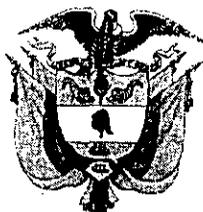


REPUBLICA DE COLOMBIA



COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES

208

RESOLUCION No DE 2000

"Por la cual se resuelve un conflicto entre TELECOM y ETB"

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial las conferidas por los artículos 73.8 de la Ley 142 de 1994 y 37 del Decreto 1130 de 1999, y

CONSIDERANDO

ANTECEDENTES

1.- La Empresa Nacional de Telecomunicaciones, en adelante, **TELECOM**, y la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, **ETB S.A. E.S.P.**, en adelante, **ETB**, suscribieron en fecha 23 de junio de 1999, el Contrato de Provisión de Acceso y Uso a Bienes y Servicios en la Estación del Sistema de Cable Submarino Panamericano, el cual tiene por objeto el suministro de acceso y uso por parte de **TELECOM** a **ETB** de los bienes y servicios ubicados en la Estación del Sistema de Cable Submarino Panamericano en la Ciudad de Barranquilla, Departamento del Atlántico y la instalación de algunos equipos como antenas y equipos de radio.

2.- En cuanto al valor y forma de pago del mencionado contrato, las partes, en la Cláusula Séptima, acordaron lo siguiente:

"...CLAUSULA SEPTIMA. VALOR Y FORMA DE PAGO.-

El valor y forma de pago del presente contrato serán los que determine la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones,

. CRT, de conformidad con la metodología que defina para tal efecto. Una solicitud en este sentido ha sido presentada por las partes a la CRT, en su calidad de experta en Telecomunicaciones, habiendo esta (sic) aceptado el encargo. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la firma del presente contrato, las partes presentarán ante la CRT los criterios que a su juicio sirven para la determinación del valor y forma de pago; no obstante, la CRT no está obligada a acoger ninguna de las metodologías que sean puestas a su consideración. Dentro de los

A handwritten signature or mark in the bottom right corner of the page.

treinta (30) días calendario siguientes al vencimiento del plazo mencionado anteriormente, la CRT comunicará a las partes el valor y forma de pago definidos y la metodología aplicada.

*En el valor establecido por la CRT se entenderán incorporados todos los costos incurridos por parte de **TELECOM** para permitir el acceso y el uso de todos los bienes y servicios en la estación del Sistema de Cable Panamericano por parte de **ETB** y la activación de la capacidad adquirida en el sistema por esta empresa, a partir de la firma del presente contrato. En caso de que se cause IVA sobre el valor del presente contrato o parte de este el mismo será asumido por **ETB**.*

Las partes acogerán plenamente lo decidido por la CRT y, en consecuencia, se comprometen a no interponer recurso alguno en contra de esta determinación".

3.- En fecha 28 de junio de 1999, **TELECOM** y **ETB**, con base en lo previsto en la Cláusula Séptima del contrato antes mencionado, remitieron a la CRT los criterios que, a juicio de cada una de ellas, debían ser tenidos en cuenta para la determinación del valor total de dicho contrato y su forma de pago.

4.- El Comité de Expertos Comisionados de la CRT, decretó un dictamen pericial con el fin de establecer el valor que **ETB** debía pagar a **TELECOM**. Por la especialidad del asunto, se decidió acudir a un experto internacional, contratándose a la firma IT International Telecom Inc.

5.- El 5 de noviembre de 1999, IT International Telecom Inc., presentó el dictamen pericial.

6.- El 10 de noviembre de 1999, la CRT corrió traslado del dictamen pericial a las partes.

7.- En fecha 16 de noviembre de 1999, **ETB** remite comunicación a la CRT, en la cual manifiesta que ha recibido copia del informe y que "...de acuerdo con los compromisos previamente adquiridos con **TELECOM**, según los cuales ambas partes se acogerían sin reservas a lo dictaminado por la firma It International Telecom Inc, la Empresa que represento acoge en su integridad y sin observaciones el dictamen suscrito el pasado 28 de octubre de 1999".

8.- Así mismo, en fecha 16 de noviembre de 1999, **TELECOM** objetó por error grave el dictamen pericial, en los aspectos determinantes de las conclusiones y en las conclusiones mismas.

CONSIDERACIONES DE LA CRT

Antes de decidir sobre la solicitud de las partes, en el sentido de determinar el valor que **ETB** debe pagarle a **TELECOM** por el acceso y uso de los bienes y servicios ubicados en la Estación del Cable, resulta necesario pronunciarse acerca de las objeciones por error grave al dictamen pericial presentadas por esta última empresa.

