



RESOLUCIÓN No. **5335** DE 2018

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP** contra la Resolución CRC 5271 de 2017"

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 5271 del 21 de noviembre de 2017, esta Comisión resolvió el conflicto surgido entre **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, en adelante **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, y la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP**, en adelante **ETB**, relacionado con la imposibilidad de llegar a un acuerdo respecto del valor que por concepto de cargos de acceso debe pagar **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** por la terminación de llamadas fijas y móviles, y mensajes de texto en la red móvil de **ETB**.

Mediante notificación personal se le dio a conocer el contenido de la Resolución CRC 5271 de 2017 a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, el 24 de noviembre de 2017, y mediante diligencia de notificación por aviso se le dio a conocer el contenido de la misma Resolución a **ETB**, el cual fue fijado el 1 de diciembre de 2017.

Dentro del término previsto para tales efectos, **ETB** interpuso recurso de reposición contra la Resolución CRC 5271 de 2017, según comunicación radicada internamente bajo el número 201734288 del 19 de diciembre de 2017¹.

Teniendo en cuenta que el recurso de reposición interpuesto por **ETB** cumple con lo dispuesto en los artículos 76² y 77³ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,

¹ Obrante en el expediente administrativo No. 3000-92-537.

² **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.

³ **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:

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."

deberá admitirse y se procederá con su respectivo estudio, siguiendo para el efecto el mismo orden propuesto por el recurrente.

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.2.30.4 del Decreto 1074 de 2015, 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 ETB

El recurso de reposición presentado por **ETB** pretende que se revoque en su totalidad la decisión contenida en la Resolución CRC 5271 del 2017, para que en consecuencia "*se ordene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES aplicar lo establecido por el regulador en relación con los valores de cargos de acceso aplicados de conformidad con lo establecido por la Resolución CRC 4660 de 2014 en su artículo 5 (...)*"⁴

ETB sustenta su recurso con base en los siguientes argumentos: (i) **ETB** es un operador móvil virtual -OMV; (ii) el *Circuit Switched Fallback* (CSFB) es un mecanismo técnico que no define a un operador como usuario de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional (RAN); (iii) la operación de **ETB** no utiliza la instalación esencial RAN; (iv) por lo que **ETB** es un proveedor entrante; y (v) además, **ETB** ya trasladó a sus usuarios el beneficio de ser entrante.

2.1. Respecto del argumento "*la ETB es un operador móvil virtual*"

2.1.1. Consideraciones del recurrente

Sostiene **ETB** que en los numerales 3.2.1 y 3.2.2 de la Resolución aquí recurrida, la CRC desconoce la figura de OMV, contrariando lo que el recurrente considera como el "*público reconocimiento y tratamiento que la misma autoridad regulatoria y el MINTIC han dado a ETB como OMV*"⁵. Para sustentar lo anterior, **ETB** aporta diferentes documentos -v.gr. conceptos y actas relacionados con la estrategia contra el hurto de equipos terminales móviles en Colombia⁶-, emitidos por la CRC y el MINTIC, así como se refiere al documento amarillo de la Resolución CRC 4660, al documento de respuesta a comentarios de la revisión del marco regulatorio para OMV (2015) y al documento "Revisión de los mercados de servicios móviles", en donde sostiene que se menciona a **ETB** como un OMV completo.

Así, **ETB** argumenta que la Comisión al sostener en la resolución aquí recurrida que dicho operador no es un OMV "*a pesar de que él mismo le ha reconocido dicha calidad*"⁷, demuestra "*un abierto desconocimiento de sus propios actos*"⁸, pues considera que esta Comisión ha reconocido que **ETB** es un OMV para las redes 2G y 3G, en donde no cuenta con espectro. Por lo que, subraya **ETB**, la CRC desconoce que **ETB** tenga una doble condición de OMR y OMV.

Finalmente, **ETB** sostiene que no posee red de radio acceso, ni espectro que le permita prestar servicios en 2G/3G por lo que, apoyado en una cita que hace del otrosí No. 4 que hace parte del contrato que denomina como Contrato de OMV celebrado con COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, concluye que "*es diáfano y evidente que ETB es un OMV COMPLETO y no como erróneamente sostiene la CRC en la Resolución 5271 de 2017 que a pesar de que ETB no cuente con espectro para la operación 2G y 3G, al contar con espectro para la red 4G este solo hecho lo hace un OMR (...) lo cual lo hace mantener una condición especial al compartir la calidad de proveedor de red para servicios 4G y OMV respecto de aquellos que ofrece y presta sobre la red de otro (sic) COLOMBIA MÓVIL, esto es, servicios 2G y 3G.*"⁹

⁴ Obrante en el expediente administrativo No. 3000-92-537, Radicado No. 201734288. Pg. 23

⁵ Obrante en el expediente administrativo No. 3000-92-537, Radicado No. 201734288. Pg. 3

⁶ Los documentos a los que expresamente hace mención **ETB** en su recurso, son: (i) Comunicación CRC con radicado de salida No. 201655924 de fecha 18 de octubre de 2016, con asunto: "*Respuesta a su comunicación de referencia Solicitud de información y aclaración frente al cumplimiento de las obligaciones contenidas en las Resoluciones CRC 4813 de 2015 y 4937 de 2016*"; y (ii) Acta de Reunión No. 1 del 5 de mayo de 2017 realizada en el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

⁷ Obrante en el expediente administrativo No. 3000-92-537, Radicado No. 201734288. Pg. 3

⁸ Obrante en el expediente administrativo No. 3000-92-537, Radicado No. 201734288. Pg. 4

⁹ Obrante en el expediente administrativo No. 3000-92-537, Radicado No. 201734288. Pg. 7

2.1.2. Consideraciones de la CRC

De lo expuesto en el numeral anterior, esta Comisión observa que **ETB** para efectos de argumentar su tesis de que es un OMV y no hace uso de la instalación esencial de RAN, se apoya principalmente en el documento soporte del proyecto de revisión del marco regulatorio para la Operación Móvil Virtual, en donde la CRC señaló:

"Cabe aclarar que a partir del cuarto trimestre de 2014 el proveedor ETB¹⁰ se encuentra prestando el servicio de datos móviles (4G) a través de su propia red y presta el servicio de voz móvil (3G) soportado en la red del proveedor Tigo como OMV."

Se hace necesario, en consecuencia, que la CRC analice, si la inclusión de dicho párrafo en el documento mencionado, así como en los demás que cita **ETB** en su recurso y que se relacionan con el párrafo anteriormente mencionado, genera la aplicación del principio de protección de la confianza legítima de tal manera que, esa referencia implica que sea un proveedor que opera como un OMV completo y con derecho a exigir el pago de cargos de acceso correspondientes a proveedores entrantes conforme con lo dispuesto en el artículo 4.3.2.11 del Capítulo 3 del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, y no un proveedor que accede y utiliza el Roaming Automático Nacional.

En tal propósito, esta Comisión debe iniciar el referido análisis recordando que el principio de protección de la confianza legítima plantea como común denominador que los poderes públicos, y en especial la Administración, pueden suscitar confianzas en los ciudadanos que, bajo ciertas circunstancias, merecen ser objeto de protección, ante actuaciones posteriores de la misma Administración que contradigan o cambien, de manera súbita e intempestiva, las actuaciones previas de la misma que despertaron expectativas razonables. Al respecto, la H. Corte Constitucional ha explicado:

"En suma, el principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático"¹¹.

Es así como para la H. Corte Constitucional, puede ocurrir que la confianza despertada por la conducta de la Administración consista en que la sujeción a un proceso o a unas reglas de juego definidas habrá de producir determinadas consecuencias¹², en la durabilidad de la regulación¹³, o en la estabilidad de la actuación de la administración¹⁴.

En el caso que nos convoca no cabría la invocación de violación al principio de protección a la confianza legítima, en atención a que, contrario a lo que sostiene el recurrente, no se configuran los supuestos que puedan servirle de sustento, como se evidencia a continuación:

1. Sobre las expectativas legítimas, el H. Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia¹⁵, ha indicado que deben rechazarse expectativas o supuestos de confianza basados en elementos subjetivos, por cuanto para su configuración se requiere que aquella tenga sustento en **actos inequívocos** del Estado que tuvieran la capacidad de ofrecer validez por parte de éste, pues la confianza debe ser *"fundada en hechos externos de la administración suficientemente concluyentes"*¹⁶.

¹⁰ Adjudicatario de espectro en la banda AWS en 2013. (Pie de Pág. original corresponde al 42)

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131 de 2004

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-046 de 1995

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-478 de 1998

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia SU-360 de 1999

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. Diciembre 5 de 2005. Consejero Ponente: Ariel Eduardo Hernández.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA. Septiembre 2 de 2004. Consejera ponente: María Nohemí Hernández.

Asimismo, y al examinar la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, se encuentra que para la aplicación del principio de la confianza legítima se requieren "*actuaciones precedentes de la administración*" que "*generen la convicción de estabilidad en el estadio anterior*"¹⁷.

