

Bogotá, D.C., septiembre 30 de 2010

Doctor

**CRISTIAN LIZCANO ORTIZ**

Director Ejecutivo

**COMISION DE REGULACION DE COMUNICACIONES**

Ciudad

Ref: borrador del proyecto de Resolución *“Por medio del cual se adiciona un artículo a la Resolución CRT 087 de 1997”*

Respetado doctor Lizcano:

Con relación al proyecto en referencia, SYSTEM NETWORKS apoya toda norma que contribuya, como dice la ley y fundamenta la propia CRC, *“establecer medidas que promuevan la competencia entre proveedores de redes y servicios, orientadas a que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, en condiciones de calidad y que en todo caso protejan los derechos de los usuarios”*.

Sin embargo, no hay que perder de vista que el fundamento del análisis de competencia en el mercado de larga distancia internacional, surge principalmente por fallas o actuaciones de mercado atribuidas presumiblemente a operadores de acceso que han integrado sus propias operaciones de larga distancia con condiciones contrarias al principio establecido en la ley 1341, la cual establece *“escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad”*, situación que no se evidencia e inclusive frente a la apertura de la competencia, dichos operadores han entorpecido el normal desarrollo y el cumplimiento de los preceptos establecidos en la normatividad respecto a la libre y leal competencia, el uso eficiente de los recursos y la convergencia y por ende las repercusiones sobre el real beneficio que los usuarios puedan recibir por parte de nuevos actores en el mercado.

Es preocupante para SYSTEM NETWORKS que la CRC pretenda entregar potestades de juez a dichos operadores de acceso, empoderándolos con la

capacidad inclusive de generar una desconexión unilateral afectando no sólo a operadores sino a los propios usuarios, lo cual es totalmente contrario a todos los principios establecidos en la ley y en la normatividad en general, sin embargo estamos de acuerdo en la necesidad de establecer mecanismos que permitan optimizar las condiciones y el normal desarrollo de las relaciones de interconexión, siempre y cuando se respeten los principios normativos y regulatorios sin desconocer los ordenamientos legislativos ya establecidos.

Teniendo en cuenta lo anterior y sobre la propuesta contenida en el numeral primero del nuevo artículo 4.3.8, la misma debe ser revaluada por las siguientes razones, sobre las que esperamos un pronunciamiento formal:

### **1. Principio de legalidad - Reserva de Ley de la facultad sancionatoria**

Tal y como se encuentra redactado el inciso primero del artículo propuesto por la CRC es una sanción para el operador incumplido en el pago, consistente en que no se le aplican los precios mayoristas.

Teniendo en cuenta que las fechas y períodos de prestación de los servicios que dan lugar al pago de cargos de acceso o capacidad [tráfico de enero], difieren de la fecha de la conciliación [febrero] y la fecha de pago [marzo] ¿cómo se debe aplicar la resolución? ¿A qué tráfico no se le aplican los precios mayoristas? ¿A los ya conciliados? ¿A los tráficos que se cursen a partir del incumplimiento en el pago? ¿A las conciliaciones de tráfico que se hagan a partir del incumplimiento? ¿A los tráficos que se concilien a partir del incumplimiento?

Esas preguntas son importantes responderlas ya que cada una corresponde a un momento distinto en el tiempo y afecta de manera diferente las relaciones entre los operadores, e inclusive las argumentaciones jurídicas sobre la posibilidad o no de implementar el esquema.

Así mismo surgen otras inquietudes como son, ¿qué mecanismos de validación de información se deben establecer para garantizar la veracidad de la información reportada y las funciones de monitoreo por parte de la CRC las cuales deberían estar ya establecidas? ¿Cómo deben garantizar los operadores de acceso el impedir el desarrollo de rutas “ilegales” que continúan en el mercado, impactando las operaciones de nuevos operadores?

Por eso se solicita en primer lugar aclarar el asunto y ponerlo nuevamente a consideración del sector.

