



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia



SIEMPRE A
LA VANGUARDIA

RESOLUCIÓN No. **5 8 7 0** DE 2019

*"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por **AVANTEL S.A.S.** contra la Resolución CRC 5847 de 2019, expediente No. 3000-86-40"*

La Sesión de Comisión de Comunicaciones de
LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, y especialmente las que le confiere el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019 y,

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante la Resolución 5847 de 2019, la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC resolvió el conflicto surgido entre **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** (en adelante "**COLOMBIA MÓVIL**") y **AVANTEL S.A.S.** (en adelante "**AVANTEL**") relacionado con la no entrega de información y la divergencia en torno al valor de remuneración por el uso del Roaming Automático Nacional -RAN- para el servicio de voz, datos y SMS, luego de transcurridos cinco años desde que quedó en firme el permiso que por primera vez se le otorgó a **AVANTEL** para uso del espectro en bandas IMT.

La Resolución CRC 5847 de 2019 fue notificada personalmente a **COLOMBIA MÓVIL** el 18 de septiembre de 2019 y a **AVANTEL** también personalmente el 20 de septiembre de 2019. Dentro del término previsto para el efecto, **AVANTEL** interpuso recurso de reposición contra la Resolución CRC 5847 de 2019 mediante escrito del 4 de octubre de 2019 con radicado 2019303466¹. **COLOMBIA MÓVIL**, por su parte, no interpuso recurso alguno.

En su recurso, **AVANTEL** aportó una serie de documentos a fin de que se tuvieran como pruebas documentales, a saber:

- El documento expedido por la Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC- con radicado 2019521971 del 9 de septiembre de 2019.
- La comunicación del 5 de septiembre de 2019 dirigida por **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** (en adelante **COLOMBIA MÓVIL**) a la Directora Ejecutiva (E.F.) de la CRC.
- El acta del comité mixto de interconexión del 5 de septiembre de 2019 celebrado entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL**.
- La respuesta a la solicitud de concepto expedida por la CRC bajo el radicado 2018534408 del 7 de noviembre de 2018.
- La comunicación del 21 de agosto de 2013 dirigida por **AVANTEL** a **COLOMBIA MÓVIL**.
- El documento denominado "ANEXO TÉCNICO 1. ASPECTOS TÉCNICOS Y FINANCIEROS DE LA SOLICITUD DE ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL".

De conformidad con lo establecido en el tercer inciso del artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, mediante comunicación del 8 de octubre de 2019 con radicado 2019201029, esta Comisión le corrió traslado a **COLOMBIA MÓVIL** de los documentos descritos, por el término de cinco (5) días hábiles.

¹ Expediente Administrativo 3000-86-36. Folios 286 a 350.

SM

Con documento del 11 de octubre de 2019 con radicado 2019303573, **COLOMBIA MÓVIL** se pronunció sobre el recurso de reposición interpuesto por **AVANTEL** y, en el apartado final, se manifestó sobre las pruebas de las que se corrió traslado indicando que estas eran irrelevantes, ineficaces, impertinentes y superfluas.

Teniendo en cuenta que el recurso de reposición interpuesto por **AVANTEL** cumple con lo dispuesto en los artículos 76 y 77 del CPACA, esta Comisión deberá admitirlo a fin de proceder a su estudio de fondo, siguiendo para el efecto el orden propuesto por el recurrente.

Dado que en el presente asunto se está ante la interposición de un recurso de reposición en contra del acto administrativo que resolvió un conflicto surgido entre **COLOMBIA MÓVIL** y **AVANTEL**, lo cual debe resolverse por vía de un acto administrativo de carácter particular y concreto, la CRC no debe informar a la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC- sobre esta actuación, pues se configura una de las excepciones a dicho deber, de acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 2.2.2.30.4 del Decreto 1074 de 2015.

2. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR AVANTEL

Con su recurso de reposición **AVANTEL** elevó a la CRC las siguientes solicitudes que catalogó como principales:

- (i) Revocar integralmente la Resolución CRC 5847 de 2019;
- (ii) Ordenar a **COLOMBIA MÓVIL** estarse a lo resuelto en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014;
- (iii) Reconocer que carece de competencia para modificar, cambiar, derogar o desconocer unilateralmente lo establecido en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, sin que medie su autorización expresa; y
- (iv) Ordenar a **COLOMBIA MÓVIL** abstenerse de suspender el acceso y uso a la instalación de RAN impuesto a su favor sin que medie autorización de esta Comisión.

Como peticiones que denominó secundarias, **AVANTEL** solicitó a la CRC que:

- (i) Determine y ordene que la remuneración que le debe cobrar **COLOMBIA MÓVIL** por el acceso y uso a la instalación esencial de RAN para los servicios de voz y SMS corresponde al valor final previsto en las tablas de los numerales 4.7.4.1.1 y 4.7.4.1.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, tal y como fueron modificadas por el artículo 6 de la Resolución CRC 5107 de 2017, o las normas que las modifiquen o adicionen en el futuro, con el objetivo de cumplir con los parámetros de remuneración reconocidos por las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014;
- (ii) Determine y ordene que la remuneración que le debe cobrar **COLOMBIA MÓVIL** por el acceso y uso a la instalación esencial de RAN para el servicio de voz corresponde al valor previsto en el numeral 4.7.4.2.1 del artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, tal y como fueron modificadas por el artículo 6 de la Resolución CRC 5107 de 2017, o las normas que las modifiquen o adicionen en el futuro, sin considerar para ningún efecto el grado de despliegue de infraestructura instalada por **AVANTEL**, con el objetivo de cumplir con los parámetros de remuneración reconocidos por las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014; y
- (iii) Ordene expresamente que todas las decisiones adoptadas que decidan sobre los recursos de reposición interpuestos rigen a partir de su ejecutoria, es decir, desde la fecha en que queda en firme el acto administrativo que plasme lo decidido por la CRC.

