



RESOLUCIÓN No. **5 4 1 3** DE 2018

*"Por la cual se resuelve el conflicto surgido entre **ARIATEL S.A.S. E.S.P.** y **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. – ETB S.A. E.S.P.**, relacionado con el esquema de cobro de cargos de acceso entre redes locales para el tráfico local-local de dichas empresas"*

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, y especialmente las que le confieren el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 y,

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

El día 27 de junio de 2016, **ARIATEL S.A.S. E.S.P.**, en adelante **ARIATEL**, aceptó de manera integral, pura y simple los términos y condiciones contenidos en la Oferta Básica de Interconexión (OBI) de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, en adelante **ETB**¹.

Durante el proceso de negociación y suscripción del contrato de interconexión entre ambos Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST), **ETB** propuso un sistema de cobro por el cargo de acceso derivado del tráfico local-local que, en términos de **ARIATEL** "no sea simétrico", propuesta que fue rechazada por **ARIATEL** al considerarla contraria a lo dispuesto en la Resolución CRC 1763 de 2007².

El día 6 de marzo de 2017, **ETB** remitió a **ARIATEL** una propuesta de contrato de acceso, uso e interconexión de las redes de TPBCL-LE del primero, y TPBCL del segundo, con una cláusula de remuneración de redes locales "ajustada a beneficio propio, a interpretación regulatoria en materia de la remuneración adicional de las redes basándose en la resolución CAN 342 de 2000, en contravía de lo dispuesto por la Resolución 1763 del 2007", según lo planteó **ARIATEL** en su solicitud³.

Mediante comunicación de fecha 1 de junio de 2017, **ETB** propuso la suscripción del contrato de acceso, uso e interconexión entre ambos operadores, acordando que se elevaría una solicitud de solución de controversias ante la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) para que resolviera sobre "la divergencia surgida por la aplicación del esquema de remuneración entre redes locales, para el tráfico local-local que llegue a generarse por la interconexión entre las redes de TPBCL/LE de **ETB** y la red de **ARIA TEL (sic)** para el servicio local limitado en el objeto del contrato". Lo anterior, con el fin de dar inicio a la relación de interconexión lo antes posible⁴.

El día 21 de diciembre de 2017, se suscribió el "ACTA DE PUESTA EN FUNCIONAMIENTO – CONTRATO DE ACCESO, USO E INTERCONEXIÓN" entre **ARIATEL** y **ETB**⁵.

¹ Expediente administrativo 3000-92-548. Folios 31-37.

² Expediente administrativo 3000-92-548. Folios 41-42.

³ Expediente administrativo 3000-92-548. Folios 41-42.

⁴ Expediente administrativo 3000-92-548. Folios 7-9.

⁵ Expediente administrativo 3000-92-548. Folios 10-11.

El día 12 de enero de 2018 la representante legal suplente de **ARIATEL** presentó ante la CRC solicitud de solución de controversias relacionada con el esquema de cobro de cargos de acceso entre redes locales para el tráfico local-local de dicha empresa y **ETB**⁶.

Analizada la solicitud presentada por **ARIATEL**, y verificado el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad dispuestos en los artículos 42 y 43 de la Ley 1341 de 2009, el Director Ejecutivo de la CRC dio inicio a la respectiva actuación administrativa el 19 de enero de 2018, para lo cual fijó en lista el traslado de la solicitud, y remitió a **ETB** copia de esta y de la documentación asociada a la misma, mediante comunicación de fecha 19 de enero de 2018⁷, con número de radicado 2018502846, para que se pronunciara sobre el particular.

Posteriormente, **ETB** dio respuesta al traslado efectuado por la CRC, mediante comunicación de fecha 26 de enero de 2018⁸, con número de radicado 2018300165.

En este estado de la actuación administrativa, esta Comisión citó a las partes a audiencia de mediación⁹, la cual se llevó a cabo el día 15 de febrero de 2018, con el fin de generar un espacio de diálogo que les permitiera lograr un acuerdo directo. En la mencionada audiencia las partes expusieron sus puntos de vista sin que fuera posible llegar a un acuerdo directo, por lo que ante ausencia del mismo se dio por terminada la etapa de mediación, según consta en el Acta respectiva¹⁰.

El día 6 de marzo de 2018 el Director Ejecutivo de la CRC, mediante comunicación con radicado 2018510015¹¹, presentó ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC) un impedimento para pronunciarse dentro del presente trámite con base en la causal prevista en el numeral 11 de artículo 11 del CPACA, según la cual todo servidor público debe declararse impedido por haber dado "*consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo*".