Desde el punto de vista eminentemente jurídico, se recuerda a ese ente administrativo que la facultad sancionatoria de la administración debe estar contenida en la Ley, en consecuencia, las sanciones administrativas deben estar contenidas en la Ley “definidas por el legislador” de lo contrario no puede ser efectiva ya que se contraría el principio de legalidad, y por ende el debido proceso establecido en la Constitución Política.

Lo pretendido por la CRC es que de manera objetiva se pierda un beneficio, consistente en un mejor precio, por no cumplir oportunamente en el pago. Esa sanción para el incumplido no se encuentra establecida en ningún aparte de la Ley 1341 de 2009, ni mucho menos atribuida la función de imponer sanciones a los operadores incumplidos en el pago de sus acreencias, por lo que al no estar contenida en la Ley la misma se torna completamente ilegal, por carecer la CRC de la facultad para imponerla o en este caso definirla

Pero peor aún, es que se deje en manos de los operadores, so pretexto de un incumplimiento, tomar la justicia con su propia mano sin la intervención de la autoridad administrativa o judicial, se está olvidando la CRC que en el país existen jueces e inclusive que ese ente o el Ministerio pueden so pretexto del incumplimiento del ordenamiento imponer sanciones, actuaciones que tendrían el respectivo control de legalidad, pero si se deja que sea el operador el que decida la salida jurídica a seguir, la misma no tiene asidero legal en nuestro ordenamiento.

Ahora bien, sobre la importancia de contar con la Ley que permita este tipo de sanciones al operador incumplido y por ser conocida en el sector se cita, de manera extensa, la sentencia de Corte Constitucional SU 1010 del 2008, en donde de manera clara el máximo órgano de la Justicia Constitucional, explica los límites y alcances de la facultad sancionatoria y en especial la importancia de la reserva de ley, consistente en que *“solamente el legislador está constitucionalmente habilitado para establecer las acciones u omisiones que dan lugar al ejercicio del poder punitivo del Estado”*

## **6. La potestad sancionatoria de la Administración.**

**6.1.** *La concepción del Estado moderno ha evolucionado hacia la búsqueda de un mayor compromiso de las autoridades públicas en la satisfacción de las necesidades de la sociedad y en la garantía y efectividad de los derechos ciudadanos.*

(...)

*En este escenario, la potestad sancionadora de la Administración consiste en la facultad de imponer sanciones de tipo correctivo y disciplinario, encaminada a reprimir la realización de acciones u omisiones antijurídicas en las que incurrir tanto los particulares como los funcionarios públicos, que surge como un instrumento eficaz para facilitar el ejercicio de las funciones públicas y un medio para asegurar la consecución de los fines estatales<sup>1[42]</sup>.*

*De acuerdo con la doctrina ius publicista, ella se explica por cuanto “si el órgano está facultado normativamente para imponer un mandato, o regular una conducta en servicio del interés público, su incumplimiento implica que ese órgano tiene la atribución para lograr la garantía del orden mediante la imposición de los castigos correspondientes.”<sup>2[43]</sup>, por lo que la posibilidad de que la Administración exija el acatamiento de las decisiones que adopta y esté facultada para imponer sanciones como consecuencia de su incumplimiento, resulta ser un importante mecanismo a través del cual se garantiza la efectividad de las mismas y la satisfacción del interés público.*

*Dentro de este contexto, esta Corporación ha sido enfática en reconocer la importancia de esta facultad para lograr los cometidos estatales; en efecto, sobre este tema la Corte ha señalado:*

*“Así, se ha expresado, en forma reiterada, que i) la potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento*

*de sus funciones y la realización de sus fines<sup>3[44]</sup>, pues ii) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos<sup>4[45]</sup> y iii) constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas.”<sup>5[46]</sup>*

*Desde esta perspectiva, la facultad sancionadora de la Administración Pública se diferencia de las demás especies del derecho sancionador particularmente por las siguientes características:*