A su vez, como peticiones subsidiarias, **AVANTEL** formuló a la CRC las que se indican a continuación:

- (i) Revocar parcialmente el artículo 2 de la Resolución CRC 5847 de 2019, a fin de aclarar y ordenar que a partir de la ejecutoria de la resolución que resuelve el recurso de reposición interpuesto en su contra, la remuneración que **COLOMBIA MÓVIL** debe cobrar a **AVANTEL**

3
SM

por el acceso a RAN para los servicios de voz y SMS, corresponde a los valores determinados en las tablas los numerales 4.7.4.1.1 y 4.7.4.1.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, o las normas que las modifiquen o sustituyan en el futuro;

(ii) Revocar parcialmente el artículo 3 de Resolución CRC 5847 de 2019, a fin de aclarar y ordenar que a partir de la ejecutoria de la resolución que resuelve el recurso de reposición interpuesto en su contra, la remuneración que **COLOMBIA MÓVIL** debe cobrar a **AVANTEL** por el acceso a RAN para el servicio de datos, en los municipios donde **AVANTEL** haya desplegado para prestación de estos servicios tres o menos sectores de tecnología 4G, o no haya desplegado ningún sector en la citada tecnología, corresponde al valor fijado en la tabla del numeral 4.7.4.2.1 del artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, o la tabla que la modifique o sustituya en el futuro; y

(iii) Revocar parcialmente el artículo 7 de la Resolución CRC 5847 de 2019, con el objeto de aclarar, complementar y ordenar que las decisiones adoptadas por la CRC rigen a partir de la ejecutoria del acto que resuelve el recurso de reposición interpuesto.

Ahora bien, una vez sean presentados los argumentos del recurrente, la CRC procederá a exponer las consideraciones que sirven de fundamento para resolver el recurso, recordando que, en concordancia con el artículo numeral 1º del artículo 74 del CPACA, el recurso de reposición tiene como objetivo que la Administración revise su decisión y verifique si hay lugar a su aclaración, modificación, adición o revocación.

Cabe aclarar que en el acápite 2 de su recurso, **AVANTEL** expone una serie de hechos que considera que se encuentran probados y que la CRC no tuvo en consideración dentro de la decisión recurrida. No obstante, al enunciar esos hechos, el recurrente pone de presente múltiples consideraciones de orden jurídico que dan lugar a que lo expuesto en el mencionado acápite deba ser resuelto como un cargo independiente.

Una vez resuelto el cargo formulado en el acápite 2 del escrito de **AVANTEL**, se procederá a resolver los demás cargos expresados en el acápite 3.

2.1. Primer cargo: Los hechos que AVANTEL considera que se encuentran probados en la actuación y que, en su criterio, fueron desconocidos en el acto impugnado

En opinión de **AVANTEL**, en el acto administrativo impugnado, la CRC desconoció los hechos plenamente acreditados en la actuación que a continuación se sintetizan:

(i) Mediante Resolución 2627 de 2013, ejecutoriada el 13 de noviembre de ese mismo año, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -MINTIC- le otorgó a **AVANTEL** permiso para el uso del espectro radioeléctrico en calidad de proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones -PRST-, para prestar servicios de telecomunicaciones móviles de voz, SMS y datos a nivel nacional.

(ii) **AVANTEL** tenía derecho a solicitar y obtener de **COLOMBIA MÓVIL** y los demás PRST establecidos, acceso y uso la instalación esencial de RAN para poder prestar los servicios de voz, SMS y datos, para lo cual aquel debe reconocer una tarifa o precio como contraprestación a estos, que es definido por la CRC.

(iii) Desde el 21 de agosto de 2013, **AVANTEL** le solicitó a **COLOMBIA MÓVIL** el acceso y uso al RAN para los servicios de voz, SMS y datos; no obstante, dice **AVANTEL**, **COLOMBIA MÓVIL** se negó sin justificación a permitirle el acceso y uso a la instalación esencial de RAN, con el objetivo de impedir y retardar la competencia, el acceso al mercado y obstaculizar que sus usuarios pudieran establecer comunicaciones haciendo uso de las redes ya establecidas.

(iv) Ante la negativa de **COLOMBIA MÓVIL**, **AVANTEL** promovió ante la CRC un trámite de solución de controversias y solicitó a esta Comisión que le ordenara a **COLOMBIA MÓVIL** cumplir con la obligación de permitir a **AVANTEL** el acceso y uso a RAN y que estableciera las condiciones de remuneración de dicha instalación.

LSM

(v) AVANTEL y COLOMBIA MÓVIL no tienen un contrato para el acceso y uso al RAN pues la relación entre las partes se ha sujetado a las resoluciones CRC 4420 y 4509.