Las objeciones formuladas por la apoderada de **TELECOM**, se sustentan fundamentalmente en que IT International Telecom Inc., en la elaboración del dictamen, acudió a un enfoque y a una metodología equivocados, sin que se reflejaran en sus cálculos los costos reales asociados tanto a las instalaciones y equipos a utilizar por parte de la **ETB**, como el acceso al uso de la capacidad.

A continuación se analizarán las objeciones formuladas y, teniendo en cuenta que las mismas están reiterando la metodología propuesta por **TELECOM** en la comunicación de 28 de junio de 1999 antes citada, ésta también será objeto de estudio.

1.- Objeciones a la Metodología.

En relación con la metodología, la apoderada de **TELECOM** fundamenta la objeción en los siguientes argumentos, que serán respondidos en el mismo orden, así:

1.- Al constituirse **ETB** en Parte Adicional en el Consorcio que opera el Sistema de Cable Submarino Panamericano, adquirió los derechos de utilización de la capacidad en transmisión y asumió unas obligaciones que implican el pago proporcional de costos en dicho sistema.

No obstante, la **ETB** no adquirió derechos de utilización del Segmento E, del que es propietario **TELECOM**. En efecto, en la Cláusula Octava del Acuerdo de Operación y Mantenimiento del Sistema de Cable, se pactó la no obligatoriedad a cargo de los operadores de segmentos de permitir el acceso a las estaciones a los operadores de países miembros. Por lo tanto, la citada cláusula tiene un fin claro de protección a la inversión frente a eventuales situaciones de competencia entre partes del mismo país, protegiendo, de esta manera, la recuperación de los costos de los inversionistas y manteniendo sobre la ejecución del acuerdo, los principios de acceso igual cargo igual.

*En cuanto al argumento que **ETB** no adquirió derechos de utilización del Segmento E, será tratado más adelante cuando se resuelva lo relacionado con los costos que pagó esta empresa por su ingreso al Sistema de Cable Submarino Panamericano.*

*En relación con el alcance que tiene la Cláusula Octava del Acuerdo de Construcción y Mantenimiento al que se ha hecho referencia, es de aclarar que al existir ya el pacto entre **TELECOM** y **ETB** que garantiza a ésta, el acceso y uso a bienes y servicios en la Estación del Sistema de Cable Panamericano, carece de relevancia la discusión acerca de que la Cláusula Octava del citado Acuerdo define la no obligatoriedad de los operadores de segmentos de permitir el acceso a las estaciones de operadores de países miembros.*

*Efectivamente, en primer término, tal obligatoriedad como se manifestó antes, ya está pactada y, en segundo, la condición de esenciales para **ETB** de las instalaciones en cuestión, no deriva de la definición contractual que de ellas se haga sino de condiciones objetivas relativas a su suministro y sustitutibilidad.*

*Estas condiciones, en opinión de la CRT, se materializan en este caso, por cuanto el suministro exclusivo o de manera predominante por un solo proveedor u operador o por un número limitado de ellos de la respectiva instalación, para que pueda asumir la condición de esencial, no se predica en este caso de la posibilidad de que **ETB** pueda adquirir capacidad en otros cables, pues el presupuesto de esta decisión es que ya la adquirió en el Cable Submarino Panamericano y es respecto de éste que tiene que analizarse el carácter de esencial de la instalación que le sirve de amarre al Cable.*

*Por lo tanto, la instalación cuyo carácter de esencial se discute, no es propiamente el cable submarino, sino los bienes y servicios a cargo de **TELECOM** que sirven de acceso a la cabeza del mismo y que de acuerdo con lo pactado en el contrato suscrito entre las partes el 23 de junio de 1999, **TELECOM** se obligó a suministrar, tales como: Espacio físico para que la **ETB** pueda instalar los equipos que requiera para el acceso al Sistema de Cable, los equipos de que dispone **TELECOM** para ese mismo efecto, las posiciones en DDF y en general todo lo indispensable para que la **ETB** pueda tener acceso a dicho Sistema.*

DD/

Ahora bien, a efectos de establecer que se entiende por instalación esencial, de acuerdo con la definición que trae la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, son instalaciones esenciales: "... Toda instalación de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que: a) Sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores y b) Cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico."

En este contexto, el carácter de proveedor exclusivo de **TELECOM** se configura, porque no hay otro proveedor que pueda suministrar este acceso, en razón a que el Sistema de Cable Submarino Panamericano tiene un único punto de aterraje en el territorio colombiano, que precisamente se encuentra ubicado en las instalaciones de **TELECOM**, por lo que la **ETB** desde el punto de vista técnico no tiene otra forma de acceso a la cabeza del cable, constituyéndose de esta manera dicha instalación en insustituible para la **ETB**.