Lo anterior, por cuanto en su condición de funcionario de **ETB** tuvo oportunidad de "*conocer y debatir la posición de dicha empresa en relación con el esquema de remuneración Sender Keeps All, tema sobre el cual versa el objeto de la controversia que está siendo tramitada por la Comisión de Regulación de Comunicaciones*".

El día 7 de junio de 2018, mediante comunicación con radicado 2018301624¹², el MINTIC informó a la CRC que se había decidido el impedimento presentado por el Director Ejecutivo mediante Resolución MINTIC 807 de 14 de marzo de 2018, aceptando el impedimento presentado, designando como Experto Comisionado Ad-hoc de la Comisión de Regulación de Comunicaciones al Doctor NICOLÁS MAURICIO SILVA CORTÉS, y como Director Ejecutivo Ad-hoc de la Comisión de Regulación de Comunicaciones al Ingeniero JUAN MANUEL WILCHES DURÁN.

De otra parte, de acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 2.2.2.30.4 del Decreto 1074 de 2015, la CRC no informará a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el presente trámite en atención a que el mismo se trata de un acto de carácter particular y concreto que tiene por finalidad resolver un conflicto de competencia de la CRC.

2. ARGUMENTOS EXPUESTOS POR ARIATEL

Según **ARIATEL**, la propuesta para remunerar los cargos de acceso por el tráfico local-local realizada por **ETB**, a pesar de fundarse en la Resolución CAN 342 de 2000, va en contravía de lo dispuesto por la Resolución CRC 1763 de 2007.

Como oferta final, **ARIATEL** solicita que **ETB** se ajuste a lo señalado en los artículos 3, 4, 5 y 6 de la Resolución 1763 de 2007, compilada por la Resolución CRC 5050 de 2016, y que se demerite la

⁶ Expediente administrativo 3000-92-548. Folios 1-43.

⁷ Expediente administrativo 3000-92-548. Folio 45.

⁸ Expediente administrativo 3000-92-548. Folios 47-104.

⁹ Expediente administrativo 3000-92-548. Folios 105-106.

¹⁰ Expediente administrativo 3000-92-548. Folio 107.

¹¹ Expediente administrativo 3000-92-548. Folio 110.

¹² Expediente administrativo 3000-92-548. Folios 111-114.

fórmula de "cobro asimétrico ajustado a beneficio propio", por cuanto desconoce la regulación vigente en esa materia.

Adicionalmente, solicita que no solo se tenga en cuenta lo señalado en la Resolución CRC 1763 de 2007 en cuanto a metodología de remuneración para tráfico local-local, sino además lo acostumbrado en el sector y por todos los operadores en ese aspecto.

3. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR ETB

En su documento de respuesta, **ETB** manifiesta su desacuerdo respecto de los hechos planteados por **ARIATEL** en el documento de solicitud de controversia.

En cuanto al numeral primero de dicho documento, aduce que es parcialmente cierto, pues la solicitud de **ARIATEL** fue recibida en las oficinas de **ETB** el día 28 de junio de 2016, y fue complementada y ampliada en su alcance mediante comunicación de 29 de julio de 2016, luego de haber celebrado una reunión entre dichas empresas el 21 de julio del mismo año.

Respecto del numeral segundo, manifiesta que no es cierto, por cuanto la propuesta de **ETB** relativa a la remuneración para tráfico local-local en el proyecto del contrato de acceso, uso e interconexión enviado el 24 de agosto de 2016 (aplicando la metodología Sender Keeps All - SKA) fue aprobada por **ARIATEL**, como consta en el acta de 21 de julio de 2016 y en numerosos correos electrónicos cruzados entre las partes, a saber: (i) de **ETB** a **ARIATEL** de fecha 26 de octubre de 2016; (ii) de **ARIATEL** a **ETB** de 27 y 28 de octubre de 2016; (iii) de **ETB** a **ARIATEL** de 3 de noviembre de 2016 y de **ARIATEL** a **ETB** de la misma fecha; (iv) de **ARIATEL** a **ETB** de 11 de noviembre de 2016.

Adicionalmente, afirmó que solo mediante comunicación recibida por **ETB** el día 7 de abril de 2017, **ARIATEL** confirmó su cambio de posición respecto de la remuneración del tráfico local-local.