(vi) Por vía de la Resolución CRC 4420 de 2014 confirmada por la Resolución 4509 de 2014, la CRC dirimió la controversia promovida por **AVANTEL** y le impuso a **COLOMBIA MÓVIL** la obligación de brindar a **AVANTEL** acceso y uso a RAN para los servicios de voz, SMS y datos, y estableció las condiciones de remuneración.

(vii) La CRC ordenó que el acceso y uso del RAN debía brindarse en todo el territorio nacional y debía ser automático, sin que pudiera condicionarse a restricción temporal alguna, y determinó las condiciones de remuneración, de conformidad con la regulación de carácter general sobre la materia.

(viii) La Resolución CRC 4420 de 2014 tuvo por finalidad, además de reconocer el derecho de **AVANTEL** a permitir el acceso y uso a la instalación esencial de RAN respecto de **COLOMBIA MÓVIL**, la de determinar las condiciones de remuneración que debían cobrar a **COLOMBIA MÓVIL** por ese concepto.

(ix) El derecho a acceder a RAN de **AVANTEL** no está condicionado a un término de vigencia, ni al reconocimiento de dicho PRST como operador entrante, como lo afirma la resolución objeto de reproche.

(x) La Resolución CRC 4509 de 2014 confirma lo resuelto en la Resolución CRC 4420 de 2014, es decir, reitera la orden impartida a **COLOMBIA MÓVIL** de brindarle a **AVANTEL** acceso a RAN y establece las condiciones de remuneración, en concordancia con lo determinado en la regulación de carácter general sobre la materia. La Resolución CRC 4509 de 2014 tampoco condiciona la vigencia de la obligación ni las condiciones de remuneración al hecho de que **AVANTEL** sea un PRST entrante, ni le otorga tal calidad, como ahora equivocadamente aduce el acto recurrido y, mucho menos, establece un plazo de duración del derecho al servicio de RAN, entre otras razones porque la Ley 1341 de 2009 no establece una temporalidad para la obligación de brindar acceso y uso a la instalación esencial de RAN.

(xi) Las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 son actos particulares, que a la fecha de iniciarse el trámite promovido por **COLOMBIA MÓVIL** no habían sido revocados, ni anulados, de manera que se encuentran en firme, con fuerza ejecutoria, revestidos de presunción de legalidad y tienen fuerza vinculante para la CRC y las partes.

(xii) La regulación general vigente para la época correspondía a la Resolución CRC 4112 de 2013 y, por consiguiente, las condiciones y criterios señalados en dicho acto, fueron adoptados expresamente por las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, sin perjuicio de que en el futuro aplicaran los precios que determinara la regulación general expedida por esta Comisión.

(xiii) Prueba de ello es que en la Resolución CRC 4420 de 2014, la CRC fijó las condiciones particulares que debían aplicarse a los valores de remuneración por el uso de RAN para los servicios de voz, SMS y datos.

(xiv) La Resolución 4112 determinó que la remuneración por RAN debía pagarse conforme al valor final de las tablas 8 y 8B, del artículo 8, para los servicios de voz y SMS, en tanto que para el servicio de datos correspondía al valor previsto en el artículo 9. En los actos particulares y concreto expresamente la CRC advirtió que los valores dispuestos en las tablas podían estar sujetos a variaciones futuras.

(xv) Solo después de proferirse las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, la CRC expidió la Resolución CRC 4660 de 2014, norma que adicionó y modificó la regulación general a la que remitían los actos particulares, a fin de modificar los valores de remuneración del RAN contenidos en la Resolución CRC 4112 de 2013.

(xvi) La Resolución CRC 4660 de 2014 estableció que a partir de la fecha se aplicarían valores de remuneración distintos y diferenciales para PRST entrantes y establecidos que tuvieran acceso a RAN.

8M

(xvii) Al momento de expedirse las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 no existía la diferenciación entre PRST entrantes y establecidos.

(xviii) En la regulación vigente al momento de expedir las resoluciones CRC 4420 y 4509, no existía una diferenciación de precios en función de la calidad que tuvieran los PRST, es decir, en cuanto a si eran entrantes o establecidos.

(xix) La Resolución CRC 4660 dispuso que el régimen establecido para la remuneración RAN para los PRST entrantes tendría carácter especial y temporal, algo que no existía en la Resolución CRC 4112 de 2013 ni en las resoluciones 4420 y 4509 de 2014, como falsamente lo sostuvo **COLOMBIA MÓVIL** y lo señala el acto impugnado.

(xx) En la medida en que las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 señalaban expresamente que las partes quedaban sujetas a las modificaciones regulatorias producidas a futuro sobre la remuneración de RAN, nada impidió que la nueva regulación contenida en la Resolución CRC 4660 de 2014, se aplicara a la relación entre **COLOMBIA MÓVIL** y **AVANTEL**, mientras este último tuviera la condición de entrante, pero ello no implicaba "el reconocimiento del derecho conferido a **AVANTEL** ni la definición de los criterios de remuneración estuvieran sujetos a temporalidad",

(xxi) La Resolución CRC 4660 de 2014 fue compilada por la Resolución CRC 5050 de 2016 y esta fue luego modificada por la Resolución CRC 5107 de 2017 y luego por lo dispuesto en la Resolución CRC 5827 de 2019; sin embargo, **COLOMBIA MÓVIL** y **AVANTEL** continuaron con la obligación de cumplir con lo dispuesto en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, según los valores finales de remuneración expresados en las tablas para el RAN en los servicios de voz, SMS y datos aplicables a **AVANTEL**, "según fuera la calidad [que] ostentara esta sociedad en cada momento, como PRST "entrante" o como PRST "establecido"".