Por lo que la referida Corte ha explicado que la confianza legítima "*consiste en que la administración por medio de su conducta uniforme hace entender al administrado que su actuación es tolerada. Es decir, que las acciones de la administración durante un tiempo prudencial hacen nacer en el administrado la expectativa de que su comportamiento es ajustado a derecho.*"¹⁸ (NFT)

En tal orden de ideas, y frente al cargo aquí presentado por **ETB**, es evidente que la mera inclusión de una frase en un párrafo en el marco de un documento¹⁹ de más de 180 páginas y en conceptos relacionados con la estrategia nacional contra el hurto de equipos terminales móviles emitidos por la CRC conforme con el alcance dispuesto en artículo 28 de la Ley 1755 de 2015²⁰, no significa de manera alguna que esta Comisión hubiere sostenido, identificado o declarado que la operación técnica en la que **ETB** presta los servicios móviles (2G/3G) soportado en la red del proveedor COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., sea en condición de OMV. Lo anterior, principalmente, al considerar que, en ninguno de los documentos citados por el recurrente para soportar su cargo, esta Comisión efectuó un análisis específico y detallado del caso de **ETB** en su relación mayorista con COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP.

Así, contrario a lo que considera el recurrente, en esta oportunidad no resulta dable reconocer la existencia de un hecho concluyente de la Administración susceptible de crear confianza en **ETB**, por tratarse de pronunciamientos aislados que no analizaban la situación particular de **ETB** en su relación mayorista con COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP. Por lo que el argumento expuesto por el recurrente, por el contrario, contraría varios actos administrativos²¹ en los que, analizando casos concretos de uso de redes 2G/3G mediante soluciones CSFB, la CRC ya había catalogado previamente dicho esquema técnico como de Roaming Automático Nacional (RAN).

2. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que un elemento imprescindible para el surgimiento y consolidación de confianza legítima resulta ser la confirmación de la palabra dada por la Administración con actos posteriores armónicos y coherentes, esto es, con una cadena de conductas posteriores asumidas por la administración que estén orientadas a fortalecer y desarrollar la promesa emitida previamente²². Se trata así, de un comportamiento estatal homogéneo y constante que conlleve a consolidar expectativas legítimas y estados de confianza, que se configura cuando existe un proceder continuo, ininterrumpido y repetido por parte del ente estatal que suscita en los asociados una expectativa legítima o un estado de confianza en el sentido de que el Estado permitirá la consolidación de los derechos en vía de serlo previstos en las leyes o que actuará en el futuro de la misma manera como lo viene haciendo²³.

En el caso en concreto resulta evidente que, ni de la frase a que se ha hecho referencia en el documento soporte de OMV ni en los demás conceptos que cita **ETB**, se generó promesa alguna en favor de **ETB**, ni han existido actos administrativos posteriores armónicos y coherentes con tales frases que, analizando en detalle la relación de **ETB** con COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, permitan invocar el nacimiento de una confianza creada, que deba ser honrada por la CRC, en que la relación de **ETB** con COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP sería calificada como OMV y no como RAN.

Por el contrario, lo que se ha demostrado en la resolución aquí recurrida y en la presente resolución es que antes de la inclusión de dicha frase en el mencionado documento y en los

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-715 de 2014, que reitera jurisprudencia anterior.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-527 de 2011, reiterada en Sentencia T-717 de 2012.

¹⁹ Documento de respuesta a comentarios de la revisión del marco regulatorio para OMV del 2015.

²⁰ **Artículo 28. Alcance de los conceptos.** "*Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución*".

²¹ Ver, Resoluciones CRC 4419 de 2014, CRC 4508 de 2014, CRC 4829 de 2015, CRC 4909 de 2016, entre otros.

²² VIANA CLEVES, M. El Principio de Confianza Legítima en el Derecho Administrativo Colombiano. Universidad Externado de Colombia. (2007) Pág 184

²³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp. 25000232600020040204701 (35967).

conceptos emitidos por la CRC en relación con la estrategia nacional contra el hurto de equipos terminales móviles, existía una doctrina jurídica clara al interior de la entidad, expresada en varios actos administrativos²⁴ en los que, analizando casos concretos de utilización de soluciones CSFB en relaciones entre operadores, la CRC había catalogado previamente dicho esquema técnico como RAN. Así mismo, existe también jurisprudencia y doctrina regulatoria ampliamente reiterada, según la cual, el análisis de la operación y condiciones de prestación de los servicios de telecomunicaciones deben responder a la realidad material de las mismas, lo cual no puede ser desvirtuado por la simple denominación que las partes de un contrato quieran darle a su relación de acceso, uso e interconexión.

Con respecto a este último punto, debe anotarse que el argumento presentado en este cargo por **ETB** desconoce que la identificación de la naturaleza jurídica de una relación contractual no depende de la denominación que las partes hayan decidido concederle al contrato. Al punto, el H. Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*"Y es que como lo ha expresado en anterior ocasión tanto la Sección Tercera del Consejo de Estado como esta misma Sala, la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo negocial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio decidan asignarle las partes o de las expresiones que ellas utilicen en el clausulado del negocio, sino que dicha modalidad deriva, fundamentalmente, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate;(...)"*²⁵.

En la misma línea, la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que: *"[L]a calificación que los contratantes den a un contrato, motivo del litigio, no fija definitivamente su carácter jurídico; mejor dicho, las partes no puede trocar ese contrato en otro por el mero hecho de darle un nombre."*²⁶

Consistente con el referido precedente jurisprudencial sobre la materia, la práctica administrativa de la CRC vislumbra con contundencia esa aproximación, al reconocer la configuración de relaciones de acceso o interconexión de redes en diferentes casos, en los cuales era irrelevante que las partes las hubieren denominado *"intercambio de mensajes cortos de texto SMS"*²⁷, o *"contrato de prestación de servicios para integrador"*²⁸, o *"contrato de prestación de servicios de terminación de SMS"*²⁹ o *"contrato de prestación de servicios a través de terminales móviles"*³⁰

3. En tercer lugar, debe también reconocerse que el principio de confianza legítima se condiciona a que el particular haya obrado de manera diligente, en proporción al rol y características propias del particular afectado³¹. Así, se ha sostenido que *"aun cuando el particular alegue en su defensa la existencia de un error común, si este no es libre de culpa, la confianza que en virtud de esta situación se consolide no será legítima y por tanto tampoco será objeto de protección"*³².

En el caso en concreto se puede observar que **ETB** no sólo por su carácter de profesional en el sector de telecomunicaciones, sino porque se trataba de pronunciamientos directamente relacionados con su esquema técnico de operación, conocía o debió haber conocido el contenido de dichas resoluciones, públicas y publicadas por la CRC, y debió haber adecuado su comportamiento a esa realidad jurídica. En cambio, decidió optar por sostener su conducta, principalmente, con base en unas frases aisladas y sueltas, y de conceptos relacionados con la estrategia nacional contra el hurto de equipos terminales móviles que en nada estudiaban al respecto la condición de OMV que alega en esta oportunidad **ETB**, lo

²⁴ Ver, Resoluciones CRC 4419 de 2014, CRC 4508 de 2014, CRC 4829 de 2015, CRC 4909 de 2016, entre otros.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Radicación treinta (30) de enero de dos mil trece (2013) Radicación número: 27001-23-31-000-1999-00188-01(20342) Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de septiembre de 1929; Gaceta Judicial, Tomo XXXVII pp. 128;

²⁷ Ver, Resoluciones CRC 2117 de 2009 y 4046 de 2012

²⁸ Ver, Resoluciones CRC 4571 y 4624 de 2014

²⁹ Ver, Resoluciones CRC 4780 de 2015 y 4874 de 2016

³⁰ Ver, Resoluciones CRC 5156 y 5216 de 2017.

³¹ VIANA CLEVES, M. Ob. Citada Pág. 191

³² VIANA CLEVES, M. Ob. Citada Pág. 188

cual implica un comportamiento negligente de un profesional en el sector que mal puede ser alegado en su favor.

Adicionalmente, cabe recordar que la doctrina ha explicado que para que el particular – es decir **ETB**- pueda reclamar la protección derivada del principio que esta Comisión examina en el cargo en cuestión, el mismo debió haber adoptado decisiones concretas por su confianza y no por otros motivos. De esta manera, el particular debe haber necesariamente orientado su comportamiento por una reacción directa a la confianza generada. Se puede concluir entonces que, para la procedencia de la protección del principio de confianza legítima, se exige que el particular hubiera adoptado decisiones en virtud de la confianza, esto es que el particular se hubiera comportado distinto si no existiera esa confianza. Al respecto, el H. Consejo de Estado ha sostenido que, una vez comprobados los actos, disposiciones, omisiones o hechos externos, concluyentes y objetivados del ente estatal, el particular debió haber asumido determinadas decisiones y acciones que permitan inferir la materialización de los derechos en vía de serlo o de los estados de confianza creados o tolerados, con impacto en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial³³.

Sin embargo, en el caso que aquí nos convoca, esta Comisión observa que la estructuración de la relación mayorista entre **ETB** y COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP no surgió a partir de unas frases aisladas y sueltas, y tampoco de conceptos relacionados con la estrategia nacional contra el hurto de equipos terminales móviles que en nada estudiaban al respecto la condición de OMV que alega en esta oportunidad **ETB**, como para que se diga que tal relación no habría existido de no ser por tales frases aisladas y sueltas y conceptos, los cuales, se reitera, en nada estudiaban al respecto la condición de OMV que alega el recurrente.