*(i) La actividad sancionatoria de la Administración “persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública a los que alude el artículo 209 de la Carta (...)”.*<sup>6[47]</sup>

*(ii) La sanción administrativa, constituye la “respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la Administración (...)”.*<sup>7[48]</sup>

*(iii) Dicha potestad, se ejerce “a partir de la vulneración o perturbación de reglas preestablecidas, pero que no obstante ese contenido represivo presenta una cierta finalidad preventiva en el simple hecho de proponer un cuadro sancionador, junto al conjunto de prescripciones de una norma, lo cual implica una amenaza latente para quien sin atender pacífica y voluntariamente al cumplimiento de tales prescripciones las infringe deliberadamente.”*<sup>8[49]</sup>

*(iv) En relación con la sanción aplicable, “dentro del ámbito sancionador administrativo cabe destacar la aceptación de la interdicción de las sanciones*

---

*privativas de la libertad, la instauración de la multa como sanción prototípica y la necesaria observancia de un procedimiento legalmente establecido.”9[50]*

(v) *Y, finalmente, “la decisión sancionatoria adoptada por la Administración está sujeta a control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.10[51]*

*A su vez, dicha potestad comprende dos modalidades: (i) la disciplinaria, que se ejerce frente a la comisión de conductas antijurídicas en las que incurran los servidores públicos o aquellas personas que, sin tener tal calidad, han sido habilitadas para ejercer transitoriamente funciones públicas y (ii) la correccional, que se aplica a los particulares que infringen las obligaciones y restricciones que se les han impuesto, por ejemplo, en materia contractual, financiera, de tránsito, fiscal, etc.*

(...)

**6.2.** *Ahora bien, el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado -referida al conjunto de competencias que habilitan a diferentes órganos para imponer sanciones de variada naturaleza jurídica-, está subordinado a las reglas propias del debido proceso. De esta manera, cuando quiera que la Administración pretenda desplegar facultades de tipo sancionatorio dentro de la órbita de sus competencias, es necesario que el procedimiento a través del cual se encauce el ejercicio de dicha potestad respete las garantías constitucionales del debido proceso.*

*En efecto, esta Corporación ha establecido:*

**“5.1.2. En la doctrina<sup>11[52]</sup> se postula, así mismo, sin discusión que la administración o las autoridades titulares de funciones administrativas lo sean de potestad sancionadora y que ésta en cuanto manifestación del ius puniendi del Estado está sometida a claros principios generalmente aceptados, y en la mayoría de los casos proclamados de manera explícita en los textos constitucionales. Así, a los principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción específica y**

*precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios), se suman los propios de aplicación del sistema sancionador, como los de culpabilidad o responsabilidad según el caso – régimen disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias- (juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta<sup>12[53]</sup>), de proporcionalidad o el denominado non bis in ídem.”<sup>13[54]</sup> (Se resalta)*

*Las garantías sustanciales y procesales a favor de la persona en contra de quien se sigue el procedimiento tienen por objeto proteger los derechos constitucionales del individuo y, al mismo tiempo, limitar la potestad sancionadora del Estado. Por tal razón, la Constitución establece que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (art. 29 C.P.). No obstante lo anterior, en relación con el procedimiento administrativo sancionador dichas garantías se aplican con unos matices especiales.*

*(...)*

*Así las cosas, la actuación requerida para la aplicación de sanciones de esta naturaleza está subordinada a las reglas del debido proceso administrativo, que tiene unas características especiales que le son propias a la Administración Pública.*

**6.3.** *Dentro de los principios esenciales del debido proceso, merece destacarse para la presente causa el de legalidad.*

*El principio de legalidad como pilar fundamental del ejercicio del poder, implica de manera general que “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”<sup>14[56]</sup>, lo que resulta ser desarrollo del artículo 6 constitucional, según el cual, las autoridades son responsables, no sólo por*