(xxii) Las partes aplicaron las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 de forma consistente con lo expuesto, conforme con la regulación general, acatando el régimen especial previsto en la regulación general para los PRST entrantes, desde la promulgación de la Resolución CRC 4660 de 2014 y hasta el 13 de noviembre de 2018.

(xxiii) Los documentos contables acredita que durante la vigencia de la Resolución CRC 4660 de 2014, las partes continuaron con el cumplimiento de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, de manera que los valores de remuneración por el uso de RAN correspondieron a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Resolución CRC 4660 de 2014.

(xxiv) Luego de expedida la Resolución CRC 5050 de 2016 los valores de remuneración no sufrieron modificación, tal y como se demostró en los registros contables.

(xxv) A partir de la compilación efectuada mediante la Resolución CRC 5050 de 2016, las partes continuaron con el cumplimiento de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, de manera que se reconoció como remuneración del servicio de RAN, el valor final de la tabla consignada en el artículo 4.7.4.1.3 y al valor dispuesto en el artículo 4.7.4.2.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, aplicables a **AVANTEL** por tener la condición de entrante en ese momento.

(xxvi) La Resolución CRC 5107 de 2017 nuevamente modificó las tablas contentivas de los valores de remuneración del servicio de RAN para los servicios de voz, SMS y datos, tanto por los PRST entrantes como para los PRST establecidos.

(xxvii) **COLOMBIA MÓVIL** no formuló objeción alguna a **AVANTEL** respecto de la forma como se debía continuar dando aplicación a las resoluciones CRC 4420 y 4501 de 2014, en consonancia con las condiciones y valores previstos en la Resolución CRC 5107 de 2017.

(xxviii) Una vez **AVANTEL** adquirió la condición de PRST establecido, esto es, a partir del 14 de noviembre de 2018, las partes debían continuar cumpliendo con las obligaciones relacionadas con la remuneración y uso del RAN con sujeción a lo establecido en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, "pero esta vez con sujeción al [valor final de las tablas] prevista[s] en los artículos 4.7.4.1.1 y 4.7.4.1.2 de la Resolución [CRC] 5050 de 2016, tal como quedaron modificadas [...] por los artículo 6 y 7 de la Resolución [CRC] 5107 de

25/11

2017, normas que fijan los precios máximos para la remuneración del acceso y uso del RAN para los PRST establecidos”.

(xxix) COLOMBIA MÓVIL pretende dejar de aplicar las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 y sostiene falazmente que **AVANTEL** busca conservar la condición de entrante y continuar aplicando las reglas de remuneración especiales para esta clase de PRST.

(xxx) El acto recurrido afirma de manera equivocada que **AVANTEL** ha querido resistirse a cumplir la regulación en vigor, cuando lo cierto es que dicho PRST siempre ha sostenido que se deben continuar cumpliendo las resoluciones 4420 y 4509 de 2014, conforme a la regulación general, de suerte que **AVANTEL** debe reconocer como remuneración el valor final de las tablas previstas en los artículos 4.7.4.1.1 y 4.7.4.1.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, tal como quedaron modificadas por los artículos 6 y 7 de la Resolución CRC 5107 de 2017, “normas que explícitamente fijan los valores máximos de remuneración del RAN aplicables a quienes como **AVANTEL** ostentan la calidad de PRST establecidos”.

(xxxii) COLOMBIA MÓVIL confesó expresamente su intención de (a) incumplir las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, (b) sostener que las condiciones de remuneración establecidas en los anotados actos administrativos ya no son aplicables por el hecho de que haya **AVANTEL** adquirido la calidad de proveedor establecido a partir del 14 de noviembre de 2018, (c) considerar que las decisiones adoptadas en las resoluciones 4420 y 4509 de 2014 están sometidas a plazo, término o condición consistente en que **AVANTEL** tenga la calidad de PRST entrante, situación que no se desprende de los mencionados actos administrativos y (d) obligar a **AVANTEL** a pagar un valor de remuneración de RAN bajo criterios y valores distintos a los topes señalados por las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 y los previstos en la regulación general vigente.

(xxxiii) AVANTEL ha reconocido desde el 23 de mayo de 2014 las condiciones de remuneración de RAN determinados por la CRC, tanto como PRST entrante como ahora en condición de PRST establecido, de manera que es contrario a derecho modificar tales condiciones, como lo hace el acto administrativo recurrido.

(xxxiv) A partir del 14 de noviembre de 2018, **AVANTEL** continuó cumpliendo con las resoluciones 4420 y 4509 de 2014, en lo que respecta a la remuneración de RAN con los valores finales previstos en las tablas establecidas en la regulación general vigente para PRST establecidos. En consecuencia, no existe obstáculo para continuar con el cumplimiento de las resoluciones en mención y proceder a aplicar los nuevos valores de remuneración de RAN, sin solución de continuidad pues es claro que los actos particulares tantas veces referenciados imponen la aplicación de las tablas de los artículos 8 y 9 de la Resolución CRC 4112 de 2013 o las que las modificaron o sustituyeron, como lo ha cumplido **AVANTEL**, situación que es falsamente negada por el acto impugnado.

