencias en la calidad que ocasione una deficiente prestación de servicios a los usuarios finales, a quienes los OMV deban reconocer, como se pretende en este caso, compensaciones de manera automática, con periodicidad mensual, de acuerdo con la metodología y procedimientos establecidos en el proyecto que se comenta.

En esa misma línea, resulta de vital importancia que la CRC enfoque la regulación a la realidad material que representa la operación de los Operadores Móviles Virtuales, en la medida que éstos actúan como consumidores de cierta capacidad de red que a su vez ha sido contratada a un operador, lo que permite concluir que existen escenarios disímiles para uno y otro, que no pueden ser equiparados, sino que debe otorgársele un tratamiento que verdaderamente refleje la interacción que cada uno de ellos tiene con los usuarios. Así, las consecuencias que se desprendan de disposiciones regulatorias como la que nos ocupa en este documento, deben ser analizadas a la luz del modelo de negocio que soporta la relación existente entre el OMV y el respectivo operador de red, pues de otro modo se desincentivaría el desarrollo y acrecentamiento de operadores móviles virtuales en Colombia, con la consecuencia nefasta de impedir una rápida y eficaz masificación en TIC, lo cual adicionalmente se convertiría en un mensaje negativo en contra de la competencia que tanto necesita el mercado móvil.

Ahora bien, daremos inicio a la segunda parte de nuestro análisis, con los comentarios puntuales frente a la propuesta regulatoria presentada, de la siguiente manera.

Inicialmente, al revisar la totalidad del texto propuesto se encuentra que se insiste en el reconocimiento de la compensación por indisponibilidad de servicio de manera AUTOMÁTICA, frente a lo cual se debe señalar que existe una evidente imposibilidad técnica, pues si bien el usuario puede padecer esta situación, es menester que ellos lo pongan en evidencia ante sus respectivos PRST, ya que tanto los operadores móviles virtuales, que no tenemos control ni administración de las redes, como los operadores de



Carrera 7 No 20 – 99 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
Conmutador: 242 2000
NIT. 899.999.115-8

red, no pueden tener un control total del estado de su red las 24 horas del día, para cada uno de sus clientes individualmente considerados, razón por la cual es necesario que éste sea un proceso mancomunado entre el usuario y los proveedores. Cosa distinta se presenta con daños masivos, en cuyo caso resulta más fácil su identificación ágil y oportuna.

Por su parte, al revisarse el artículo 2 del proyecto de resolución que pretende determinar los tipos de compensación por falta de disponibilidad, en el que se establece la compensación automática por falta de disponibilidad de las comunicaciones de voz provistas a través de redes móviles, se encuentra que la redacción del mismo carece de claridad, en la medida que no se establece puntualmente si los tipos de compensación de los que habla la norma son alternativos a decisión de los operadores o si por el contrario todos deben llevar a cabo la implementación de las diferentes modalidades hasta lograr la compensación automática e individual. De este modo se percibe la necesidad de aclarar el procedimiento ya que de no hacerlo estaríamos frente a una situación que generaría una alarmante inseguridad jurídica.

Frente al artículo 3, en el que se establece la obligación de compensación automática por falta de disponibilidad de las comunicaciones de voz provistas a través de redes móviles, y el numeral 1.1. del ANEXO I en el que se incluyen las condiciones para la determinación de la compensación, debemos reiterar que el proveedor del servicio no puede establecer completamente si la falta de disponibilidad del servicio tuvo su génesis en una falla de la red que afectó la continuidad de cierta llamada, o si fue el usuario quien concluyó la llamada antes incluso de detectar una indisponibilidad del servicio, de lo cual se desprende que sería un despropósito compensar lo que no puede si quiera comprobarse de una manera veraz y efectiva.

De otra parte, el artículo 5 que se refiere a la compensación automática regional indica que deberá identificarse de manera precisa los usuarios que durante el 50% del mes generaron y/o recibieron tráfico de voz móvil en dichas áreas, siendo éstos objeto de la compensación automática bajo esta modalidad, con lo cual el comentario que ello merece es el relativo a la improcedencia de clasificar los usuarios de la manera como se pretende en la norma propuesta, la dificultad de no contar con un mecanismo que permita determinar que tales usuarios percibieron las mismas condiciones de calidad del servicio, y lo que es más complejo aún, establecer que efectivamente la totalidad de dichos usuarios utilizó el servicio en el período objeto de análisis.

Finalmente, al estudiar el artículo 9 del proyecto de resolución en el que se determinan los reportes de información que deben realizarse, se concluye que tal reporte no debería estar en cabeza de los OMV, ya que por el esquema ampliamente explicado, salta de bulto que de



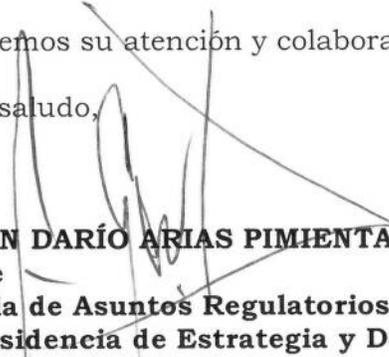
Carrera 7 No 20 – 99 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
Conmutador: 242 2000
NIT. 899.999.115-8

manera directa no se cuenta con la capacidad de administrar ni gestionar la red para realizar el seguimiento que pretende la Comisión, y por lo tanto este tipo de reportes y la obligación impuesta por este proyecto en su conjunto estaría en cabeza única y exclusivamente de los operadores de red y sería importante que se hiciera esta claridad específica de la norma en comento.

Esperamos que nuestros comentarios sean de tenidos en cuenta para el feliz término y la publicación definitiva del proyecto de Resolución en desarrollo, quedamos de antemano atentos a cualquier comentario o tramite adicional.

Agradecemos su atención y colaboración,

Cordial saludo,


GERMÁN DARÍO ARIAS PIMIENTO
Gerente
Gerencia de Asuntos Regulatorios
Vicepresidencia de Estrategia y Desarrollo de Negocios

Elaboró: María Camila Galvis Gómez – Dirección de Gestión Regulatoria

Revisó: Paula Guerra Támara – Dirección de Gestión Regulatoria