*infringir la Constitución y las leyes, sino también por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*

*Por su parte, como principio rector del derecho sancionador, la legalidad significa específicamente que tanto la conducta como la sanción misma deben estar predeterminadas; en este sentido, es necesario que exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción y que ésta contenga una descripción precisa de la acción u omisión objeto de reproche y de la sanción que ha de imponerse. No obstante, debe recordarse que en materia administrativa esta garantía, así como todas aquellas que hacen parte del derecho al debido proceso, tienen una aplicación más flexible, en atención a las características especiales que presenta la Administración Pública<sup>15[57]</sup>.*

*Ahora bien, el principio de legalidad se manifiesta en dos principios fundamentales: el de reserva de ley y el de tipicidad.*

**6.3.1.** *El principio de reserva de ley implica que solamente el legislador está constitucionalmente habilitado para establecer las acciones u omisiones que dan lugar al ejercicio del poder punitivo del Estado, determinar cuales serán las correspondientes sanciones -de naturaleza penal o administrativa según el caso- y fijar los procedimientos que deben seguirse para imponerlas.*

*Así, la reserva de ley como principio fundante del ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria implica que sólo el legislador puede otorgar dicha prerrogativa y establecer los elementos fundamentales que determinarán su ejercicio. Sin embargo, en el cumplimiento de dicha función el legislador no es absolutamente libre, como no puede serlo el ejercicio de ningún poder en un Estado Social de Derecho; en este sentido, también la definición de una conducta sancionable debe respetar los mandatos establecidos en el Texto Superior y las garantías reconocidas a través de los tratados internacionales, los cuales limitan el ejercicio de la potestad de configuración legislativa.*

*No obstante, debe señalarse que en materia de derecho sancionador por ley no solamente debe entenderse la norma que expide el legislador ordinario sino también la que profiere el Gobierno en ejercicio de facultades extraordinarias.*

Así, esta Corporación ha establecido que “corresponde entonces, al legislador ordinario, en ejercicio de la cláusula general de competencia (art. 150 C.N.), o al legislador extraordinario, debidamente facultado para ello, dictar regímenes penales de cualquier índole (disciplinaria, contravencional, administrativa, penal etc.) señalando el procedimiento para la aplicación de las sanciones que allí se contemplan.”<sup>16[58]</sup>

**6.3.2.** Por su parte, en virtud del principio de tipicidad, el cual tiene también una aplicación más flexible en materia administrativa, el legislador debe establecer expresamente los elementos fundamentales del tipo, lo que implica que se efectúe: (i) la descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción; (ii) la determinación de la sanción, lo que implica la descripción de todos los aspectos relativos a ella, esto es, el tipo de sanción a imponer, el término o la cuantía de la misma, la autoridad competente para aplicarla y (iii) el procedimiento que debe seguirse para proceder a su imposición.

En este sentido, como quiera que las infracciones en materia sancionatoria administrativa son variadas y diversas, además de que en ocasiones responden a criterios de carácter técnico o especializado, no sería posible exigirle al legislador que determine con absoluta precisión y detalle todos los elementos del tipo. Por esta razón, la aplicación matizada de este principio implica que el legislador debe señalar los elementos básicos para delimitar la prohibición, sin que le sea exigible la definición de todos y cada uno de los aspectos de la falta<sup>17[59]</sup>.

Sin embargo, la flexibilidad del principio de legalidad no significa que se permita la arbitrariedad de la Administración en la imposición de las sanciones, por lo que en todo caso la ley deberá establecer, como mínimo, los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada, las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la conducta, así como la sanción que será impuesta o los criterios para determinarla con claridad<sup>18[60]</sup>.