(xxxv) Hasta la fecha **AVANTEL** ha remunerado el servicio de RAN respetando las condiciones particulares establecidas en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, pero actualizando los valores según las modificaciones introducidas por la regulación general sobre los valores finales de las tablas correspondientes.

(xxxvi) COLOMBIA MÓVIL hasta el 13 de noviembre de 2018 acató las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 en lo que respecta a las condiciones y los valores finales de remuneración del RAN establecido en las tablas de la regulación general vigente.

(xxxvii) COLOMBIA MÓVIL, a partir del 14 de noviembre de 2018, ha incumplido con las condiciones establecidas en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 y no ha aplicado en su facturación los valores finales previstos en las tablas de la regulación vigente.

(xxxviii) AVANTEL no participó en ningún proceso de negociación con **COLOMBIA MÓVIL** dado que las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 ya habían definido el derecho de **AVANTEL** de usar el servicio de RAN respecto de **COLOMBIA MÓVIL**, así como las condiciones de remuneración de tal servicio.

(xxxix) Las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 no pueden ser modificadas por solicitud de **COLOMBIA MÓVIL**, como lo hace la Resolución CRC 5847 de 2019, pues ello solo puede ocurrir a petición de **AVANTEL**.

2019

(xxxix) La CRC aceptó explícitamente que expidió la Resolución CRC 5847 de 2019 con el objetivo de modificar los criterios de remuneración del servicio de RAN que debe cobrar **COLOMBIA MÓVIL**, soslayando la voluntad de **AVANTEL**, a fin de dejar sin efecto los criterios sobre la materia definidos por las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014.

(xli) En Resolución CRC 5847 de 2019 se fijan no solo nuevos criterios para la remuneración del acceso y uso del RAN requerido para los servicios de voz y SMS, sino que además fija fórmulas distintas para definir una remuneración mayor a los valores máximos señalados para el acceso y uso del RAN para datos aplicables a los PRST establecidos.

(xlii) Lo decidido en el acto objeto de censura genera un incremento sobre los valores de remuneración del acceso y uso del RAN, en beneficio de **COLOMBIA MÓVIL**, es decir, del PRST que se resistió cumplir a las obligaciones impuestas previamente por la CRC, con lo que se menoscaban los derechos y situaciones jurídicas consolidadas a favor de **AVANTEL**.

(xliii) El incremento en los valores de remuneración de RAN inserto en el acto objeto de recurso, trae como resultado la afectación directa de los usuarios de los servicios de **AVANTEL**, a la par de encarecer artificial e ilegalmente el acceso y uso al RAN requerido por **AVANTEL**, beneficiar ilegítimamente a quien se opone a respetar las decisiones regulatorias, a quien cambia abruptamente su conducta y, en últimas, a quienes ostentan un mayor poder de mercado de servicios móviles, todo lo cual se constituye como medidas anticompetitivas.

(xliv) **AVANTEL** en ningún momento ha otorgado su consentimiento previo, expreso y por escrito para que los derechos creados por las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 sean alterados por la CRC o desconocidas por **COLOMBIA MÓVIL**.

(xlv) No hay evidencia que acredite la existencia de algunas de las causales de revocación señaladas en el artículo 93 del CPACA.

(xlv) La revocatoria ilegal afecta el patrimonio de **AVANTEL**, a sus usuarios y a la competencia.

(xlvi) **COLOMBIA MÓVIL** promovió una actuación irregular, se ha beneficiado de ella y, además, con la anuencia de la propia CRC, aun antes de que existiera pronunciamiento de esa entidad, informó a esta Comisión y a la SIC que procedería a suspender el acceso y uso de la instalación esencial de RAN a **AVANTEL**, a partir del 3 de octubre de 2019. Este último hecho, según el recurrente, ha sido consentido por la CRC en desconocimiento del cumplimiento de sus deberes. Lo descrito, expresa **AVANTEL**, vulnera las normas supranacionales que gobiernan el acceso y uso de las instalaciones esenciales, contraviene expresamente la regulación general, es prueba irrefutable de que el interés de **COLOMBIA MÓVIL** ha sido siempre resistirse a suministrar, brindar y permitir el acceso y uso a la instalación esencial de RAN requerida por **AVANTEL**, contraviniendo las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, lo cual es tolerado por la decisión administrativa impugnada.

Consideraciones de la CRC

Señala **AVANTEL** que fundamenta su recurso con base, entre otros, en hechos que considera ciertos y relevantes, y que a su juicio no sólo están plenamente acreditados en debida forma en el expediente, sino que fueron desconocidos por la CRC al momento de adoptar su decisión. A continuación, se demostrará cómo tales hechos no sólo no existieron, sino que se trata de juicios jurídicos de **AVANTEL**, por demás errados, acerca del alcance de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014.