2.- Las referencias tomadas de la FCC de los Estados Unidos y de la CRTC del Canada no resultan aplicables para este caso, por cuanto no es posible hacer símiles entre el acceso compartido a una central de conmutación local y el acceso a la estación de cable, ya que uno y otro acceso tienen finalidades distintas. En efecto, mientras en el acceso compartido a una central la red interconectante es absolutamente insustituible, en el acceso a la estación del cable existe la posibilidad de adquirir capacidad en muy variados cables a través de los inversionistas existentes bajo tratamiento en precios no discriminatorios, o de utilizar los sistemas satelitales; en este sentido, solo hay que tomar la decisión de invertir y asumir los riesgos.

Con respecto a lo manifestado por la apoderada de **TELECOM** en este sentido, la CRT considera que el tipo de interconexión que exista en la estación que se va a compartir, no determina las diferencias en el acceso ni mucho menos en los recursos de infraestructura a compartir, toda vez que en ambos casos se interconectan E1s. En el caso de centrales telefónicas se interconectan entre redes de conmutadores y en el cable se interconectan redes de transporte, por lo que las referencias tomadas de la FCC y de la CRTC por los peritos son válidas.

Por otra parte, como se dijo antes, el carácter de insustituible no se predica del Cable, como pretende **TELECOM**, sino de los bienes y servicios necesarios para acceder a la cabeza del cable en el cual **ETB** también invirtió, es decir el Cable Submarino Panamericano.

3.- El dictamen presentado por IT-International Telecom Inc. no tuvo en cuenta todos los costos en que incurrió **TELECOM** para permitir el acceso señalado, lo cual constituye error grave del dictamen, pues para esta empresa el concepto de ubicación compartida ('collocation') no es el único a tener en cuenta para la fijación del precio de acceso a la estación de cable, ya que éste es solo una parte del acceso al Sistema de Cable Submarino Panamericano.

Adicionalmente, la metodología adoptada por los peritos, limita los componentes del precio solo a los costos directos (costos de capital y operación) de ubicación compartida, sin que se reconozca el esfuerzo económico y técnico y los riesgos asumidos por **TELECOM** al invertir en un proyecto de operación y mantenimiento de cable submarino equivalente a USD \$14 millones.

Por último, agrega que si únicamente se reconocen los costos de ubicación compartida, se desconocerían costos tales como la experiencia, conocimiento y dedicación de sus funcionarios que ha permitido la consolidación y desarrollo de los sistemas de cable en el país, así como las inversiones realizadas y los períodos muertos de la misma, el nivel de riesgo y la oportunidad de inversión, la decisión de

participación de **TELECOM** con un esfuerzo que sacrificó la oportunidad de realizar inversiones de alta productividad en otros niveles y tecnologías de red.

Con respecto a este punto, debe resaltarse la diferencia clara que existe entre dos elementos de la inversión realizada por las partes: En primer lugar, es necesario considerar la inversión realizada, tanto por **TELECOM** como por **ETB**, en el consorcio que llevó a cabo la construcción del cable submarino, así como su puesta en marcha, operación, funcionamiento y mantenimiento y en segundo, los gastos y desembolsos en que debe incurrir **ETB** por el acceso a la cabeza del cable en Barranquilla.

En relación con estos dos aspectos resulta necesario hacer las siguientes consideraciones:

- **La inversión de las partes en el Cable Submarino.**

Tanto **TELECOM** como **ETB** realizaron inversiones en el Sistema de Cable Submarino Panamericano como partes signatarias del Consorcio. Efectivamente, de acuerdo con el expediente que reposa en la CRT (fls.182 y 183), la inversión total realizada por **TELECOM** al ingresar como miembro del Consorcio ascendió a USD\$13.538.805, mientras que **ETB**, como Parte Adicional del Consorcio, invirtió la suma de USD\$3.715.721. La anterior inversión en términos de capacidad le significó a **TELECOM** la adquisición de 85 E1s y a **ETB** la adquisición de 26 E1s.

Así mismo, **TELECOM**, de conformidad con lo pactado por las Partes Iniciales en el literal F numeral 17 del Acuerdo de Construcción y Mantenimiento del Sistema, en razón a la aceptación de Partes Adicionales, entre ellas **ETB**, recibió un ajuste a su inversión de USD \$2.753.654 por concepto de capital y USD\$144.548 por intereses.

En este sentido y teniendo en cuenta que la estrategia comercial de las Partes Iniciales del Sistema de Cable Submarino Panamericano, es precisamente vender capacidad en el mencionado Cable, en razón a que cada vez que ingresa una Parte Adicional se genera una utilidad para aquellas, carece de validez lo afirmado por **TELECOM**, por cuanto contrario a generarle costos el ingreso de **ETB** al Sistema, lo que significó fue una recuperación de la inversión inicial.