Por el contrario, la referida relación mayorista surgió por iniciativa de ambas empresas en el año 2014, pese a que para el momento de su perfeccionamiento (a saber: 14 de enero de 2014), se había iniciado ya contra COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP la actuación administrativa de solución de controversias ante la CRC por no conceder acceso a la instalación esencial de RAN bajo el esquema CSFB, según lo había solicitado el proveedor AVANTEL S.A.S, relación que se ejecutó inter-partes, tal y como se había celebrado, pese a que la CRC, mediante resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, había señalado que tal esquema era constitutivo de RAN, y había ordenado a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP conceder tal instalación esencial con CSFB, situación que **ETB** conocía o debió haber conocido, en razón de ser un profesional en el sector, y de tratarse de una decisión pública que involucraba a su co-contratante en un asunto que constituía la médula de su propia relación mayorista.

Adicionalmente, **ETB** decidió libremente acudir al proceso de subasta de espectro adelantado en el año 2013, logrando dentro de ese proceso la asignación de permiso para el uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles terrestres en bandas utilizadas en Colombia para las IMT. Así, constata esta Comisión que **ETB** ofrece servicios de datos a través de su red de acceso 4G/LTE y los abonados a la misma hacen *fallback* a las redes 2G y 3G de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP para recibir servicios de voz, SMS, y datos.

Es más, y teniendo en cuenta que **ETB** tiene espectro radioeléctrico asignado para la prestación de servicios minoristas, debe recordarse que un OMV está regulatoriamente definido como "*el Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones que no cuenta con permiso para el uso de espectro radioeléctrico, motivo por el cual presta servicios de comunicaciones móviles al público a través de la red de uno o más Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones.*" ³⁴

De ahí que el rasgo definitorio de la operación móvil virtual es la ausencia de i) espectro radioeléctrico asignado al OMV para la prestación de servicios minoristas; y en consecuencia ii) la ausencia de red de acceso a través de la cual se operan y explotan comercialmente las frecuencias asignadas, mediante la prestación de uno o más servicios de telecomunicaciones.

Dicho en otras palabras, si el proveedor de servicios es asignatario de permisos para el uso de frecuencias -tal como esta Comisión lo ha constatado mediante la resolución aquí

³³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp. 25000232600020040204701 (35967).

³⁴ Resolución CRC 5050 de 2016. Artículo 1.155.

recorrida-, ha desplegado una red de acceso para operarlas y explotarlas comercialmente, y sus usuarios están abonados a dicha red de acceso, entonces esa operación será móvil pero no virtual, independientemente de la denominación que los proveedores involucrados a nivel mayorista decidan darle. Por lo que no tiene cabida sostener que la regulación en parte alguna ha señalado que es un OMV aquel que no haya solicitado a ningún otro operador el acceso y uso de la instalación esencial de RAN.

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

2.2. Respetto del argumento "CSFB es un mecanismo técnico que no define a un operador como usuario de la instalación de esencial de RAN"

2.2.1. Consideraciones del recurrente

A efectos de desarrollar su argumento, **ETB** cita el numeral 3.2.2 de la Resolución aquí recurrida con el fin de sostener que la CRC, de manera incorrecta, afirma que el CSFB es una característica intrínseca al RAN. Al punto, **ETB** sostiene que el CSFB no solamente es utilizada por los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST) que hacen uso de la instalación esencial de RAN, sino también por cualquier PRST que ofrezca servicios de comunicaciones basados en conmutación de circuitos. Así, subraya que "[t]al es el caso de Colombia, en el que todos los operadores móviles de red-OMR (Claro, Tigo, Movistar), operadores móviles virtuales-OMV (ETB, Virgin, Éxito) y operadores que hacen uso de la instalación esencial de RAN (Avantel) utilizan este mecanismo para poder ofrecer servicios de voz sobre redes 3G propias o de terceros a la vez que ofrecen servicios de datos 4G sobre sus propias redes o de terceros, garantizando una transición automática (transparente) para sus usuarios."³⁵

Bajo tal raciocinio **ETB** considera que la consideración de la CRC al respecto, "conllevaría indefectiblemente a sostener que en Colombia TODOS los PRST hacen uso de Roaming Automático Nacional."³⁶

Para sustentar su argumento, **ETB** allega "evidencias en video que demuestran que **TODOS** los operadores (Claro, Tigo, Movistar, Avantel, Virgin, Éxito y ETB) emplean la funcionalidad CSFB y no por ello son operadores que utilicen la instalación esencial de RAN (con excepción de Avantel que sí la utiliza)".³⁷

En atención de lo anterior, **ETB** solicita a esta Comisión que reconsidere su argumento y proceda a ajustarlo, "determinando así que utilizar CSFB NO necesariamente implica ser RAN"³⁸

2.2.2. Consideraciones de la CRC

Con el fin de abordar el estudio del presente cargo, resulta preciso recordar la forma como funciona el CSFB para, de cara al análisis de necesidad, conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas presentadas por **ETB** en el memorial de su recurso, determinar la viabilidad jurídica y técnica de las mismas frente al argumento presentado en el cargo bajo estudio.

Para el efecto, debe recordarse que la conducencia hace referencia a que "el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho"³⁹. La pertinencia, por su parte, "consiste en que el hecho a demostrar tenga relación con los que configuran la controversia"⁴⁰, siendo impertinente por tanto aquella prueba que pretende demostrar un hecho ajeno a la disputa existente y actual entre las partes; y la utilidad hace referencia a que "con la prueba se establezca un hecho materia de la controversia que aún no se encuentra demostrado con otra"⁴¹, 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. Asimismo, resulta relevante determinar la necesidad de la prueba, entendiéndose como tal "lo que requiere de prueba en un proceso determinado, cualquiera

³⁵ Obrante en el expediente administrativo No. 3000-92-537, Radicado No. 201734288. Pg. 8

³⁶ Obrante en el expediente administrativo No. 3000-92-537, Radicado No. 201734288. Pg. 8

³⁷ Obrante en el expediente administrativo No. 3000-92-537, Radicado No. 201734288. Pg. 8

³⁸ Obrante en el expediente administrativo No. 3000-92-537, Radicado No. 201734288. Pg. 9

³⁹ Azula Camacho, Jaime, Manual de Derecho Procesal. Tomo IV. Pruebas Judiciales, Editorial Temis, Bogotá D.C., 2003, página 63.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem.

sea el campo al cual pertenezca, por constituir los presupuestos fácticos de las pretensiones o excepciones"⁴².

Así pues, debe tenerse en cuenta que la solicitud y aporte de pruebas no pasa de ser la aspiración válida y legítima que el recurrente presenta o eleva en sede del presente recurso, dentro de la oportunidad y con los requisitos establecidos para el efecto en cada caso por la ley, para que la CRC, en esta oportunidad, acepte, admita o decrete la prueba objeto de aquella; por lo que *"la sola solicitud no resulta suficiente para tener como prueba susceptible de valoración, el elemento al que la misma se refiere, a tal punto que después de efectuar las valoraciones correspondientes, si el juez encuentra que la respectiva petición, por ejemplo, no reúne los requisitos correspondientes o se formula por fuera de oportunidad o tiene por objeto la práctica de pruebas inconducentes, impertinentes, prohibidas o imposibles, perfectamente podría resolverla desestimándola o denegándola"*⁴³.

Teniendo en cuenta lo anterior, y sobre el particular, es importante recordar que en el documento "REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE CONDICIONES PARA EL ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL" publicado por la CRC en diciembre de 2016, se indicó que el CSFB es una técnica de conmutación definida en el estándar 3GPP TS 29.118⁴⁴ que permite hacer entrega (handover) del control del UE⁴⁵ (User Equipment) desde la red de acceso 4G a las redes 3G o 2G, cuando el UE inicia o recibe una llamada de voz estando conectado a la red de acceso 4G y ésta no cuenta con ningún tipo de tecnología VoLTE que le permita soportar la llamada sobre su red de radio.

De esta manera, el CSFB permite que los UE empleen los servicios de conmutación de paquetes (acceso a Internet y datos) a través de las redes 4G-LTE, y los servicios de conmutación de paquetes (datos) y de circuitos (voz) de las redes 2G y 3G cuando se inicia y recibe una llamada o cuando no existe cobertura de las redes 4G-LTE.

De lo anterior resulta claro que cuando los operadores utilizan redes 4G para la prestación de servicios de datos, pero dicha red no soporta servicios de voz como VoLTE, éste debe utilizar una solución tecnológica que le permita a sus usuarios utilizar servicios de voz, a través de redes 2G/3G propias o de otros operadores. Entre las soluciones tecnológicas empleadas por los operadores móviles a nivel mundial está el CSFB⁴⁶.

Es así como el hecho de utilizar CSFB o cualquier otra solución tecnológica para la provisión de servicios de voz sobre redes 4G que no los soportan, no implica que se esté haciendo uso de la instalación esencial de RAN. Sin embargo, el CSFB sí facilita que la provisión del RAN se realice de manera automática, pues no se requiere de la intervención del usuario final para el correcto funcionamiento de los servicios.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede observar que las pruebas aportadas por **ETB** en sede del recurso de reposición resultan ser impertinentes e inútiles, en atención a que no hacen más que mostrar la realidad técnica de las redes móviles en Colombia, en donde los operadores, para la provisión de servicios de voz sobre redes 4G, hacen uso de la funcionalidad de CSFB. 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 administrativa⁴⁷, se procederá a rechazar *in limine*, conforme a lo dispuesto en el artículo 168 del Código General del Proceso, las pruebas aportadas por **ETB** en sede del recurso, en la medida en que las mismas resultan ser impertinentes y manifiestamente superfluas frente a lo que prueban, a saber: solamente evidencian la realidad técnica de las redes móviles, sin aportar a sustentar el objeto del cargo en cuestión.