En efecto, sostiene el recurrente que ante la negativa injustificada de **COLOMBIA MÓVIL** a proveer acceso a RAN en las condiciones solicitadas por **AVANTEL**, inició y promovió ante la CRC un procedimiento administrativo de solución de controversias, en el que solicitó a esta entidad que estableciera las condiciones de remuneración de la instalación esencial de RAN. Eso no es cierto. En la solicitud de controversias radicada por **AVANTEL** no figura una pretensión tal, pues la controversia económica descrita por **AVANTEL** en esa oportunidad no estaba relacionada con el valor de los cargos de RAN, sino sobre el costo de las nuevas conexiones independientes sobre las cuales se soportaría el tráfico de Roaming, denominadas "Ruta Roaming", costo que a juicio de **AVANTEL** estaba incluido en los valores de RAN previstos en la resolución CRC 4112 de 2013, mientras que a

2
SA

juicio de **COLOMBIA MÓVIL** debían ser asumidos por **AVANTEL** como valores **adicionales** a los previstos en dicha resolución. Dice así **AVANTEL** en la solicitud de solución de controversias:

"3.2 **Puntos de divergencia.** Las conversaciones recíprocas pusieron de manifiesto los que se relacionan en seguida y se detallan en el Capítulo correspondiente a los Fundamentos Técnicos y Legales:

(...)

3.2.3 Costos asociados al esquema de Roaming Automático Nacional indispensable para servicios de Voz y SMS.

(...)

4.3 Puntos de divergencia entre AVANTEL y COLOMBIA MÓVIL

(...)

4.3.3 Costos asociados al esquema de Roaming Automático Nacional para comunicaciones de Voz

Las partes acordaron implementar el esquema de roaming para voz basado en "Local Routing" modelo de enrutamiento, que en materia de medios de conexión se comporta así:

i) Se requiere de nuevas conexiones independientes entre **AVANTEL (PRO)** y **COLOMBIA MÓVIL (PRV)**, sobre las cuales se soportará el tráfico de Roaming, denominadas "Ruta Roaming"

ii) El tráfico generado por el roamer se terminará directamente en la red final de destino, valiéndose, cuando se requiera, de las interconexiones que el PRV tenga con otros operadores.

Si bien las partes han coincidido en acoger este esquema de enrutamiento, existe una diferencia con relación a la parte que debe asumir los costos requeridos para las nuevas conexiones que soportan el tráfico Roaming, pues según **COLOMBIA MÓVIL** estos costos deben ser asumidos en su totalidad por **AVANTEL**, quien por su parte, considera que se deben asumir por partes iguales.

La condición planteada por **AVANTEL**, tiene respaldo en concepto de la CRC, contenido en el Documento de Respuestas a las Observaciones sobre el Proyecto Regulatorio que se convirtió posteriormente en la Resolución CRC 4112 de 2013:

"En relación con el numeral 5.1 y los comentarios de **COLOMBIA MÓVIL**, en primer lugar se ratifica que en principio el esquema propuesto por la CRC corresponde al denominado local roaming dada su sencillez y rapidez de implementación, sin perjuicio de que las partes puedan acordar otros esquemas. **Ahora bien, los costos de transmisión entre nodos locales se regirán por lo dispuesto en el artículo 8 de la Resolución CRC 3101 de 2011**, y las proyecciones de tráfico a un año corresponden a lo requerido en el artículo 46 de dicha norma, relativo a información sobre tráfico para la planeación y mantenimiento de la interconexión²²." (Subrayado y destacado intencional)

(...)

Así, con base en los antecedentes de la Resolución CRC 4112 de 2013, puede concluirse que los costos asociados a los enlaces de transmisión que soportan el Roaming Automático Nacional para los servicios de voz, SMS y Datos, están contemplados en el modelo de costos, de manera que la tarifa regulada a cargo de **AVANTEL los remunera.**"

De esa manera, no es cierto que al iniciar el procedimiento de solución de controversias con **COLOMBIA MÓVIL**, **AVANTEL** hubiere solicitado a la CRC que estableciera las condiciones de remuneración de la instalación esencial de RAN, sino que resolviera una divergencia entre ambos proveedores, limitada exclusivamente a los costos asociados a los enlaces de transmisión de RAN.

Afirma también la recurrente que está probado que las relaciones entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL** "fueron determinadas y siempre han estado sujetas a lo ordenado e impuesto por la CRC en las Resoluciones 4420 y 4509 de 2009" (sic). Eso tampoco es cierto. La relación de RAN entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL** ha estado sujeta a varias resoluciones en los últimos 6 años: inicialmente, a lo previsto en la Resolución CRC 4112 de 2013, de carácter general y abstracto, y a las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, que resolvieron, a la luz de aquella, la controversia inicial entre ambos proveedores. Posteriormente, a la Resolución CRC 4660 de 2014, también de carácter general y abstracto, expedida el 31 de diciembre de 2014, que derogó parcialmente la resolución CRC 4112 de 2013, en especial en cuanto a las condiciones de remuneración del uso de RAN, y que

SM

rigió la relación de RAN – previa compilación en la resolución CRC 5050 de 2016- hasta la expedición de la resolución CRC 5107 del 23 de febrero 2017, que modificó las condiciones de remuneración de RAN previstas en la resolución 5050 mencionada.