Frente al numeral tercero, en el que **ARIATEL** afirmó que **ETB** propuso proceder con la firma del contrato, y que lo relativo a la remuneración de las redes local-local lo dejaran supeditado a la instancia de solución de controversias ante la CRC, manifestó que era cierto.

En cuanto al numeral cuarto, en el que **ARIATEL** manifiesta que la controversia entre esta y **ETB** llena los requisitos y elementos fácticos y jurídicos suficientes para proceder con la solicitud, declaró que no se trataba de un hecho sino de una manifestación de **ARIATEL**.

En cuanto al aparte del documento de **ARIATEL** titulado "EXPLICACIÓN DETALLADA DEL ESTADO ACTUAL DE LA RELACIÓN ENTRE ARIATEL Y LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.", **ETB** manifestó: que el numeral i) es cierto parcialmente, por los mismos motivos explicados con anterioridad frente al numeral primero del acápite de hechos del mismo documento, esto es, que la solicitud de **ARIATEL** fue recibida en las oficinas de **ETB** el 28 de junio de 2016, siendo complementada y aclarada en su alcance mediante comunicación de 29 de julio de 2016; que el numeral ii) no es cierto, pues a su entender **ARIATEL** aceptó la propuesta de **ETB** en términos de remuneración; que el numeral iii) es cierto; y que el numeral iv) es parcialmente cierto, toda vez que las partes sí suscribieron el acta de inicio de la interconexión el día 21 de diciembre de 2017, pero no lo es que la divergencia entre ambas empresas esté lesionando los intereses de **ARIATEL**.

En este punto afirma **ETB** que la demora en la puesta en servicio se debe a un atraso en el cronograma imputable a **ARIATEL**, quien se tomó por lo menos seis (6) meses en completar la primera actividad. Los inconvenientes presentados se asocian al proceso de implementación (pruebas de CDRs de la interconexión, en el proceso de implementación de la transmisión, en las pruebas de señalización y fallas en la parametrización de la señalización del nodo de interconexión).

En cuanto a las razones de derecho objeto de la presente controversia, **ETB** inicia identificando el punto de divergencia con **ARIATEL**, en los siguientes términos: "El punto de divergencia entre **ETB** y **ARIATEL**, sobre el cual no ha sido posible llegar a un acuerdo, versa sobre el valor que por concepto de cargos de acceso debe pagar **ARIATEL** a **ETB**, por el tráfico asimétrico que llegue a cursar en las redes TPBCL de **ETB** en la ciudad de Bogotá".

A continuación, manifiesta que **ARIATEL** interpreta de forma inadecuada la Resolución CRT 1763 de 2007, "*por cuanto afirma que la mencionada resolución establece el no pago de las interconexiones de redes, sin que ello sea cierto*".

Aduce que la metodología de remuneración planteada por **ETB** es la de "Sender Keeps All", la cual debe aplicarse conforme a las normas andinas y los estudios regulatorios, por lo que deben cumplirse las condiciones de simetría de tráfico y costos de red para ello. Además, se refiere a la utilidad razonable que debe estar contenida en la remuneración por el uso de la red en virtud de la interconexión.

Por último, en este aparte de su escrito afirma que la aplicación del mecanismo remuneratorio del SKA cuando existe asimetría en los volúmenes de tráfico entre operadores de redes interconectadas es ineficiente, pues quien recibe el mayor tráfico debe asumir todos los costos, mientras que quien lo envía se queda con los ingresos.

Seguidamente, plantea cuatro argumentos de fondo, los cuales se resumen a continuación:

(i) Los contratos de interconexión son esencialmente onerosos

En este punto de su escrito, **ETB** describe la relación contractual con **ARIATEL** como bilateral, onerosa y conmutativa, con un objeto complejo.

Teniendo en cuenta lo anterior, se refiere al artículo 4.2.1.6. de la Resolución CRT 087 de 1997, para afirmar que en virtud de la relación de interconexión con **ARIATEL** tiene derecho a recibir una contraprestación razonable por el uso de su infraestructura, y que el valor de los cargos relacionados con dicha interconexión debe estar orientado a costos eficientes más una utilidad razonable.

Así mismo, se refiere al artículo 5.1.4. del mismo cuerpo normativo para señalar que las tarifas de los servicios de telecomunicaciones deberán fijarse teniendo en cuenta que todos los operadores involucrados tendrán derecho a percibir una justa compensación por su prestación, y las tarifas deberán reflejar los costos de esa prestación más una utilidad razonable.