⁴² Azula Camacho, Jaime, Manual de Derecho Procesal. Tomo IV. Pruebas Judiciales, Editorial Temis, Bogotá D.C., 2003, página 31.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 8 de marzo de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁴ 3GPP, Technical Specification Group Core Network and Terminals; Mobility Management Entity (MME) – Visitor Location Register (VLR) S-Gs interface specification, Valbonne, 2009.

⁴⁵ User Equipment (UE) - terminal móvil que puede ser un smartphone o tablet o cualquier dispositivo de comunicación que está autorizado para ser utilizado en la red.

⁴⁶ Existen otras soluciones como: SV-LTE (Simultaneous Voice LTE) y SRVCC (Single Radio Voice Call Continuity).

⁴⁷ 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"*.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta preciso recordar que la CRC desde hace ya 4 años desarrolló el precedente administrativo dispuesto en las Resoluciones CRC 4419 de 2014⁴⁸, CRC 4508 de 2014⁴⁹, CRC 4829 de 2015⁵⁰, CRC 4909 de 2016⁵¹, entre otras, bajo el cual ha sostenido que, cuando un proveedor entrante, asignatario de permisos para el uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles terrestres de bandas utilizadas en Colombia para las IMT, ofrece servicios de datos a través de su red de acceso 4G/LTE, a la cual están abonados sus usuarios, y éstos a través de la funcionalidad de CFSB reciben servicios de voz, SMS y datos a través de las redes 2G y 3G de otros operadores, tal esquema corresponde al de acceso y uso de la instalación esencial de RAN.

Para recordar con más precisión lo anterior, vale la pena subrayar que esta Comisión respecto del alcance de la obligación de proveer RAN ha sostenido lo siguiente:

*"Por lo tanto, si AVANTEL cuenta en una determinada área con cobertura para la prestación de servicios de datos, pero en dicha área su red no está en capacidad de soportar de manera directa la prestación de servicios de voz y SMS, tiene el derecho regulatorio de acceder a la instalación esencial para la prestación de estos últimos. Esta misma situación se predica frente al escenario en el cual AVANTEL no cuente con cobertura de ningún tipo de servicio en determinada área geográfica, caso en el cual COMCEL debe también poner a disposición del operador entrante la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, para la prestación de los servicios de voz, datos y SMS."*⁵²

Del anterior precedente, es claro para esta Comisión que el derecho a RAN no se encuentra sujeto a que la red de origen soporte todos los servicios para los cuales será utilizada la instalación esencial referida, por lo que basta que la red de origen, aún con despliegue de elementos pasivos y activos de red en determinada área, preste servicios de datos pero no esté en capacidad de soportar de manera directa la prestación de servicios de voz y SMS, para que el Proveedor de Red Origen -PRO- pueda acceder a RAN para voz y SMS⁵³.

En tal caso, se tiene que el esquema técnico derivado de tal relación se denomina RAN y no Operación Móvil virtual para voz y SMS, precisamente porque el PRO es un proveedor asignatario de un permiso para el uso de espectro radioeléctrico, el cual opera y explota dicho espectro a través de una red de acceso mediante la cual presta a sus abonados al menos un servicio de telecomunicaciones (v.gr. datos), y accede a la red de otro proveedor, vía interconexión, cuando su abonado se encuentra fuera de la cobertura de uno o más servicios de su red (v.gr. voz y SMS)

Al punto, esta Comisión ha reiterado lo siguiente:

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

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

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

⁴⁸ "Por la cual se resuelve el conflicto surgido entre AVANTEL S.A.S. y COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. por la definición de las condiciones de acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional"

⁴⁹ "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por AVANTEL S.A.S. y COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. contra la Resolución CRC 4419 de 2014"

⁵⁰ "Por la cual se resuelve el conflicto surgido entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y AVANTEL S.A.S."

⁵¹ "Por la cual se resuelve el conflicto surgido entre COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. y AVANTEL S.A.S. en relación con la provisión por parte de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para el servicio de datos a AVANTEL S.A.S. "

⁵² Ver, Resolución CRC 4508 de 2014.

⁵³ "Por la cual se resuelve el conflicto surgido entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y AVANTEL S.A.S."

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'.⁵⁴

Es así como para esta Comisión, se reitera, ha sido lo suficientemente claro que cuando la red de acceso del PRO sólo soporta un servicio de telecomunicaciones (datos), y accede a la red de otro proveedor, vía interconexión, cuando su abonado se encuentra fuera de la cobertura de uno o más servicios de su red de origen (voz y SMS), eso, es RAN.

Ahora, y en lo que concierne a la provisión de la instalación de RAN vía la funcionalidad CSFB, esta Comisión ya ha reconocido desde el año 2014 que la funcionalidad CSFB descrita en el documento 3GPPTS 23.272, consiste precisamente en el instrumento técnico idóneo para garantizar la automaticidad del RAN de voz y SMS cuando la red de origen sólo soporta servicios de datos. Al punto, esta Comisión ha sostenido lo siguiente:

"Teniendo en cuenta todo lo anterior, COMCEL tiene la obligación de proveer a AVANTEL la Instalación esencial de Roaming Automático Nacional, bajo la alternativa en la cual la funcionalidad específica de CSFB se encuentra centralizada en un MSS o un grupo de MSSs que cumplen la tarea específica de CSFB, redireccionando la comunicación hacia otro MSS en caso necesario, referido previamente, a menos que dichos proveedores acuerden algo distinto que satisfaga las condiciones mínimas regulatorias a las que se hizo referencia en esta resolución."⁵⁵

En el mismo sentido, en la Resolución CRC 4508 del 2014, esta entidad sostuvo lo siguiente:

"2.3.2 Consideraciones de la CRC

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

(...)

*En línea con lo anterior, es necesario tener en cuenta que la regulación dispone que la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional implica que el proveedor de la red visitada realice las adecuaciones que la misma requiera para otorgarla en las condiciones previstas en la regulación y no que el proveedor solicitante sufrague o financie las inversiones requeridas para que el proveedor de la instalación esencial realice las adecuaciones internas requeridas en su red ni para que cumpla con su obligación de asegurar la interoperabilidad de los servicios objeto de Roaming Automático Nacional. Esto implica entonces que nadie distinto al proveedor de la red visitada debe asumir los costos de cumplir tal obligación, así como nadie distinto, tampoco, debe recibir los beneficios de ello, representados en los ingresos mayoristas a percibirse por tal provisión, de acuerdo con los valores definidos en el artículo 9 de la Resolución CRC 4112 de 2013, **los cuales en todo caso incluyen la remuneración correspondiente a la funcionalidad de CSFB.** (...)*

*Sobre el particular cabe recordar **que la funcionalidad de CSFB es necesario para garantizar la automaticidad del Roaming, permitiendo que un usuario LTE pueda realizar comunicaciones de voz y SMS haciendo uso de las redes 2G/3G disponibles para ello y que la automaticidad, es precisamente una de las notas características e inherentes al concepto de Roaming contemplado en la Resolución CRC 4112.** Asimismo, dentro del proceso que antecedió la expedición de la Resolución CRC 4419 de 2014, el mismo **COMCEL** señaló que nunca ha negado que debe contar en su red con la funcionalidad CSFB, por cuanto es requerida por éste para lograr el interfuncionamiento y la interoperabilidad de sus redes 4G/3G/2G, por lo cual no es de recibo para esta Comisión que **COMCEL** tenga claro que debió implementar la funcionalidad para sí mismo, y posteriormente afirme que el concepto de automático no implica la activación del CSFB a **AVANTEL**.*

*Así, en tanto la funcionalidad CSFB es requerida por **COMCEL** para permitir a sus propios usuarios en una red LTE efectuar llamadas de voz, los costos asociados a ella no son costos exclusivos del servicio*

⁵⁴ Ver, Resoluciones CRC 4419 y 4508 de 2014.

⁵⁵ Resolución 4419 de 2014. Pág. 23 y ss.

mayorista de Roaming Automático Nacional, esto es, lo pagado por AVANTEL a COMCEL por el acceso a dicha instalación esencial, sino costos comunes a ambos servicios –es decir a la provisión del Roaming a AVANTEL y a la provisión de servicios a los usuarios de COMCEL, por lo cual el costo correspondiente al mayorista de Roaming, el cual se infiere como marginal frente al causado por el servicio minorista de COMCEL –tomando en consideración la cantidad de usuarios que hoy en día tienen ambos proveedores, los cuales son también potenciales usuarios de la red 4G de cada uno de ellos-, estaría cubierto por los valores definidos en el artículo 9 de la Resolución CRC 4112 de 2013.” (NFT)⁵⁶

En esta orden de ideas, y contrario a lo expuesto por el recurrente, esta Comisión ha sido concluyente⁵⁷ en que, cuando un proveedor entrante, asignatario de permisos para el uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles terrestres en bandas utilizadas en Colombia para las IMT, ofrece servicios de datos a través de su red de acceso 4G/LTE y los abonados a la misma utilizan las redes 2G y 3G de otros operadores para recibir servicios de voz, SMS, y datos a través de la funcionalidad de CSFB, tal esquema corresponde al de acceso y uso de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional (RAN), y no a ningún otro.