Además, es de anotar que para que **ETB** pudiera constituirse como Parte Adicional, debió cumplir las condiciones que contempla el numeral 29 del Acuerdo de Construcción y Mantenimiento, las cuales hacen referencia a: (i) Compromiso de adquirir participación en la inversión correspondiente por lo menos hasta el año 2014; (ii) Acuerdo entre todas las Partes cuyas asignaciones en las UMI en los anexos D serán modificadas con la admisión de una Parte Adicional; (iii) La Parte Adicional cancele la parte proporcional, conforme a los Anexos C enmendado tras la admisión de la Parte Adicional, que le corresponde de los costos o costos de capital en que se haya incurrido en virtud de dicho Acuerdo.

De lo anterior se deduce que **TELECOM**, estuvo de acuerdo con el ingreso de **ETB** al Consorcio y con las condiciones en que dicho ingreso se produjo, entre ellas, el precio de USD \$3.7 millones que pagó **ETB**.

En este orden de ideas y como lo plantea la teoría económica a este respecto, el precio que se definen en este tipo de negociaciones, llevadas a cabo de manera voluntaria y libre por las partes, es eficiente, es decir, se entiende que toma en cuenta las variables, condiciones y costos, tanto implícitos como explícitos, que rodean el negocio.

Adicionalmente, es importante destacar que las variables no incluidas en el dictamen pericial y a las que hace alusión **TELECOM** se refieren a la inversión inicial en el

Sistema de Cable Submarino Panamericano y no al acceso de ETB a la cabeza del cable en Barranquilla, que fue el objeto del mencionado dictamen.

A este respecto, considera la CRT que en el evento que algunos de estos elementos no se hubieran tenido en cuenta en la negociación que permitió la entrada de ETB al Consorcio, de conformidad con lo pactado en el numeral 35 del Acuerdo de Construcción y Mantenimiento antes citado, es ante el Comité General en donde debieron ser discutidos, por cuanto el encargo de las partes, según el Contrato que suscribieron el 23 de junio de 1999, se circunscribe a determinar el valor que debe pagar la ETB por el acceso y uso de las instalaciones a la Estación del Cable.

Por último, no puede perderse de vista que de acuerdo con lo pactado por las partes del Consorcio, tal como se desprende de los literales B C y D del numeral 18 del Acuerdo de Construcción y Mantenimiento antes citado, para utilizar el Segmento E, donde se encuentra ubicada la Estación del Cable en Barranquilla, las partes, entre ellas ETB, deben pagar al propietario de esa Estación de Cable, en este caso TELECOM, una suma global para sufragar una porción de los costos de capital en que incurrió para suministrar ese Segmento, junto con una suma anual para cubrir los costos de mantenimiento, supervisión y operación, en forma proporcional a su capacidad en dicho Segmento.

Con base en lo anterior, tales costos no deben hacer parte de lo que debe pagar ETB por el acceso a la cabeza del Cable, en razón a que se le estaría imputando dos veces dicho costo, máxime si se tiene en cuenta que el Sistema de Cable Submarino Panamericano reconoció a TELECOM los costos de capital por la inversión que realizó en la Estación del Cable en Barranquilla.

- Los costos de acceso a la cabeza del cable submarino

Ahora bien, con respecto a los activos, costos y gastos relacionados con el acceso de ETB a la cabeza del cable submarino y con base en los cuales debe fijarse el valor a pagar, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la visita que hicieron los peritos a la Estación del Cable, se estableció que para efectos de tener acceso al cable en dicha estación, ETB debía utilizar un espacio de 4.3 metros de ancho por 5.5 metros de largo, que en ese momento se encontraba ocupado con equipos de prueba de repuesto de propiedad de TELECOM y otros materiales empacados en cajas. Este cuarto tiene un área de 23.65 metros cuadrados.

De otra parte, para determinar el precio que le debe reconocer ETB a TELECOM por el acceso a la Estación del Cable, debe existir, como así lo plantea el dictamen de los peritos, una clara relación de causalidad entre el acceso por parte de ETB a la cabeza del cable submarino, los activos que debe utilizar específicamente para lograr dicho acceso y los costos asociados al mismo.

A este respecto, la CRT está de acuerdo con la metodología empleada por los peritos, por medio de la cual se incluyen como base del precio de acceso a pagar por parte de ETB únicamente los activos y costos relacionados con las instalaciones asociadas al "collocation room" y a los costos que generan las actividades que tienen que ver con el acceso de la empresa a la cabeza del cable submarino.