También alude a los artículos 18 y 20 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCAN) en cuanto a que los valores derivados de la utilización de una red deben estar orientados a costos eficientes (costo operativo más utilidad razonable), y que este órgano ha emitido pronunciamientos en los que ha afirmado que la interconexión debe ser económicamente eficiente y sostenible, orientada a costos que preserven la calidad del servicio a costos eficientes.

Según **ETB**, de aplicarse en el presente conflicto la posición de **ARIATEL**, se le estaría obligando a prestar un servicio a pérdida, lo cual no se compadece con lo dispuesto en las normas comunitarias y nacionales al respecto.

(ii) El sistema Sender Keeps All

En este aparte, **ETB** describe en qué consiste el sistema remuneratorio denominado SKA, en los siguientes términos: "*(...) consiste en que la interconexión se remunera cuando cada operador conserva el valor cobrado a sus usuarios, siempre y cuando exista simetría en el tráfico. Así opera una compensación entre lo que cada operador tendría que pagarle al otro por terminar las llamadas en su red*".

Se refiere a unos "Estudios previos" de la CRT -que no identifica- para afirmar que esta Comisión ha determinado que es una condición para aplicación del SKA el pago de los cargos de acceso correspondientes al tráfico asimétrico. Además, que siendo el SKA un mecanismo de compensación, siendo que dicha figura está regulada en el Código Civil, no podría interpretarse de manera contraria a lo allí dispuesto al respecto, esto es, que la misma opera cuando dos personas son deudoras la una de la otra, extinguiendo recíprocamente sus deudas hasta la concurrencia de sus valores.

Así las cosas, en caso de existir asimetría en tráficos, mal podría utilizarse el SKA sin reconocer un saldo a favor de quien recibió más tráfico entre los dos operadores. En efecto, afirma, el SKA no elimina el precio de cargos de acceso, sino que propone un mecanismo eficaz de cuadrar cuentas

cuando existe simetría de tráfico. Así, en caso de asimetría, deberá aplicarse el valor pactado contractualmente.

Posteriormente, **ETB** alude a varios documentos en los que se describe la forma en que funciona el SKA, haciendo énfasis en que para su aplicación debe partirse de una simetría de tráfico, pues de lo contrario se estaría perjudicando a una de las partes de la relación de interconexión. De hecho, cita el documento titulado "Propuesta regulatoria para la fijación de los cargos de acceso a redes fijas y móviles en Colombia" elaborado por la CRT en septiembre de 2007, en el que se dice que "[L]a simetría de tráfico y de costos de interconexión es la base para la implementación de SKA en la interconexión local".

Por último, **ETB** se refiere a ejemplos internacionales en los que se ha dado aplicación al esquema de remuneración SKA, resaltando que siempre se ha hecho partiendo de la existencia de simetría en el tráfico cursado entre las redes de los operadores interconectados.

(iii) De la prevalencia de las normas comunitarias sobre la regulación interna

En este punto, **ETB** asevera que tiene derecho al pago de cargos de acceso en el caso del tráfico asimétrico pues así lo indica la naturaleza onerosa y conmutativa del contrato de interconexión, así como las normas andinas y nacionales de orden público en materia de remuneración de redes de telecomunicaciones.

Alude a una sentencia del Consejo de Estado¹³ según la cual, en términos de **ETB**, "(...) iba en contra del ordenamiento nacional, la postura de la CRC de presumir que los cargos de acceso entre operadores, siempre van a ser simétricos, y por lo tanto tienden a ser iguales a cero".

Con base en el anterior pronunciamiento, **ETB** resalta la claridad respecto de que ningún contrato o servidumbre de interconexión no deba ser eficientemente remunerado, razón por la cual, así se haya pactado la metodología SKA para remunerar la interconexión, subsiste la obligación de pago sobre los montos que excedan la concurrencia de los valores de los cargos de acceso para cada red.

(iv) Artículo 3 de la Resolución CRT 1763 de 2007

En este último punto, **ETB** manifiesta que el artículo 3 de la Resolución CRT 1763 de 2007 no puede ser aplicado a la presente controversia por las razones que se resumen a continuación:

- (i) Las normas comunitarias tienen prevalencia respecto de las normas locales: **ETB** se refiere a la sentencia 261-IP-2013 (interpretación prejudicial) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina proferida en virtud de una controversia suscitada entre Telmex Colombia S.A. y **ETB**, para exaltar el principio del derecho comunitario andino de la primacía del mismo sobre el derecho nacional, y en ese sentido manifiesta que el artículo 3 de la Resolución CRT 1763 de 2007 no puede estar por encima de los preceptos de la normatividad andina relativos a la remuneración de cargos de acceso orientada a costos eficientes.