Así, se equivoca el recurrente al esgrimir su argumento en el presente cargo, dado que esta Comisión incluso en el marco del proyecto regulatorio denominado “*Condiciones regulatorias para el despliegue de infraestructura para el acceso a Internet a través de redes inalámbricas*”, el cual culminó con la expedición de la Resolución CRC 4112 de 2013, explicó que el RAN involucra una relación entre operadores de red, y que ambos involucrados deben poseer sus propias instalaciones (pues en caso contrario no se trataría propiamente de un roaming, sino de un operador móvil virtual –OMV-), describió las condiciones técnicas en redes 2G, 3G y 4G, y en este caso, las de las redes LTE⁵⁸, haciendo referencia al funcionamiento de roaming requerido por el operador entrante que despliega redes 4G/LTE. Por lo que, al diferenciar entre redes conmutadas por circuitos (2G/3G) y redes conmutadas por paquetes (4G/LTE), la CRC en tal oportunidad describió específicamente, entre los esquemas bajo los cuales se ofrecerían servicios de voz sobre redes LTE, el uso de la funcionalidad CSFB⁵⁹.

En suma, y contrario a lo sostenido por el recurrente, la CRC siempre ha sido clara al plantear que la provisión de RAN para servicios de voz, SMS, y datos (no sólo para datos), así como, para el caso en concreto, presupuso que cuando la red de origen es una red 4G/LTE, requeriría el acceso a la funcionalidad CSFB de los proveedores de RAN a efectos de cursar voz y SMS.

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

2.3. Respecto del argumento “la operación de ETB no utiliza la instalación esencial RAN”

2.3.1. Consideraciones del recurrente

Sostiene **ETB** que no hace uso de RAN, “*pues para su operación 2G y 3G que son el objeto de la controversia con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES: (i) ETB NO cuenta con permiso de espectro 2G y 3G; (ii) por consiguiente no opera ni explota dicho permiso, y (iii) en su operación no existen dos redes, ETB no cuenta con red de origen ni tampoco con red visitada, la red que se utiliza corresponde única y exclusivamente a la del OMR con quien ETB celebró contrato de OMV, esto es la de COLOMBIA MÓVIL*”⁶⁰.

⁵⁶ “*Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por AVANTEL S.A.S. y COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. contra la Resolución CRC 4419 de 2014*”

⁵⁷ Ver también, Resoluciones CRC 4420, 4509, 4421 y 4510 todas del 2014.

⁵⁸ Al respecto vale la pena señalar que el documento de respuestas a comentarios que acompañó la expedición de la Resolución CRC 4112 de 2013 (ver <http://www.crcm.gov.co/index.php?idcategoria=65418&download=Y>) contiene múltiples referencias al modelo de costos desarrollado en el marco del análisis de condiciones del Roaming Automático Nacional. A manera de referencia, en la página 95 del citado documento se dio respuesta a un comentario presentado por otro proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones que aducía que la remuneración del roaming no contempla una serie de costos que son necesarios para la prestación del servicio de roaming (VLR, servicio al cliente, etc) así como el costo de oportunidad de no emplear espectro en el servicio propio, señalando que “(...) por construcción, este modelo (y en general este tipo de modelos) consideran todos los costos en los que se incurre para la provisión de todos los servicios en forma conjunta (voz, SMS y datos, tanto propios como de roaming), dentro de los cuales se incluyen los elementos activos y pasivos de la red, las plataformas asociadas y los costos del espectro, entre otros, que además aseguran una calidad de servicio tal, que garantice que los servicios se presten sin congestión o degradación al atender el tráfico proyectado, que incluye el propio y el de usuarios en roaming”. Pág. 81 y ss.

⁵⁹ *Ibidem*, Pág. 81 y ss.

⁶⁰ Obrante en el expediente administrativo No. 3000-92-537, Radicado No. 201734288. Pg. 10-11

Para soportar su argumento, **ETB** recuerda tanto la definición regulatoria de OMV y de la instalación esencial del RAN y, asimismo, aporta "una serie de pruebas (...) que permiten demostrar fehacientemente que los operadores móviles virtuales -OMV, esto es, Virgin, Éxito y **ETB** **NO** hacen uso de redes visitadas de otros operadores al momento del uso de servicios de voz, por lo cual **NO** hacen roaming automático nacional -RAN, en contraste con lo que sucede con el operador Avantel (...) Lo anterior, permite concluir que **ETB** no hace uso de la instalación esencial RAN, como equivocadamente lo sostiene la CRC"⁶¹

2.3.2. Consideraciones de la CRC

Al respecto, esta Comisión observa que en la argumentación planteada por el recurrente es bastante reiterativa la consideración de apreciar su naturaleza como un OMV completo (con red core), de no tener red de acceso 2G y 3G y de depender íntegramente de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP para prestar los servicios sobre dichas redes. Asimismo, **ETB** reconoce ofrecer servicios de datos sobre 4G sobre su propia red, lo cual ha sido constatado por la CRC, y contar con una solución CSFB para que sus abonados accedan a servicios sobre las redes 2G/3G de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP.

En este punto se debe tener en cuenta que **ETB** sí cuenta con permiso para el uso de espectro radioeléctrico, a través del cual desplegó una red de 4G para la prestación de servicios de datos. Por lo anterior, **ETB** no puede compararse con Virgin y Móvil Éxito, en el sentido que dichos operadores no cuentan actualmente con permiso para el uso de espectro radioeléctrico.

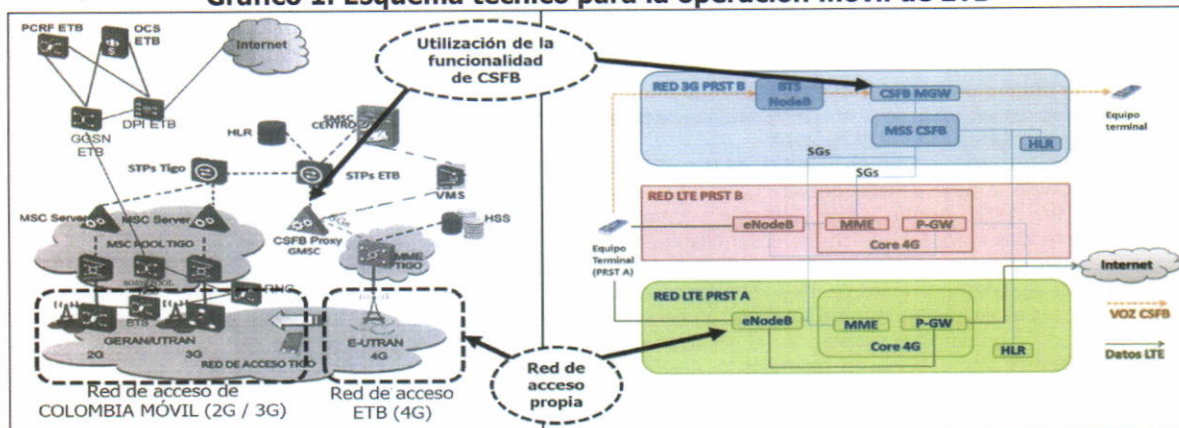
Teniendo en cuenta lo anterior, **ETB** no puede ser considerado como un OMV, pues, de acuerdo con la definición contenida en la regulación, un operador móvil virtual es aquél "proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones **que no cuenta con permiso para el uso de espectro radioeléctrico**, motivo por el cual presta servicios de comunicaciones móviles al público a través de la red de uno o más Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones".

Es más, dicho permiso para el uso de espectro radioeléctrico con el que cuenta **ETB**, le permitió el despliegue de una red 4G, sobre la cual actualmente presta servicios de datos, y pudiendo en un futuro prestar servicios de voz si implementa soluciones tecnológicas como VoLTE.

Siendo así, esta Comisión observa que el usuario 4G de **ETB**, al originar o recibir una llamada, hace uso de la funcionalidad de CSFB para pasar de la red 4G de **ETB** hacia las redes 2G/3G de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, sobre las cuales disfruta de servicios de voz, SMS y datos, y retorna a la red 4G una vez ha terminado la comunicación, si hay cobertura de 4G. Si no, permanece conectado a la red 2G/3G de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP para todos los servicios hasta que haya cobertura 4G de **ETB** y pueda retornar a la red de dicho proveedor.

En tal orden de ideas, no habría ninguna diferencia técnica entre el esquema técnico que emplea **ETB**, y aquél que es utilizado por los operadores con red 4G y que mediante RAN acceden a las redes 2G/4G de otros operadores, a saber: utiliza la funcionalidad de CSFB para pasar a las redes 2G/3G y retorna a la red 4G una vez ha terminado la comunicación, si hay cobertura de 4G, y si no, se queda conectado a la red 2G/3G del proveedor de RAN para todos los servicios (incluido datos), mientras detecta cobertura 4G de su red de origen.

Gráfico 1. Esquema técnico para la operación móvil de ETB



(a) Esquema técnico operación móvil ETB (b) Esquema técnico genérico de uso de RAN con CSFB

⁶¹ Obrante en el expediente administrativo No. 3000-92-537, Radicado No. 201734288. Pg. 12-13

Fuente: (a) Adaptado del gráfico del folio 76 del expediente, aportado por **ETB**. (b) Elaboración propia.