Así las cosas y como quiera que los factores como riesgo de la inversión, liderazgo en el proyecto, costos de oportunidad, sacrificios alternativos, entre los que menciona TELECOM, están incluidos en el valor de la inversión inicial que hizo ETB en el Consorcio, la metodología empleada por los peritos para fijar el precio a pagar por esta empresa es correcta, por cuanto los conceptos que deben considerarse a efectos de fijar el precio deben necesariamente limitarse a: (i) el pago por el arrendamiento del "collocation room", que como se dijo antes tiene un área de 23.65 M2, pago que en

valor presente y en dólares corrientes asciende a la suma de US\$93,391 y (ii) los costos de mantenimiento, vigilancia, energía y demás, asociados al "collocation room".

Finalmente, en lo que hace referencia al personal y otros costos de apoyo a la actividad de ubicación compartida, es de aclarar que el dictamen de los peritos incluye en los cálculos de los costos e inversiones, tanto recurrentes como no recurrentes, un sobrecosto o 'mark-up' del 25%, cifra que entra a formar parte de los costos que debe pagar **ETB** por tener acceso a la cabeza del Cable. Este 'mark-up' refleja el costo generado por la totalidad de las funciones de soporte y apoyo que **TELECOM** deberá suministrar en el futuro.

En consecuencia, la CRT considera que no son válidas las objeciones planteadas por **TELECOM**, por cuanto éstas hacen referencia a variables asociadas tanto a la inversión inicial en el Consorcio, como a los costos y gastos compartidos que imputa **TELECOM** de manera periódica a las partes del mismo y no a los activos, costos y gastos relacionados directamente con el acceso a la cabeza del cable.

4.- La metodología utilizada por los peritos desconoce la manera como funciona el negocio de sistemas de cable submarino y constituye un grave precedente en el país por el desestímulo a la inversión en infraestructura, ya que aquellas compañías de valor agregado autorizadas para instalar redes internacionales, solo tendrán que pagar en proporción a su inversión o derecho adquirido en el sistema, una cifra igual o menor a US\$1.100 por acceder a la estación, sin haber asumido ninguna iniciativa de inversión.

No le asiste la razón a **TELECOM** cuando plantea que un inversionista cualquiera en Colombia, por acceder a la infraestructura del cable submarino va a tener que incurrir únicamente en una inversión equivalente a USD \$1.100.

En efecto, no puede perderse de vista que para hacerse parte del Consorcio, es necesario que el nuevo inversionista pague por su ingreso al mismo una cifra considerable, tal como en el presente caso lo hizo **ETB**. De igual manera, dicho inversionista deberá asumir, como miembro del Consorcio, los costos mensuales que por mantenimiento y operación, le cobrará periódicamente el propietario del segmento, que en el caso del Segmento E es **TELECOM**.

Así mismo, deberá pagarle a este último el valor de arrendamiento y usufructo del 'collocation room' y de sus instalaciones asociadas. Por lo tanto, el valor a pagar no puede descalificarse de manera simple como una cifra mensual de USD \$1.100, toda vez que el valor a cancelar incluye dos conceptos: el valor de los costos de la inversión que **TELECOM** realizó en el pasado y que en dólares corrientes, asciende a la suma de USD \$93,391 y el pago mensual por concepto de energía, mantenimiento y vigilancia, entre otros y que, en valor presente se estiman en USD \$14,691 constantes.

Adicionalmente, es de resaltar en este punto que la cifra mensual que deberá pagar la **ETB** corresponde únicamente al arrendamiento de instalaciones que ocupan un área de 23.65 M2 de un total de 502 M2 de que constan las instalaciones de la Estación del Cable.

5.- Aplicar una metodología de costeo que solo tiene en cuenta los costos incrementales y no los totales, constituye un desconocimiento de los costos financieros reales y viola el principio de igualdad en los costos que deben asumir ambos operadores.

En cuanto a que la metodología solamente tuvo en cuenta los costos incrementales, la CRT considera que la metodología y los cálculos utilizados por los peritos toman en cuenta tanto los costos y las inversiones históricas realizadas por parte de **TELECOM**,

DD

como los costos incrementales futuros que deberá asumir **ETB** a prorrata y cancelar mensualmente. Efectivamente, los peritos diferencian claramente entre los que ellos denominan costos recurrentes y costos no recurrentes. Por esta razón, la objeción de **TELECOM** carece de validez.