Posteriormente, en los hechos descritos en los numerales 6, 7, 8 y 10, **AVANTEL** señala que está probado que las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, al dirimir el conflicto promovido por **AVANTEL** contra **COLOMBIA MÓVIL**, tenían como finalidad establecer, y establecieron, "*las condiciones de remuneración*" por uso de RAN para los servicios de voz, SMS y datos. Nuevamente el hecho descrito por AVANTEL no corresponde a la realidad. Las condiciones de remuneración por uso de RAN para los servicios de voz, SMS y datos estaban fijadas en la Resolución CRC 4112 de 2013, de carácter general y abstracto. Cosa distinta es que la Resolución 4420 de 2014, al resolver la controversia relacionada con los costos asociados a los enlaces de transmisión que soportaban el RAN -arriba descrita- hubiera señalado que los valores de remuneración de RAN previstos en la Resolución CRC 4112 de 2013 incluían todas las facilidades requeridas para la efectiva materialización de tal instalación esencial, razón por la cual no había lugar a afirmar -como lo hacía **COLOMBIA MÓVIL**- la existencia de costos adicionales que debieran ser remunerados a través de un esquema adicional al ya previsto regulatoriamente:

"De esta forma, la regulación general es clara en identificar cómo debe darse el pago por el acceso y uso de la instalación esencial objeto de análisis en el presente acto administrativo, valor que reconoce la remuneración de la misma, bajo las condiciones en que el proveedor de la red visitada debe prestarla, es decir que dicha remuneración incluye todas las facilidades requeridas para la efectiva materialización del Roaming Automático Nacional entendido como la instalación esencial que sirve para la prestación de servicios tanto de voz, SMS como de datos en aquellas áreas geográficas donde el solicitante no cuente con cobertura propia, teniendo como referencia las condiciones dispuestas en los artículos 5 y 6 de la Resolución CRC 4112 de 2013.

Esto implica por lo tanto, que el valor fijado en la regulación general vigente remunera el acceso y uso de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional que permita: (i) realizar la autenticación automática de los usuarios de la red origen y el traspaso a la red origen sin demoras injustificadas cuando sale de su zona de cobertura, (ii) la interoperabilidad de los servicios prestados de voz, SMS y datos, y de aquellos servicios complementarios que sean factibles desde el punto de vista técnico en las mismas condiciones de calidad ofrecidas en su propia red y (iii) realizar de forma automática el registro y activación de un usuario en roaming cuando cambia de zona de cobertura entre la red origen y la red visitada, sin que esto implique una exigencia de continuidad en las comunicaciones activas al momento de cambio de red.

De esta forma, no resulta ajustado con lo dispuesto en la regulación vigente afirmar que existen costos adicionales asociados a la provisión de la instalación esencial a la que se ha hecho referencia, que deba ser remunerada a través de un esquema adicional al ya previsto regulatoriamente, esto por cuanto, como ya tuvo oportunidad de indicarlo la CRC en la respuesta a los comentarios al proyecto de resolución que culminó con la expedición de la Resolución CRC 4112 de 2013 "los denominados "costos adicionales" por la empresa, en efecto están contemplados dentro del costeo incorporado en el modelo".

Así las cosas en el caso objeto de análisis AVANTEL deberá remunerar a COLOMBIA MÓVIL por concepto del Roaming Automático Nacional en las condiciones previstas en los artículo 8 y 9 de la Resolución CRC 4112 de 2013 antes transcritos."

En consecuencia, es claro que la Resolución CRC 4420 de 2014, confirmada por la Resolución CRC 4509 del mismo año, no tenía como finalidad establecer, ni estableció, condición alguna de remuneración por uso de RAN para los servicios de voz, SMS y datos, sino que se limitó a declarar que los valores de remuneración de RAN previstos en la Resolución CRC 4112 de 2013 incluían todos los costos asociados a la provisión de dicha instalación esencial, entre ellos los costos asociados a los enlaces de transmisión que soportaban el RAN, razón por la cual no había lugar al pago de valores adicionales, como lo solicitaba **COLOMBIA MÓVIL**, por lo que **AVANTEL** debía remunerar a ésta por concepto de RAN exclusivamente en las condiciones previstas en los artículo 8 y 9 de la Resolución CRC 4112 de 2013. Nada menos, pero nada más.

También considera **AVANTEL** plenamente probado y hecho evidente que el derecho reconocido en su favor no está condicionado a un término de vigencia, ni que se diera en función de ser un operador "entrante", "*como ahora lo afirma erróneamente la Resolución CRC 5847 recurrida*". Tampoco aquí acierta el recurrente con la verdad, pues la Resolución CRC 5847 de 2019 en parte alguna afirmó que el derecho de **AVANTEL** al pago de los valores de remuneración previstos en la resolución CRC 4112 de 2013 se diera en función de ser un operador entrante.

Lo propio ocurre con el hecho descrito en el numeral 10, en el que **AVANTEL** señala que la Resolución CRC 4509 de 2014 tampoco condicionó la vigencia de las condiciones de remuneración al hecho de que **AVANTEL** fuera un PRST entrante, ni le otorga la calidad de PRST entrante, *"como ahora equivocadamente aduce la Resolución recurrida."* En parte alguna de la resolución recurrida la CRC sostiene que la Resolución CRC 4509 de 2014 condiciona la vigencia de las condiciones de remuneración de la Resolución CRC 4112 de 2013 al hecho de que **AVANTEL** sea un proveedor entrante, aunque ciertamente lo era para el momento de su expedición, según se expuso tanto en la Resolución CRC 4420 como en la Resolución CRC 4509, ambas de 2014.