En tal orden de ideas, esta Comisión observa que el acuerdo técnico celebrado entre **ETB** y COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, corresponde técnicamente a la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional y, por tanto, al prestar el servicio mayorista de terminación de llamadas, hace uso de dicha instalación esencial. Por lo que, aún si **ETB** es un proveedor que cuenta por primera vez con permiso para el uso y explotación de espectro utilizado para IMT, el valor de su remuneración por el mencionado servicio mayorista corresponde al previsto en el parágrafo 5 del artículo 4.3.2.8 de la Resolución CRC 5050 de 2016, esto es, el definido por la regulación para la red sobre la cual se presta efectivamente el servicio a sus usuarios, que no es otro que el previsto para COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, que es su proveedor de RAN.

Ahora, y frente al argumento de **ETB** relacionado con que la denominación que con COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP le dieron a su relación contractual no altera la naturaleza jurídica del servicio mayorista prestado, esta Comisión considera lo siguiente:

- a. El hecho de que **ETB** no haya solicitado a ningún operador, ni siquiera a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, el acceso a la instalación esencial de RAN, no significa en manera alguna que el esquema técnico mayorista pactado con COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP no corresponda al de acceso y uso de RAN, como quiera que se trata de un proveedor asignatario de permiso para el uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles terrestres en bandas utilizadas en Colombia para las IMT, ofrece servicios de datos a través de su red de acceso 4G/LTE y los abonados a la misma utilizan las redes 2G y 3G de otros operadores para recibir servicios de voz, SMS, y datos a través de la funcionalidad de CSFB. Así, contrario a lo esgrimido por el recurrente, la regulación en parte alguna señala que es un OMV aquel que no haya solicitado a ningún otro operador el acceso y uso de la instalación esencial de RAN;
- b. El hecho de que el registro TIC de **ETB** incluya, entre los servicios registrados, el de Telefonía Móvil Virtual tampoco significa que el esquema técnico mayorista pactado con COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP no corresponda al acceso y uso de RAN, toda vez que del referido hecho sólo se puede significar que entre los servicios que **ETB** registró ante el MINTIC, está el de Telefonía Móvil Virtual, lo cual, en sí mismo, no lo hace un OMV, provisto que se trata de un Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones que cuenta con permiso para el uso de espectro radioeléctrico, ha desplegado una red 4G para operar y explotar ese espectro, presta sobre ella al menos un servicio de telecomunicaciones (datos) y utiliza las redes 2G y 3G de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP para que sus abonados puedan acceder a servicios de voz, SMS y datos a través de la funcionalidad de CSFB. Así, es claro que en la regulación en parte alguna se señala que es un OMV aquel que haya registrado la Telefonía Móvil Virtual ante el Ministerio TIC; y
- c. El hecho de que **ETB** y COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP hayan decidido denominar su acuerdo "*contrato de prestación de servicios de respaldo de voz datos y SMS*", y no de acceso y uso de RAN, o que en su contenido expresamente hubieren pactado que para todos los efectos legales se entiende que **ETB**, respecto a los servicios suministrados por COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP a través de sus redes 2G y 3G, ostenta la calidad de operador móvil virtual, resulta absolutamente irrelevante para determinar la naturaleza de un servicio mayorista como de RAN. Con respecto a este último punto, basta reiterar lo explicado en el punto 2.1.2 de la presente resolución, para efectos de demostrar que el argumento presentado por **ETB** desconoce que la identificación de la naturaleza jurídica de una relación contractual no depende de la denominación que las partes hayan decidido concederle al contrato.

En tal orden de ideas, y en la medida en que la CRC ha demostrado que existe una relación de acceso y uso de RAN cuando un proveedor que cuenta con permiso para el uso de espectro radioeléctrico, ha desplegado una red 4G para operar y explotar ese espectro, presta sobre ella al menos un servicio de telecomunicaciones (datos) y utiliza las redes 2G y 3G de otros operadores para que sus abonados puedan acceder a servicios de voz, SMS y datos a través de la funcionalidad de CSFB, la relación entre **ETB** y COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP es una relación de acceso y uso de RAN, independientemente de que las partes la hubieran denominado de otra forma, o que hubieren acordado, con efectos inter-partes, que para todos los efectos legales entienden que **ETB**, respecto a los servicios suministrados por COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP a través de sus redes 2G y 3G, es un OMV, declaración que no sólo no corresponde a la realidad jurídica, desconoce el precedente jurisprudencial en la materia, sino que no surte efectos jurídicos frente a la CRC y terceros.

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

2.4. Respeto del argumento "ETB es un operador entrante"

2.4.1. Consideraciones del recurrente

Recuerda **ETB** que mediante la Resolución No. 002623 del 26 de julio de 2013, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC) otorgó a la Unión Temporal Colombia Móvil – **ETB** permiso para el acceso, uso y explotación de 30 MHz de espectro radioeléctrico para la operación de servicios de radio comunicaciones móviles terrestres en el rango de frecuencias allí indicados. Así, sostiene que *"solamente desde el 2 de octubre de 2013, fecha en que quedó ejecutoriada la Resolución 002623 del 26 julio de 2013 (...), ETB ingresó al mercado de los servicios móviles en Colombia, siendo considerado desde ese entonces y por el término de 5 años como un operador entrante."*⁶²

Bajo tal raciocinio, **ETB** considera que el argumento de la CRC que plasma en la resolución aquí recurrida relacionada con desconocer que aquel proveedor no es un proveedor entrante, genera que la figura de entrante creada regulatoriamente no pueda ser aplicada a ningún PRST, *"debido a que todo OMV termina y usa las redes de un PRSTM establecido para prestar sus servicios y en tal virtud las resoluciones publicadas por parte de la CRC serían ineficientes"*, por lo que, en suma, considera que la posición de la CRC va en contra de sus propios actos.

2.4.2. Consideraciones de la CRC

Para el análisis del referido cargo, esta Comisión considera pertinente recordar el alcance del régimen de cargos de acceso para proveedores entrantes y el régimen de cargos de acceso para proveedores que terminen llamadas haciendo uso de RAN conforme con lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 4.3.2.11 y 4.3.2.8 de la Resolución CRC 5050 de 2016.

Respecto de los cargos de acceso para proveedores entrantes, esta Comisión recuerda que en el 2014 adoptó un régimen excepcional de cargos de acceso, que se aplica a la remuneración por la terminación de llamadas y SMS por parte de los proveedores que hubieren obtenido por primera vez permisos para el uso y explotación de espectro utilizado para IMT, los cuales han sido denominados proveedores entrantes.

En efecto, el artículo 5 de tal Resolución adicionó la Resolución CRT 1763 de 2007 con el artículo 8C, que dispone:

"Artículo 8C. Cargos de acceso a redes móviles de proveedores que hayan obtenido por primera vez permisos para el uso y explotación de espectro utilizado para IMT. La remuneración de las redes de los proveedores de redes y servicios móviles que hayan obtenido por primera vez permisos para el uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles terrestres en bandas utilizadas en Colombia para las IMT, se regirá por las siguientes reglas:

a) Deberá aplicarse el valor de cargos de acceso al que hace referencia las tablas de los artículos 8 y 8B de la Resolución CRT 1763 de 2007, o aquella que lo modifique, adicione o sustituya, correspondiente al año inmediatamente anterior al del cargo de acceso vigente, expresado en las mencionadas tablas. Cuando se esté dando aplicación al último valor de la senda de las Tablas de los artículos 8 y 8B de la Resolución CRT 1763 de 2007, o aquella que lo modifique, adicione o sustituya, deberá aplicarse el penúltimo valor vigente de cargos de acceso referido en las tablas antes mencionadas;

b) La remuneración bajo el esquema al que hace referencia el literal anterior, tendrá aplicación por cinco (5) años, los cuales serán contados desde la fecha en que quedó en firme el acto administrativo mediante el cual le fue asignado el primer permiso para uso y explotación del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles terrestres en bandas utilizadas en Colombia para las IMT;

c) Culminado el periodo de cinco (5) años mencionado, la remuneración de las redes de los proveedores a los que hace referencia el presente artículo, corresponderá a los valores de cargos de acceso contemplados en las tablas de los artículos 8 y 8B de la Resolución CRT 1763 de 2007 o aquella que lo modifique o adicione."

⁶² Obrante en el expediente administrativo No. 3000-92-537, Radicado No. 201734288. Pg. 13 y ss.

Conforme con lo anterior, se observa que la remuneración por la terminación de llamadas o SMS en las redes de los proveedores de redes y servicios móviles que hayan obtenido por primera vez permisos para el uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles terrestres en bandas utilizadas en Colombia para las IMT (proveedores entrantes), es superior, durante un periodo de 5 años contados desde la fecha en que el permiso quedó en firme, a la remuneración que por el mismo servicio cobran los proveedores de redes y servicios móviles que, al momento de expedición de la resolución, no hubieren obtenido por primera vez permisos para el uso y explotación de espectro radioeléctrico en bandas utilizadas en Colombia para las IMT (proveedores establecidos).