Cita una providencia del Consejo de Estado¹⁴ que resolvió el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral que definió la controversia entre Telmex Colombia S.A. y **ETB** por diferencias respecto de la remuneración de cargos de acceso según la cual, en el entender de **ETB**, se autorizó a la CRC para dejar de aplicar el artículo 3 de la Resolución CRT 1763 de 2007 en aquellos casos en que hacerlo implicara una violación de la normatividad andina.

- (ii) Decaimiento del artículo 3 de la Resolución 1763 de 2007: para **ETB**, el artículo 3 de la Resolución CRT 1763 de 2007 reproduce lo anteriormente contenido en el derogado artículo 4.2.2.20. de la Resolución CRT 463 de 2001, el cual fue derogado por el Consejo de Estado.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de febrero de 2015, C.P.: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO según **ETB**, pero la providencia que contiene la cita es de 15 de noviembre de 2012, mismas Sección y ponente, expediente 11001-03-24-000-2002-00194-01.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de diciembre de 2015, C.P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN según **ETB**, pero la providencia que contiene la cita es de 9 de agosto de 2012, Sala Plena de la Sección Tercera, expedientes 43.281, 43.195 y 43.045.

Teniendo en cuenta lo anterior, **ETB** asume que se configuran los requisitos contenidos en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA), *"pues la nulidad del mismo precepto, implica que el fundamento jurídico del artículo 3 de la Resolución 1763 de 2001 ha desaparecido y por lo tanto dicha norma es inaplicable para resolver el caso concreto"*¹⁵.

Como corolario de su escrito, **ETB** presenta su oferta final, consistente en que **ARIATEL** debe pagar a **ETB** el valor eficiente previsto en la regulación de la CRC para minutos cursados por la red de TPBCL originados en la red de **ARIATEL** terminados en la red de **ETB**, que no hayan sido objeto de compensación por ser tráfico asimétrico con un porcentaje de tolerancia del 2%. Para ello, los valores a aplicar serán los señalados en la normatividad vigente para la terminación de tráfico en las redes de TPBCL.

4. CONSIDERACIONES DE LA CRC

4.1. Verificación de requisitos de forma y procedibilidad

En primer lugar, esta Comisión considera pertinente constatar si la solicitud presentada por **ARIATEL** cumple o no con los requisitos de forma y procedibilidad para el trámite contemplado en el artículo 43 de la Ley 1341 de 2009, esto es: **(i)** solicitud escrita **(ii)** manifestación de la imposibilidad de llegar a un acuerdo **(iii)** indicación expresa de los puntos de divergencia, así como los puntos en los que exista acuerdo si los hubiere, **(iv)** presentación de la respectiva oferta final respecto de la materia en divergencia, **(v)** acreditación del transcurso de treinta (30) días calendario desde la fecha de la presentación de la solicitud con los requisitos establecidos en la regulación que sobre el particular expida la CRC.

Al respecto ha de mencionarse que **ARIATEL** presentó de manera escrita su solicitud el 12 de enero de 2018, y en dicho documento manifestó la imposibilidad de llegar a un acuerdo con **ETB** respecto del cargo de acceso aplicable, presentó su oferta final y acreditó haber cumplido con el término de negociación directa señalado en el artículo 42 de la Ley 1341 de 2009. Con base en lo anterior, esta Comisión encuentra que se dio cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1341 de 2009 para efectos de dar inicio al presente trámite.

4.2. Sobre el asunto en divergencia

Una vez verificados los requisitos que exigen los artículos 42 y 43 de la Ley 1341 de 2009 para el trámite de la presente actuación administrativa y revisados los argumentos expuestos por cada una de las partes en el curso de la misma, la CRC identifica que, a pesar de plantearse el asunto como una supuesta controversia en relación con el esquema de cargos de acceso aplicable a la relación de interconexión existente entre las redes TPBCL de las empresas **ARIATEL** y **ETB**, en realidad se está planteando la posibilidad de inaplicar lo establecido en la Oferta Básica de Interconexión (OBI) de **ETB** al respecto, previamente aprobada por la CRC. Lo anterior en la medida en que como se evidencia de la solicitud presentada por **ARIATEL** dicho proveedor el día 27 de junio de 2016, aceptó de manera integral, pura y simple los términos y condiciones contenidos en OBI de **ETB**¹⁶.