**6.4.** *Ahora bien, se plantea entonces el siguiente interrogante: ¿Qué sujetos pueden ser titulares de dicha facultad? Es decir, ¿se trata de una prerrogativa predicable únicamente de las autoridades administrativas o es posible que el legislador la otorgue a otros sujetos distintos?*

*Tal como se estableció con anterioridad, por expresa disposición constitucional (art. 210, inciso 2 C.P.) en nuestro ordenamiento jurídico es posible que la Administración Pública busque la consecución de los fines estatales y de sus cometidos, con la participación de los particulares; para tales efectos el particular es un agente que cumple funciones administrativas y coadyuva en la realización de los cometidos estatales.*

*Por su parte, la potestad sancionatoria administrativa encuentra su razón de ser en la necesidad de asegurar la realización de los fines de la Administración Pública, que se concretan en la satisfacción del interés público, por lo que dicha facultad no está referida de manera exclusiva a las autoridades públicas, entendidas éstas desde el punto de vista orgánico, sino que también puede ser otorgada por la ley a particulares que ejercen funciones administrativas, quienes, tal y como se señaló con anterioridad, para efectos de la realización de dichas tareas actúan como verdaderas autoridades.*

*Así lo ha reconocido en distintas oportunidades esta Corporación. Por ejemplo, en relación con el ejercicio de la profesión de odontología, la Ley 35 de 1989 dispuso en su cuyo artículo 59 la creación del Tribunal de Ética Odontológica y de los Tribunales Seccionales, órganos encargados de examinar y sancionar la conducta de los profesionales de la odontología; los miembros de estos Tribunales son particulares que, con fundamento en los artículos 209 y 210 de la Constitución Nacional, ejercen una función pública por expresa disposición legal. En este escenario y al determinar cual era la naturaleza de las sanciones que ellos imponían, esta Corporación sostuvo que “las actuaciones realizadas por los Tribunales de Ética Odontológica se pueden asimilar a actuaciones de orden administrativo y que las sanciones que ellos imponen se pueden inscribir dentro del ámbito del derecho administrativo sancionador.”<sup>19[61]</sup>*

*Esa situación también se presenta en materia de seguridad social en salud; así, el legislador le otorgó a las empresas prestadoras de estos servicios,*

*independientemente de su condición de oficiales o privadas, la facultad de imponer determinadas sanciones cuando quiera que los usuarios incumplan con sus obligaciones y deberes para con el sistema. De esta manera, "Las facultades correctivas adoptadas por parte de las E.P.S. han sido avaladas en reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional, para sancionar (...)."20[62]*

*De esta manera, siendo la potestad sancionatoria de la Administración un elemento indispensable dentro de un Estado Social de Derecho para la realización de los fines estatales, esta potestad no solamente puede ser atribuida por la ley a ella, sino también a los particulares que ejercen funciones administrativas; ello por cuanto, independientemente de quien desempeñe la función y siempre que el legislador lo haya establecido de manera expresa, su reconocimiento se funda en la necesidad de asegurar el cumplimiento de los fines que se ha trazado el Estado, por lo que nada obsta para que los particulares que cumplan funciones administrativas puedan imponer sanciones de la misma naturaleza bajo los estrictos y precisos términos establecidos en la ley.*

*En este punto, necesario es resaltar que ello no significa, de manera alguna, que los particulares modifiquen su naturaleza y, por ese hecho, se conviertan en servidores públicos. En efecto, esta Corporación así lo ha establecido en reiterados pronunciamientos a los que ya se hizo alusión en esta providencia. No obstante lo anterior, el hecho de que se les permita ejercer este tipo de funciones sí genera un incremento de sus responsabilidades y una sujeción especial al Estado; en este sentido, la Corte Constitucional ha señalado:*

*"La circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su Estatus de particulares ni los convierte -por ese hecho- en servidores públicos. No obstante dicha salvedad, el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares conlleva un lógico incremento en el nivel de responsabilidades del sujeto a cargo de la prestación que deriva en una intensificación de los compromisos adquiridos para con el Estado. Las obligaciones que el particular asume por razón del ejercicio de una función pública son de tal relevancia que su responsabilidad se extiende más allá de los límites impuestos a los que no prestan servicio alguno. Así, mientras los particulares que no se encuentran vinculados al Estado mediante una relación de servicio público regulan su responsabilidad de acuerdo con la primera parte del artículo 6° de la Constitución Política, es decir que no son responsables ante las*