El citado artículo fue compilado en el artículo 4.3.2.11 de la Resolución CRC 5050 de 2016, que a su turno fue modificado por el artículo 5 de la resolución 5108 de 2017, así:

ARTÍCULO 5o. *Modificar el artículo 4.3.2.11. del CAPÍTULO 3 del TÍTULO IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, el cual quedará así:*

"Artículo 4.3.2.11. Cargos de acceso a redes móviles de proveedores que hayan obtenido por primera vez permisos para el uso y explotación de espectro utilizado para IMT. *La remuneración de las redes de los proveedores de redes y servicios móviles que hayan obtenido por primera vez permisos para el uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles terrestres en bandas utilizadas en Colombia para las IMT, corresponderá valor contemplado en la siguiente Tabla:*

Cargo de acceso	24-feb-17
Minuto (uso)	24,58
Capacidad (E1)	9.848.999,72
(pesos/SMS)	4,11

Así las cosas, se observa que la regulación expedida por esta Comisión en la materia no adoptó el concepto de proveedor entrante en función de su entrada a un mercado determinado -tal como lo plantea el recurrente-, sino en función de ser asignatario por primera vez de permisos para el uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles terrestres en bandas utilizadas en Colombia para las IMT.

La razón de lo anterior se remonta a la consideración de la CRC de observar como apropiado adoptar un esquema de cargos diferenciales como un instrumento para facilitar la entrada de nuevos proveedores móviles, y con ello promover la competencia efectiva, habida consideración de las barreras de entrada endógenas y exógenas, entre ellas la existencia de costos hundidos y fijos, que enfrentan los nuevos competidores al entrar al mercado⁶³, y que, como es bien sabido, son causados en gran medida por la instalación y despliegue de la red de acceso⁶⁴.

En tal orden de ideas, para la Comisión fue siempre claro que la razón que sustentó la adopción de estos cargos diferenciales, correspondía a la necesidad de nivelar en alguna medida el campo de juego en favor de los operadores entrantes, ante la desventaja en costos que supone el despliegue de una red de acceso nueva, en comparación con los costos de los proveedores establecidos que han desplegado ya redes de acceso y que cuentan con sitios e infraestructura desplegada años atrás.

En este sentido, no tiene derecho a exigir la remuneración prevista en el artículo 4.3.2.11 de la Resolución 5050 arriba citada, aquel operador que, a pesar de ser asignatario por primera vez de permisos para el uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles terrestres en bandas utilizadas en Colombia para las IMT, no utilice dicho espectro para la prestación de servicios de voz o SMS, en tanto ello parte de la premisa de que tal proveedor no incurrirá en el despliegue de una red de acceso móvil, con los altos costos hundidos y fijos asociados a ella, en comparación con los de los incumbentes.

Por su parte, y respecto al régimen de cargos de acceso para proveedores que terminen llamadas haciendo uso de RAN, esta Comisión debe recordar que el artículo 1 de la Resolución CRC 4660 adicionó un parágrafo 5 al artículo 8 de la Resolución CRT 1763 de 2007, así:

⁶³ CRC, Revisión de cargos de acceso de las redes móviles. Regulación de Mercados. Noviembre de 2014. Pág. 24 y ss.

⁶⁴ Katsigiannis, M., & Smura, T. (2015). A cost model for radio access data networks. Info, 17(1), 39-53.

"PARÁGRAFO 5o. Los proveedores de redes y servicios móviles que hagan uso de la facilidad esencial de roaming automático nacional para la terminación del servicio de voz móvil, deberán ofrecer a los proveedores de redes y servicios de larga distancia internacional y demás proveedores de redes y servicios móviles el esquema de cargos de acceso definido por la regulación para la red sobre la cual se preste efectivamente el servicio a sus usuarios."

El referido párrafo no figuraba en la propuesta regulatoria producto de la cual fue expedida la Resolución CRC 4660, sino que surgió como consecuencia del proceso de recepción y análisis de comentarios a la propuesta. En el documento de respuestas a comentarios, al respecto, la CRC sostuvo lo siguiente:

"TELEFÓNICA menciona la existencia de saldos positivos en casos hipotéticos donde un entrante que hace uso de su RAN recibe llamadas por parte de algún usuario de su red, estas posibilidades fueron estudiadas en la resolución definitiva. En este sentido, la Resolución CRC 4660 de 2014 establece que los proveedores de redes y servicios móviles que hagan uso de la facilidad esencial de roaming automático nacional para la terminación de mensajes de texto (SMS), deberán ofrecer a los proveedores de redes y servicios de larga distancia internacional y demás proveedores de redes y servicios móviles el esquema de cargos de acceso definido por la regulación para la red sobre la cual se preste efectivamente el servicio a sus usuarios."

Así, en el caso de proveedores que se beneficien del RAN para la terminación de llamadas deberán recibir una remuneración bajo las mismas condiciones de quienes les alquilen esta facilidad esencial. Esta Comisión encontró pertinente que la remuneración de los cargos de acceso por terminación de llamadas móviles y mensajes de texto esté acorde no solo con las características técnicas de las redes sino con la regulación establecida sobre ellas y que por lo tanto al hacer uso de facilidades esenciales como el roaming automático nacional no puede desconocerse estas condiciones."⁶⁵

El atrás referido párrafo 5 hace parte del artículo 4.3.2.8 de la Resolución CRC 5050 de 2016, y se mantuvo en el artículo 3 de la Resolución CRC 5108 de 2017, que modificó el mencionado artículo 4.3.2.8 de la Resolución CRC 5050.

En tal orden de ideas, dicha regla le es aplicable exclusivamente a los proveedores de redes y servicios móviles que terminen llamadas originadas en otras redes, haciendo uso de la instalación esencial de RAN, por ser ello exigencia del supuesto de hecho de la norma. Por el contrario, esto es, si el servicio mayorista de terminación no se presta haciendo uso de la instalación esencial de RAN, entonces se aplicará el valor del cargo de acceso que, de acuerdo con la naturaleza del proveedor que lo presta, haya establecido el régimen regulatorio y, por sustracción de materia, no aquel definido por la regulación para la red del proveedor de origen (PRO) o proveedor de RAN.

Es así como, y frente a la pregunta que en el fondo supone el cargo bajo estudio: ¿a qué valor se remunera el servicio mayorista de terminación de llamadas por quien es entrante al mercado (que tendría derecho a cobrar el valor previsto en el artículo 4.3.2.11 de la Resolución CRC 5050), pero que ofrece dicho servicio mayorista haciendo uso de la instalación esencial de RAN? Se puede responder de manera concreta que, tal como se explicó jurídica y técnicamente en la resolución aquí recurrida, y contrario a lo argumentado por el recurrente respecto de su interpretación de operador entrante, el valor que corresponde aplicar para remunerar el servicio mayorista de terminación, es el definido por la regulación para la red sobre la cual se preste efectivamente el servicio a sus usuarios, esto es, el cargo de acceso previsto para el proveedor de RAN, aún si el prestador del servicio de terminación es asignatario por primera vez de permisos para el uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles terrestres en bandas utilizadas en Colombia para las IMT⁶⁶.

En suma, siempre que un esquema técnico de operación revele que un proveedor asignatario de un permiso para el uso de espectro radioeléctrico – como el recurrente-, que opera y explota dicho espectro a través de una red de acceso mediante la cual presta a sus abonados uno o más servicios de telecomunicaciones, accede a la red de otro proveedor -como COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP -, vía interconexión, cuando su abonado se encuentra fuera de la cobertura de uno o más servicios de su red, ese esquema corresponderá al de acceso y uso de RAN, independientemente de la denominación que los proveedores involucrados decidan darle, tal y como se explicó en el punto 2.3.2 de la presente resolución. En efecto, si un proveedor adopta un esquema técnico mayorista que involucra el acceso a RAN, entonces tal esquema técnico no puede catalogarse como de OMV, y viceversa.

⁶⁵ Documento de respuesta a comentarios "Revisión de cargos de acceso de las redes móviles". Regulación de Mercados. Enero de 2015. Pág. 54

⁶⁶ Ver, Resoluciones CRC 4828 y 4829 de 2015

Por lo anterior, resulta completamente claro para esta Comisión que un proveedor entrante, asignatario por primera vez de permisos para el uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles terrestres en bandas utilizadas en Colombia para las IMT, ofrece servicios de datos a través de su red de acceso 4G/LTE y los abonados a la misma utilizan las redes 2G y 3G de otros operadores para recibir servicios de voz, SMS, y datos a través de la funcionalidad de CSFB, tal esquema corresponde al de acceso y uso de la instalación esencial de RAN, y no a ningún otro y, por ende, le sería aplicable la regla prevista en el párrafo 5 del artículo 8 y el párrafo 1 del artículo 8B de la Resolución CRT 1763 de 2017, modificados por los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Resolución CRC 4660 de 2014, compilados posteriormente en los artículos 4.3.2.8 y 4.3.2.10 de la Resolución CRC 5050 de 2016, y modificados por los artículos 3 y 4 de la Resolución CRC 5108 de 2017.

Así, y en línea con sus propios actos⁶⁷, la CRC ha sido lo suficientemente clara al demostrar y sostener que, en el caso en concreto, el valor que corresponde aplicar para remunerar el servicio mayorista de terminación, es el definido por la regulación para la red sobre la cual se preste efectivamente el servicio a sus usuarios, esto es, el cargo de acceso previsto para el proveedor de RAN, aún si el prestador del servicio de terminación es asignatario por primera vez de permisos para el uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles terrestres en bandas utilizadas en Colombia para las IMT.