6.- Con relación a los porcentajes empleados por los peritos para distribuir los costos entre **ETB** y **TELECOM**, éstos no reflejan el hecho de que la utilización por parte de **TELECOM** de la capacidad disponible en el sistema de cable puede variar en el futuro inmediato de manera radical, más aún si se tiene en cuenta que **TELECOM** no desea adquirir mayor capacidad en este cable, razón por la cual su porcentaje de participación en el mismo disminuirá de manera significativa en el futuro. En esta nueva condición, su porcentaje de propiedad de referencia podría ser del 15% al 20%, cuando en la actualidad es del orden del 48%.

Con respecto a este argumento la CRT considera que si bien es cierto, el ingreso de Partes Adicionales va a modificar la capacidad de participación en el Segmento E, esto no incide de manera alguna en el valor que por colocación de equipos para acceder al Sistema de Cable Submarino Panamericano debe pagar una Parte Adicional, por cuanto la variación en la capacidad de alguna de las partes, de conformidad con lo pactado en el literal E numeral 14 del Acuerdo de Construcción y Mantenimiento, se refleja en la posición de éstas al interior del Consorcio, tanto en su participación en el mismo como en los gastos y costos que debe asumir por la operación del Sistema. Por lo tanto no le asiste la razón a la apoderada de **TELECOM** en relación con este punto.

7.- En el dictamen se manifiesta que no se tendrá en cuenta, como costo no recurrente a cargo de **ETB**, el equipo MUX/DACS, hecho que es inconsistente con el esquema de asignación formulado por los peritos, ya que el costo de este equipo debe entrar a formar parte de los valores base sobre los cuales debe calcularse el pago a realizar por parte de **ETB**.

En cuanto al argumento de que no se tuvo en cuenta como costo no recurrente el equipo MUX/DACS, es de señalar que efectivamente no se tuvo en cuenta por parte de los peritos en razón a que tal costo no tiene relación directa con el "Collocation Room", por cuanto es un costo que se imputa al Consorcio como tal y, en consecuencia, los desembolsos que tengan que hacer **TELECOM** y **ETB** por ese concepto no son otros que los que les impone su calidad de partes, determinados como se ha dicho antes, por su porcentaje de participación en la capacidad del Cable.

8.- El dictamen tomó como base unos costos de operación y mantenimiento del Segmento E de US\$1.500, que fueron erróneamente informados por **TELECOM** el 6 de mayo de 1998 y asociados a costos de capital. Esta situación fue corregida mediante el oficio del 2 de julio de 1999, en el que se plantea un valor mensual de US\$28.985 por costos de operación y mantenimiento.

Los peritos tomaron como base para el dictamen pericial los costos de operación y mantenimiento, asociados a la colocación de equipos por parte de **ETB** por cuanto eran éstos los que se requerían para efectos de fijar el valor a pagar por **ETB** y no los costos totales por la operación y mantenimiento del Segmento E, los cuales según el literal D numeral 18 del Acuerdo de Construcción y Mantenimiento, son sufragados por las partes en forma proporcional a su participación en el mismo, razón por la cual, en este caso **ETB** asume una parte de los costos de operación y mantenimiento de dicho segmento, tal como se manifestó antes.

2.- Objeciones al Enfoque

A este respecto la apoderada de **TELECOM** aduce lo siguiente:

1.- Desde la obtención de la licencia como operador de larga distancia la **ETB** tenía la posibilidad de emplear o conseguir capacidad en otros cables como **GLOBALCROSSING**, **ATLANTIS I**, **AMERICAS I** y de esta manera desarrollar un esfuerzo de empresa como lo hizo **TELECOM**.

*En lo que tiene que ver con las alternativas con las que contaba la **ETB** para ingresar al negocio de cable submarino, es de anotar, tal como se ha manifestado a lo largo de esta resolución, que en el momento en que esta empresa decidió invertir en el Sistema de Cable Submarino Panamericano una cifra considerable, pagando por tener derecho a capacidad de transmisión, las demás opciones disponibles para **ETB**, dejaron, una vez efectuada la inversión, de ser alternativas viables y, en esa medida, las instalaciones para acceder a la cabeza del cable se convierten en esenciales para la empresa, por cuanto se constituyen en la única manera de tener acceso a dicho sistema.*

2.- El hecho de tomar como base la "collocation" de centrales telefónicas no es el más acertado ya que existe suficiente literatura en el ámbito internacional y de los organismos de regulación de diversos países que muestran que en la mayoría de ellos se adelantan actualmente consultas para establecer si es pertinente desarrollar algún tipo de regulación específica para cable submarino. Efectivamente, del estudio efectuado por la firma consultora Hogan & Harton L.L.P., puede deducirse que la regulación sobre este asunto se encuentra en una fase de desarrollo no solo en Europa sino en otras partes del mundo, con el fin de determinar entre otros, el papel del regulador para lograr una estructura competitiva en el mercado.