Para desarrollar lo anterior, esta Comisión procederá a hacer un estudio de la figura de la oferta mercantil y su irrevocabilidad, y los efectos de los actos administrativos proferidos por esta entidad, específicamente los que versan sobre aprobación de OBI, para finalmente entrar a resolver el caso concreto.

¹⁵ ARTÍCULO 91. PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia.

¹⁶ Expediente administrativo 3000-92-548. Folios 31-37.

4.2.1. La oferta mercantil y su irrevocabilidad

Para la celebración de cualquier negocio jurídico es necesaria la formación del consentimiento, que en los términos del artículo 1.494 del Código Civil es el concurso real de voluntades de dos o más personas. Por lo tanto, se necesita al menos de una oferta y de su correspondiente aceptación.

La oferta, de acuerdo con la doctrina especializada, consiste en una "*declaración de voluntad de contratar emitida unilateralmente por una persona y dirigida a otra u otras, en la que se formula el proyecto del contenido contractual*"¹⁷. Se trata de la invitación de una parte a otra de entablar una relación negocial.

El Código de Comercio contempla una definición de oferta en su artículo 845, en los siguientes términos: "*La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario*".

Sobre los requisitos de la oferta, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera:

*[P]ara su eficacia jurídica ha de ser firme, inequívoca, precisa, completa, acto voluntario del oferente, y estar dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento. Ello significa, entonces, que para que exista oferta se requiere voluntad firme y decidida para celebrar un contrato, lo que la distingue de los simples tratos preliminares, en los que de ordinario esa voluntad con tales características todavía está ausente; y, al propio tiempo, ha de ser tan definida la voluntad de contratar por quien lo hace, de manera tal que no ha de aparecer duda de ninguna índole de que allí se encuentra plasmado un proyecto de contrato revestido de tal seriedad que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquel o aquellos a quienes va dirigida, lo que necesariamente supone que en ella han de estar contenidos, cuando menos, los elementos esenciales del contrato propuesto y que, además, ha de ser dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento*¹⁸.

De las normas y la jurisprudencia citadas, es claro que para que una oferta sea considerada jurídicamente eficaz, la misma deberá cumplir con los siguientes requisitos: (i) contener un propósito del oferente de vincularse contractualmente de manera definitiva; (ii) ser completa; (iii) ser comunicada; y (iv) cumplir con las formalidades cuando estas se exijan¹⁹.

El requisito relativo al propósito del oferente de vincularse contractualmente de manera definitiva guarda estrecha relación con lo dispuesto en el artículo 846 del Código de Comercio, el cual establece que la oferta será irrevocable, y en consecuencia "*no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario*". Ello tiene lógica, pues el ordenamiento jurídico trata de proteger la buena fe precontractual del destinatario de la oferta²⁰.

En la presente controversia, es claro que existe una oferta presentada por **ETB**, que no es otra que la Oferta Básica de Interconexión, la cual debe ser aprobada por la CRC mediante acto administrativo, por lo que se hace necesario ahondar en los efectos de los actos proferidos por la entidad en esa materia.

4.2.2. Efectos de los actos administrativos proferidos por la CRC para aprobación de Ofertas Básicas de Interconexión

La Sección 6 del Capítulo 1 del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016 contempla las reglas atinentes a la Oferta Básica de Interconexión y solicitudes de acceso e interconexión.

¹⁷ EVA MARÍA MARTÍNEZ GALLEGOS, *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2000, p. 28.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 8 de marzo de 1995, rad. 4473, M.P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.

¹⁹ Vid. FERNANDO JIMÉNEZ VALDERRAMA, *Teoría del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Legis, 2015, pp. 62 y ss.

²⁰ Sobre buena fe precontractual, ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 23 de noviembre de 1989, 12 de agosto de 2002 (exp. 06151) y 5 de agosto de 2014 (exp. SC10103-2014).