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

2.5. Respetto del argumento "ETB trasladó a sus usuarios el beneficio de ser entrante"

2.5.1. Consideraciones del recurrente

Al punto, **ETB** sostiene que la CRC al negar su condición de entrante "afecta gravemente la situación financiera de la empresa, que trasladó en beneficio de sus usuarios los beneficios generados por la figura regulatoria de ser entrante". Para demostrar lo anterior, presenta un cuadro comparativo con el propósito de mostrar lo que denomina "agresividad de ETB en algunos planes de su oferta desde el lanzamiento logrando nivelar los minutos ofrecidos por el operador dominante del mercado móvil en Colombia Claro, buscando dinamismo y aceptación en la incursión del mercado móvil Local".

Finalmente, **ETB** sostiene que la CRC en la resolución aquí recurrida "nada dijo sobre el argumento presentado por ETB en la contestación del conflicto y que se refiere a que **LAS CONCILIACIONES FINANCIERAS CELEBRADAS ENTRE COLOMBIA TELECOMUNICACIONES Y ETB SE ENCUENTRAN EN FIRME**". Al punto, **ETB** recuerda lo anterior al considerar que resulta -en su opinión- una conducta extraña que después de dos (2) años de ejecución del contrato de interconexión con **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, dicho proveedor cuestione la remuneración de cargos de acceso a favor de **ETB**; "en un absoluto desconocimiento de la firmeza de las actas de conciliación debidamente suscritas y aceptadas por las partes de la interconexión, en las que valga destacar **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** remuneró las redes móviles de **ETB** de conformidad con lo previsto por el artículo 8C de la Resolución CRT 1763 de 2007, esto es, como operador entrante".

2.5.2. Consideraciones de la CRC

Respetto al presente cargo en donde el recurrente sostiene, por un lado, que ya trasladó el beneficio a sus usuarios generado por la figura regulatoria de entrante y, por el otro, que las conciliaciones financieras celebradas entre **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** y **ETB** ya se encuentran en firme, resulta pertinente indicar cuál fue el asunto en controversias que esta Comisión, en el marco de sus competencias, resolvió a través de la resolución aquí recurrida:

"(...) resulta claro que la discusión en el caso concreto versa sobre las condiciones de remuneración de la red móvil de **ETB** con ocasión del tráfico fijo y móvil cursado desde las redes de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** y, en este sentido, identificar cuál es la regulación general que en esta materia debe aplicarse, pues mientras **ETB** considera que sus redes deben ser remuneradas bajo las reglas aplicables a los proveedores entrantes en los términos definidos en el artículo 4.3.2.11 de la Resolución CRC 5050 de 2017, para **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** el cargo de acceso que ha de pagarse corresponde al de la red en la que efectivamente se presta el servicio, tal y como lo contemplan los artículos 4.3.2.8 y 4.3.2.10 de la Resolución CRC 5050 de 2017".⁶⁸

⁶⁷ Ver, Resoluciones CRC 4419 de 2014, CRC 4508 de 2014, CRC 4829 de 2015, CRC 4909 de 2016.

⁶⁸ Ver, Resolución CRC 5271 del 21 de noviembre de 2017, pg. 6

Es por lo anterior que para efectos de dirimir la referida controversia entre **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** y **ETB**, y en donde este último planteó como oferta final⁶⁹ la aplicación de los valores de cargos de acceso aplicados para su red móvil sean los dispuestos para proveedores entrantes conforme con el artículo 4.3.2.11 de la Resolución CRC 5050 de 2017, esta Comisión procedió, primero, a establecer cuál es la operación que adelanta **ETB** para la prestación de los servicios móviles a su cargo, identificando si como dicho proveedor lo sostiene, el ser un OMV completo implica o no la aplicación de las reglas dispuestas en la regulación general vigente para la remuneración de las redes de los proveedores entrantes o, si la forma de prestación de sus servicios corresponde con la figura del acceso y uso de la instalación esencial de RAN.

En tal sentido, y bajo el principio de congruencia⁷⁰ que guía la resolución de todo derecho de petición sea cual sea la forma en la que el mismo se plantea ante la administración⁷¹, esta Comisión decidió de fondo, en el marco de sus competencias, el asunto en controversias planteado por las partes.

Por lo que el recurrente, siendo un profesional en el sector, bajo el argumento de sostener que ya había trasladado los beneficios a sus usuarios derivados de una interpretación propia de la regulación general aplicable en la materia y de supuestamente existir conciliaciones financieras ya en firme entre las partes, no puede aducir el desconocimiento que existía de la aplicación de la regulación general y la doctrina administrativa respecto de la remuneración de los cargos de acceso en su relación con **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**; toda vez que, precisamente por su calidad de profesional, tal supuesto traslado de beneficios no puede servir de pretexto para oponerse a la aplicación de la regulación general, contrariando la máxima de derecho que le impide alegar su propia impericia por desconocimiento de la ley y la regulación, y luego suponer que fue asaltado en su buena fe.

Más aún si se tiene en cuenta que la estructuración de la relación mayorista entre **ETB** y **COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP** -la cual tanto ha puesto de presente **ETB** para sustentar todos los cargos planteados en su recurso-, no surgió a partir de unas frases aisladas y sueltas, y de conceptos relacionados con la estrategia nacional contra el hurto de equipos terminales móviles que en nada estudiaban al respecto la condición de OMV que alega en esta oportunidad **ETB** -tal como se explicó en el punto 2.1.2. de la presente resolución-, como para que se diga que ella no habría existido de no ser por aquella. Dicha relación mayorista surgió por iniciativa de ambas empresas en el año 2014, pese a que para el momento de su perfeccionamiento (a saber: 14 de enero de 2014), el 13 de diciembre de 2013 se había iniciado ya contra **COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP** la actuación administrativa de solución de controversias ante la CRC por no conceder RAN bajo el esquema CSFB, según lo había solicitado **AVANTEL S.A.S**, relación que se ejecutó inter-partes tal y como se había celebrado, pese a que la CRC, mediante las Resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, había señalado que tal esquema era constitutivo de RAN, y había ordenado a **COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP** conceder RAN con CSFB, situación que **ETB** conocía o debió haber conocido, en razón de ser un profesional en el sector, y de tratarse de una decisión pública que involucraba a su co-contratante en un asunto que constituía la médula de su propia relación de acceso. Por lo que, respecto de los referidos cargos, **ETB** como profesional en el sector no puede aducir, a estas alturas, que sus decisiones comerciales se deben a una mala interpretación que tuvo de la norma general aplicable.

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

⁶⁹ Expediente Administrativo 3000-92-537. Folio 87.

⁷⁰ Ver, H. Corte Constitucional, Sentencia T-149 de 2013, M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. (en donde se explica lo siguiente: "la garantía real al derecho de petición radica en cabeza de la administración una responsabilidad especial, sujeta a cada uno de los elementos que informan su núcleo esencial. La obligación de la entidad estatal no cesa con la simple resolución del derecho de petición elevado por un ciudadano, es necesario además que dicha solución remedie sin confusiones el fondo del asunto; que este dotada de claridad y congruencia entre lo pedido y lo resuelto (...)"

⁷¹ Ver, H. Corte Constitucional, Sentencia T-021 de 1998, M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. (en donde se explica lo siguiente: "[E]llevar una solicitud a la administración corresponde al ejercicio del derecho de petición y no deja de pertenecer a su ámbito por la sola circunstancia de que lo pedido esté previsto en norma legal especial. Acudir a una modalidad de petición indicada por la ley para ciertos efectos no despoja a la solicitud de su sustento constitucional por el hecho de que exista tal regulación específica, menos todavía si la administración rechaza aquella o no la tramita bajo el pretexto de que, en vez de las normas legales aplicables, se ha hecho referencia al precepto de la Carta Política que consagra el derecho de petición. El ejercicio de éste se encuentra implícito, aunque no se invoque, en toda manifestación que se haga ante una autoridad o entidad pública, mediante la cual se pretenda respetuosamente obtener algo de ella: una decisión, una definición, una liquidación, un pago, una aclaración, la expedición de un acto administrativo, una adición al mismo, o una revocación de todo o parte de su contenido.")

En razón de lo expuesto, esta Comisión

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP** contra la Resolución CRC 5271 del 21 de noviembre de 2017.

ARTÍCULO SEGUNDO. Rechazar *in limine* las pruebas documentales remitidas por la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP.**, conforme a las razones expuestas en el numeral 2.2. de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO. Negar las pretensiones presentadas por la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP** en su recurso de reposición, 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 **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, 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

23 MAR 2018



NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JUAN MANUEL WILCHES DURÁN
Presidente


GERMÁN DARIO ARIAS PIMIENTO
Director Ejecutivo

Expediente 3000-92-537
C.C. 9/02/2018 Acta 1139
S.C. 21/03/2018 Acta 362

Revisado por: Lina María Duque Del Vecchio – Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias,
Elaborado por: Miguel Durán - Carlos Castellanos Rubio.

	COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES	COORDINACIÓN EJECUTIVA
	Bogotá, D.C. en la fecha <u>28/03/2018</u> Hora <u>8:09 Am</u> se presentó personalmente el (la) Doctor(a): <u>Nicolas Andres Zuleta Alarcon</u> Identificado(a) con cédula de ciudadanía No. <u>1.010.193.018</u> y Tarjeta Profesional <u>N.A</u> , quien en su calidad de <u>Abogado Especial</u> se notificó del contenido de la resolución CRC <u>5335</u> de 2018 EL NOTIFICADO  LA COORDINACIÓN EJECUTIVA	