En relación con este argumento, debe aclararse que el hecho de tomar como referencia la "collocation" de centrales telefónicas no desvirtua las conclusiones a las que llegaron los peritos, por cuanto como se afirmó anteriormente, independientemente del tipo de interconexión, los recursos de infraestructura que se comparten en una estación, sea telefónica o de cable son similares.

*Adicionalmente, **TELECOM** sometió la fijación del valor del contrato a la decisión de la CRT y no a los estudios que firmas consultoras en otros países puedan estar haciendo en relación con este tema.*

3.- OFTEL en su boletín sobre competencia, del mes de julio de 1999, con respecto al suministro de capacidad en cables submarinos plantea que los cambios que presentan en la economía de la capacidad internacional y las facilidades para obtener capacidad en las rutas de cables submarinos, han llevado a que cualquier cuello de botella que hubiere podido existir en la provisión de capacidad internacional ha desaparecido, razón por la cual partir del enfoque consistente en la necesidad de disminuir los cuellos de botella no es aplicable en los casos de cable submarino, como podría serlo en las redes locales.

*La CRT comparte las consideraciones plasmadas en el boletín de OFTEL al que hace referencia la apoderada de **TELECOM**, sin embargo, es de anotar que las mismas no tienen que ver con el dictamen pericial, toda vez que éste no cuestiona la provisión de capacidad en sistemas de cable, por cuanto como se dijo antes, una vez hecha la inversión por parte de **ETB** en el Sistema de Cable Submarino Panamericano, la provisión de capacidad en otros cables carece de relevancia.*

3.- Objeciones al Plan de Acción

En este punto la apoderada de **TELECOM** manifiesta:

100

Plantean los peritos que **TELECOM** debe proveer la energía que requiera la **ETB** a su costa, sin tener en cuenta que el dimensionamiento de energía para la planta común no es ilimitado y contempla en este caso no solo la Estación de Cable, sino otras facilidades de cohabitación en el sitio e igualmente cualquier ampliación obedece a los periodos de contratación que ello conlleva para **TELECOM**.

*En lo que tiene que ver con el deber de **TELECOM** de proveer la energía que requiera **ETB** a costa de ésta, es de anotar, que dicha obligación se deriva del Contrato de Provisión de Acceso y Uso a Bienes y Servicios en la Estación del Sistema de Cable Submarino Panamericano. En efecto, según lo pactado en la Cláusula Tercera del mencionado Contrato, **TELECOM** tiene dentro de sus obligaciones poner a disposición de **ETB** los servicios compartidos requeridos para la correcta operación de los equipos a ser instalados y que se encuentren disponibles, servicios entre los cuales se encuentra la provisión de la energía que requiera **ETB** para el correcto funcionamiento de sus equipos y cuyo costo está incluido en la suma que debe pagar esta empresa.*

CONSIDERACIONES FINALES

Una vez analizados los argumentos expuestos por la apoderada de **TELECOM**, para sustentar la tacha por error grave al dictamen pericial, considera la CRT que no se configura el error grave, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, para que se presente error grave, éste debe ser de tal magnitud que afecte la estructura del dictamen y, por lo tanto, haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o se haya originado en éstas.

En este sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en distintas providencias, entre las cuales se destaca el auto de fecha 8 de septiembre de 1993, en el que manifestó lo siguiente:

"[...] pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, "...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...", de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil "...no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla, entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva..."

De lo anterior, se deduce que las características que según la ley y la jurisprudencia debe reunir la tacha por error al dictamen pericial para que se considere grave y, por lo

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente No.3446. Magistrado: Carlos Esteban Jaramillo. Gaceta Judicial, tomo LXXXV, pág. 604.

DE

tanto, amerite la práctica de un nuevo dictamen, no se cumplen en este caso, como se vió en el análisis antes realizado.

En consecuencia, de acuerdo con la metodología a aplicar para efectos de fijar el valor que debe pagar **ETB a TELECOM** por el acceso y uso a los bienes y servicios en la Estación del Sistema de Cable Submarino Panamericano en Barranquilla, es la siguiente:

- Un pago por el arrendamiento del "collocation room", que como se dijo antes tiene un área de 23.65 M2, pago que corresponde en forma proporcional al valor total de la inversión que hizo **TELECOM** en el edificio (floor space), que según el dictamen pericial asciende a la suma de USD \$1,181,165, cifra que actualizada con una tasa de oportunidad del 16%², y el índice de precios al consumidor de los Estados Unidos de América de los años de 1.997, 1.998 y 1.999³, arroja una cifra que corresponde a **ETB** proporcional y equivalente a los 23.65 M2, que en valor presente y en dólares corrientes asciende a la suma de US\$93,391.