En virtud de lo dispuesto en el artículo 4.1.6.1. de la mencionada resolución, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones asignatarios directos de numeración de acuerdo con el Plan Nacional de Numeración, aquéllos que provean interconexión a otros proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, y aquéllos que dispongan de instalaciones esenciales de acuerdo con lo establecido en el numeral 4.1.5.2.1 del ARTÍCULO 4.1.5.2 del CAPÍTULO 1 del TÍTULO IV, deberán contar con una Oferta Básica de Interconexión, en la que se definirán la totalidad de elementos mínimos necesarios, incluidos los precios, para que con su simple aceptación por parte de un proveedor se genere un acuerdo de acceso y/o de interconexión.

Este artículo además establece que la OBI debe someterse a revisión y aprobación de la CRC.

La aprobación de la OBI se hace mediante acto administrativo, una vez se constate que la misma contiene, como mínimo, los elementos enumerados en el artículo 4.1.6.2. de la Resolución CRC 5050 de 2016 (Parte general, aspectos financieros y técnicos). Dicha aprobación también implica la fijación de las condiciones de la mencionada oferta por parte del regulador, respecto de aquellos asuntos en los que la OBI registrada por el PRST se aparta de la regulación general vigente.

El acto administrativo mediante el cual se aprueba la OBI es un acto administrativo de carácter particular expedido en cumplimiento de una obligación o deber legal, y los efectos del mismo, una vez se encuentra ejecutoriado, consisten en (i) la modificación del ordenamiento jurídico en el sentido de crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones de algún sujeto de derechos, (ii) el privilegio de la decisión previa y (iii) la ejecución de oficio²¹.

Así, una vez se aprueba una OBI por parte de la CRC, atendiendo a lo dispuesto en la Sección 6 del Capítulo 1 del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, se genera la obligación en cabeza del oferente de mantener las condiciones de dicha oferta, de hacerla pública, de mantenerla actualizada, entre otras, además de las facultades de decisión previa y ejecución de oficio en cabeza de la entidad a las que ya se hizo referencia.

4.2.3. El caso concreto: la remuneración de la relación de interconexión entre las redes TPBCL de ARIATEL y ETB

Habiendo establecido las características de la oferta y los efectos de los actos administrativos proferidos por esta entidad cuando aprueba una OBI, debe entrarse a establecer cómo tienen aplicación dichos conceptos en el caso que nos ocupa.

En primer lugar, teniendo en cuenta las pruebas que obran en el expediente, es claro que existe una OBI de **ETB** aprobada por la CRC mediante la Resolución CRC 3719 de 2012, *"Por la cual se aprueba el contenido de la Oferta Básica de Interconexión –OBI- de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y se fijan las condiciones del acceso y de interconexión"*, en la que se determinó, respecto del esquema de remuneración de las redes, que se aprobaba lo dispuesto por **ETB** en su OBI *"bajo el entendido que la remuneración de la red local de **ETB** en cualquier lugar del país donde preste dicho servicio, por parte de otro operador local, se realizará de conformidad con lo establecido en la Resolución CRT 1763 de 2007 o aquellas normas que la modifiquen o sustituyan"*.

La anterior decisión fue impugnada por **ETB**, alegando, entre otras cosas, que *"la aplicación del esquema en que cada proveedor conserva los valores recaudados procede únicamente cuando las partes han guardado silencio en relación con la forma de remuneración del contrato de interconexión"* y que *"las partes siempre tendrán la posibilidad de definir un mecanismo de remuneración que tenga en cuenta, por ejemplo, el comportamiento de tráfico"*.

En la Resolución CRC 3959 de 2012, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición antes referido, se dejó claro que no era viable para **ETB** incluir requisitos adicionales a los ya definidos por la regulación, en contravía de los fundamentos generales definidos por la CRC en la Resolución 1763 de 2007, en los siguientes términos:

"Debe ser claro para el recurrente que la OBI debe acoger los fundamentos regulatorios relacionados con la materia, definiendo en ella la totalidad de elementos mínimos necesarios que regirán la relación de interconexión para que con su simple aceptación por parte del proveedor solicitante se genere el acuerdo de acceso y/o interconexión, no siendo viable

²¹ Vid. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo general y colombiano*, 20ª ed., T. II, Bogotá, Temis, 2017, pp. 78 y ss.

para este incluir requisitos adicionales a los ya definidos por la regulación, en contravía de los fundamentos generales definidos por la CRC en la Resolución 1763 de 2007 en ejercicio del mandato de intervención del Estado en la economía.