*autoridades por infracción de la Constitución y la Ley, los que sí lo están se hacen responsables por “omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”<sup>21[63]</sup>*

*De esta manera, el hecho de que la potestad administrativa sancionadora constituya un instrumento de realización de los fines que la Carta atribuye a estas autoridades, es precisamente lo que justifica la posibilidad de que ella sea atribuida a particulares que ejercen funciones administrativas. Sin embargo, como quiera que el hecho de que el particular ejerza una potestad en tal sentido no deviene de su naturaleza sino del hecho de que se lo ha habilitado por la ley para el ejercicio de determinadas funciones públicas, en este evento es necesaria una mayor especificidad legislativa en cuanto a la posibilidad de ejercer una potestad en tal sentido y en relación con la determinación de los elementos estructurales de la falta, de la sanción propiamente dicha y del procedimiento a seguir, toda vez que se trata de una facultad extraña a la naturaleza del particular y, en este sentido, que responde a un específico fin: la consecución de los objetivos de la Administración Pública.*

*Ello, además, por cuanto de acuerdo con el artículo 210 de la Carta Política, a pesar de que los particulares pueden cumplir funciones administrativas, en estos casos su actuación está sujeta de manera estricta a los términos que le señalen la Constitución y la ley.*

## **2. La sanción por incumplimiento de obligaciones dinerarias son los intereses de las sumas adeudas - no la modificación del precio**

La propuesta consiste en que el operador cambia el precio del servicio [cobra más costoso], por el incumplimiento en el pago, situación que evidencia una falta de relación de causalidad entre el incumplimiento de una obligación dineraria, que normalmente genera intereses de conformidad con la legislación civil y comercial, que es migrada o sopesada con una modificación de uno de los elementos esenciales de la interconexión, como lo es el precio, que va directamente relacionado o definido en consideración con los volúmenes consumidos, la calidad, los pactos de exclusividad [en otro tipo de negocios] inclusive en el Código Civil, el precio en la compraventa no se puede dejar al

---

arbitrio de uno de los contratantes [artículo 1865] en igual sentido lo contiene el Código de Comercio [artículo 920], Es decir, la deuda se origina por el no pago del precio, pero el precio para el productor no varía por el hecho de existir una deuda, si a la misma se le están pagando los intereses respectivos.

De acuerdo con lo anterior, se debe replantear la figura pues no es admisible que existiendo una oferta [OBI] y esta haya sido aceptada, en lo que respecta al precio, el mismo pueda ser modificado por el incumplimiento de una de las partes, cuando la sanción en beneficio del afectado [obligación dineraria] se compensa con los intereses.

Es curioso que tenga más argumentación jurídica el hecho de poder suspender la interconexión, que modificar uno de los elementos esenciales de la misma como lo es el precio, ya que la suspensión o terminación se basa en que el incumplimiento de una de las partes legitima a la otra para que no siga prestando el servicio, situación prevista en el Código Civil [artículo 1564 y 1609 y ] y el de Comercio [870], es decir, si no hay un pago oportuno la solución no es modificar el precio aplicable que como se dijo arriba de acuerdo con la propuesta no se sabe el momento en que debe operar.

Por último, se recomienda que en caso de seguir adelante con la propuesta se sugiere que se defina claramente la forma en que se deben pagar los intereses cuando ha habido modificación en el precio [aplicación del proyecto], ya que si hubo una sanción no parece lógico que al afectado además se le cobren intereses sobre las sumas no pagadas ya que su sanción se definió de otra manera.[*non bis in ídem*]

Cordialmente,

**LEONARDO CORTES**  
Representante legal