- Un pago mensual por los gastos y costos por energía, mantenimiento y vigilancia, que comprenderá los siguientes conceptos:

- Todos los costos no repetitivos, asociados a la actividad de colocación o acceso a la cabeza del cable, tales como costos de construcción, instalación del equipo eléctrico, equipo terminal, así como aquellos costos relacionados con equipos, cableado, soporte de cables, cruce de conexiones (cross-connection costs), conduit y otros costos de instalación de acometidas serán pagados por **ETB** en la medida en que ellos se incurran.
- Los costos de la capacitación que deba darse al personal de **TELECOM** como resultado de la ubicación compartida, para la instalación o el mantenimiento del equipo MUX/DACS ECI y de cualquier equipo asociado a la ubicación compartida, los pagará al costo **ETB a TELECOM** en la medida en que se incurran y sean aplicables.
- El consumo de energía de los equipos de ubicación compartida lo pagará **ETB** a la tarifa establecida según el estrato en que se encuentra ubicada la Estación del Cable.
- Los costos directos adicionales de vigilancia que resulten de la ubicación compartida (excluyendo los costos de instalación de seguridad), al suministrar guardias extras o escoltas durante horas hábiles, se cobrarán de acuerdo con la utilización y a una tarifa razonable.
- Los servicios de mano de obra relacionados con la ubicación, se cobrarán de acuerdo con la utilización y a una tarifa razonable.
- **ETB** pagará mensualmente a **TELECOM** la suma de **OCHENTA Y OCHO DOLARES CON TRECE CENTAVOS DE DÓLAR (USD \$88.13)** por concepto de la operación y mantenimiento de las instalaciones de ubicación compartida y liquidados a la tasa representativa de mercado del día en que se efectúe el pago. El valor de esta tarifa se ajustará anualmente con la variación del índice de precios al consumidor de los Estados Unidos de América de los últimos doce meses.

² Esta tasa se encuentra expresada en dólares constantes y refleja el costo promedio ponderado de capital del inversionista. Con esta tasa se le reconoce a las inversiones realizadas por **TELECOM** en el pasado y que ascienden a USD \$1,181,165, un rendimiento, en dólares constantes, del 16%. Esta tasa no incluye el efecto de la inflación en los Estados Unidos.

³ A efectos de pasar de dólares constantes en que se encuentran expresados los cálculos de los peritos, a dólares corrientes de diciembre de 1.999.

Por último, es de anotar, que aún cuando en la Cláusula Séptima del Contrato de fecha 23 de junio de 1999, antes citado, **TELECOM** y la **ETB** se comprometieron a no interponer ningún recurso contra la decisión que adoptara la CRT, pacto que es respetable, el mismo no vincula a la CRT y solamente surte efectos entre ellas respecto de la obligación que tiene esta entidad de agotar la vía gubernativa, de conformidad con lo establecido en los artículos 113 de la Ley 142 de 1994 y 63 del Código Contencioso Administrativo.

Por lo que,

RESUELVE:

Artículo Primero. Declarar infundadas las objeciones por error grave al dictamen pericial formuladas por la apoderada de **TELECOM**.

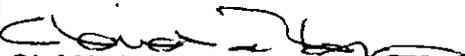
Artículo Segundo. El valor del contrato 0037-99 suscrito entre **TELECOM** y la **ETB**, para la provisión de acceso y uso a bienes y servicios en la Estación del Sistema de Cable Submarino Panamericano en la ciudad de Barranquilla es la suma de **NOVENTA Y TRES MIL TRECIENTOS NOVENTA Y UN DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA USD\$93.391**, cuyo pago lo efectuará la **ETB**, en el plazo de quince (15) días, a partir de la ejecutoria de esta resolución.

Artículo Tercero. **ETB** pagará mensualmente a **TELECOM**, los gastos y costos por conceptos de energía, mantenimiento y vigilancia, así como los costos no repetitivos asociados con el acceso a la cabeza del Cable Submarino Panamericano en la Ciudad de Barranquilla, por el término de duración del Contrato 0037-99 en los términos de la Cláusula Sexta del mismo, aplicando para tal efecto la metodología expuesta en la parte motiva de esta resolución.

Artículo Cuarto. Notifíquese la presente resolución a los representantes legales de **TELECOM** y de la **ETB**, o a quienes hagan sus veces, advirtiéndoles que contra la misma procede el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Santafé de Bogotá, D.C., 02 FEB. 2000


CLAUDIA DE FRANCISCO

Presidente


DIEGO MOLANO VEGA

Coordinador General