En este orden de ideas, la regulación ha establecido que la remuneración a los proveedores de TPBCL por parte de otros proveedores de TPBCL se realizará bajo el mecanismo en el que cada proveedor conserva la totalidad del valor recaudado de sus usuarios, sin prever en ningún caso condicionamiento o requisito alguno para aplicar este esquema de remuneración, especialmente en razón a la simetría del tráfico de los proveedores interconectados, por el contrario, la CRC ha analizado la literatura especializada sobre el particular, y ha podido concluir acerca de las bondades técnicas y económicas de la aplicación de este sistema y contrario a lo afirmado por la recurrente, la simetría en los patrones de tráfico no constituye una condición necesaria para garantizar la viabilidad del esquema SenderKeepsAll".

De lo anterior, es evidente que **ETB** sometió a aprobación de la CRC una OBI, y que en materia de remuneración de redes de TPBCL se aprobó lo dispuesto en dicho documento bajo el entendido de que se hiciera de conformidad con lo establecido en la Resolución CRT 1763 de 2007 o aquellas normas que la modifiquen o sustituyan.

Por lo tanto, la oferta que está en firme, y a la cual se acogió **ARIATEL** de manera integral, pura y simple tal y como consta en los folios 31 a 37 del expediente administrativo de la presente actuación, configurando así la relación contractual entre esta y **ETB**, remite a la regulación general, específicamente la Resolución CRT 1763 de 2007, en lo que respecta a la remuneración de las redes locales.

En conclusión, en el caso que nos ocupa no hay lugar a analizar si puede o no darse aplicación a un esquema de remuneración ajustado a las pretensiones de uno u otro operador, pues en realidad lo que se busca es determinar si la OBI de **ETB** aprobada por la CRC tiene o no efectos respecto de **ARIATEL**, en el sentido de aplicar las reglas de remuneración de redes contempladas en la regulación general.

Atendiendo a que la aprobación de la OBI se hizo mediante acto administrativo que se encuentra en firme por estar ejecutoriado y cuya legalidad se presume, por cuanto sus efectos no han sido suspendidos ni su nulidad ha sido decretada por autoridad judicial competente, son las disposiciones allí contenidas las que deben regir la relación de interconexión existente entre las redes locales para el tráfico local-local de **ARIATEL** y **ETB**. De esta manera, las condiciones aceptadas pura y simplemente por **ARIATEL** implican la remuneración de la interconexión local entre las redes de los proveedores en comento bajo las reglas allí definidas, esto es, bajo el esquema denominado por la teoría económica como "Sender Keeps All"²².

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO 1. Desestimar la solicitud de solución de controversias elevada por **ARIATEL S.A.S. E.S.P.** por los motivos expuestos en la parte motiva de esta resolución, en la medida en que las condiciones de acceso, uso e interconexión de sus redes con las redes de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. – ETB S.A. E.S.P.** se rigen por el contenido de la Oferta Básica de interconexión de este último proveedor aprobada por las Resoluciones CRC 3719 y 3959 de 2012, aceptada por **ARIATEL S.A.S. E.S.P.** el día 27 de junio de 2016.

ARTÍCULO 2. Notificar personalmente la presente Resolución a los representantes legales de **ARIATEL S.A.S. E.S.P.**, de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

²² RESOLUCIÓN CRC 5050 DE 2016. ARTÍCULO 4.3.2.3. CARGOS DE ACCESO ENTRE REDES DE TPBCL. La remuneración a los proveedores de TPBCL por parte de otros proveedores de TPBCL en un mismo municipio, o grupo de municipios a los que hacen referencia el ARTÍCULO 4.3.2.5 y el ARTÍCULO 4.3.2.6 del CAPÍTULO 3 del TÍTULO IV, por concepto de la utilización de sus redes, se realizará bajo el mecanismo en el que cada proveedor conserva la totalidad del valor recaudado de sus usuarios y se responsabiliza de todo lo concerniente al proceso de facturación. Todo lo anterior, sin perjuicio de que los proveedores acuerden otros mecanismos alternativos para la remuneración de las redes.

– **ETB 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 procede el recurso de reposición, dentro de los (10) días siguientes a su notificación.

Dada en Bogotá D.C. a los

23 JUL 2018

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS LUGO SILVA

Presidente



JUAN MANUEL WILCHES DURAN

Director Ejecutivo Ad-hoc

Proyecto 3000-92-548

S.C. 16/07/18 Acta 365

C.C. 09/07/18 Acta 1160

Revisado por: Lina María Duque del Vecchio - Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias

Elaborado por: Nicolás Almeyda Orozco - Líder