Especial atención debe ponerse a lo descrito por **AVANTEL** en el numeral 11. Considera el recurrente que está probado en la actuación que las Resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 son actos administrativos particulares y concretos que a la fecha de iniciarse el trámite administrativo promovido por **COLOMBIA MÓVIL** en el año 2019 no habían sido revocados, ni anulados por la jurisdicción, como tampoco sus efectos habían decaído y por tanto se tratan de actos que se encuentran ejecutoriados, en firme, con fuerza ejecutoria, revestidos con presunción de legalidad y tienen fuerza vinculante para la CRC, para **COLOMBIA MÓVIL** y para **AVANTEL**. Esto no es un hecho sino una consideración jurídica, aunque evidentemente equivocada.

Por una parte, debe tenerse presente que las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 no tuvieron naturaleza constitutiva sino declarativa, en la medida en que se limitaron a señalar que, de conformidad con la resolución CRC 4112 de 2013, **AVANTEL** debía remunerar el uso de RAN a los valores previstos allí, sin pagar ningún valor adicional por los enlaces de transmisión de RAN -fuente de la controversia económica resuelta-. Ciertamente tal decisión no ha sido revocada ni anulada, pero sólo tuvo fuerza ejecutoria en materia de remuneración de RAN mientras estuvo vigente en dicha materia la regulación de carácter general y abstracto que le sirvió de fundamento, esto es, la Resolución CRC 4112 de 2013.

Sin embargo, a partir de la expedición de la Resolución CRC 4660 de 2014, que adoptó nuevos valores y condiciones de remuneración de RAN y derogó los valores inicialmente previstos por la Resolución CRC 4112 de 2013, a la relación de RAN entre **COLOMBIA MÓVIL** y **AVANTEL** se le aplicaron esas nuevas condiciones de remuneración y, por ende, también a partir de esa fecha las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 decayeron parcialmente -en cuanto hace a la aplicación de los topes tarifarios inicialmente adoptados por la Resolución CRC 4112 de 2013 y mencionados en su parte motiva-, por haber desaparecido su fundamento de derecho.

En otras palabras, la Resolución 4420 de 2014, en cuanto hace a la aplicación de los topes tarifarios mencionados en su parte motiva (inicialmente adoptados por la Resolución CRC 4112 de 2013) tuvo efectos mientras estuvo vigente la resolución que le servía de fundamento de derecho, es decir, la Resolución 4112 de 2013, pero no después. Por ende, mal puede señalar **AVANTEL** que, en lo que hace a las declaraciones sobre remuneración de RAN, las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 tienen actualmente fuerza ejecutoria, pese a que sus fundamentos de derecho desaparecieron desde el 31 de diciembre de 2014.

En cualquier caso, es claro que, como se ha dicho ya, las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 no establecieron condiciones especiales y particulares de remuneración por el uso de RAN de **COLOMBIA MÓVIL** por parte de **AVANTEL**, sino que se limitaron a declarar que los valores de remuneración de RAN previstos en la Resolución CRC 4112 de 2013 consideraban todos los costos asociados a la provisión de dicha instalación esencial, entre ellos los costos asociados a los enlaces de transmisión que soportaban el RAN, razón por la cual no había lugar al pago de valores adicionales, como lo solicitaba **COLOMBIA MÓVIL**, por lo que **AVANTEL** debía remunerar a ésta por concepto de RAN exclusivamente los valores previstos en los artículo 8 y 9 de la Resolución CRC 4112 de 2013.

Tampoco es cierto lo que sostiene **AVANTEL** en los hechos que describe en el numeral 13, cuando afirma que en la parte considerativa de la Resolución 4420 de 2014 la CRC *"fijó los criterios particulares y expuso concretamente las condiciones de carácter particular que debían aplicarse para la remuneración, liquidación y pago del acceso y uso del RAN para los servicios públicos de telecomunicaciones de voz, SMS y datos a de AVANTEL"*. Como se ha demostrado, en dichas resoluciones de carácter particular y concreto la CRC se limitó a resolver una controversia a la luz de la regulación de carácter general y abstracto vigente a ese momento, y en cuanto a la disputa referente a los costos de los enlaces de transmisión de RAN, se limitó a señalar que **AVANTEL** debía remunerar a **COLOMBIA MÓVIL** por concepto de RAN exclusivamente los valores previstos en los artículos 8 y 9 de la Resolución CRC 4112 de 2013, sin pago de valores adicionales, como quiera que

el modelo de costos consideraba todos los asociados a la provisión de tal instalación esencial. Así, brillan por su ausencia en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, los criterios particulares y las condiciones concretas de carácter particular en materia de remuneración, liquidación y pago del acceso y uso del RAN que según **AVANTEL** la CRC estableció en aquellas.

No corresponden a la realidad, de otra parte, las afirmaciones contenidas en los numerales 17, 18 y 19, según las cuales **i)** está probado y resulta evidente de la simple lectura de la Resolución CRC 4112 de 2013 que la diferenciación entre PRST entrantes y PRST establecidos no existía al momento en que las resoluciones 4420 y 4509 de 2014 fijaron *"los criterios de remuneración del acceso y uso del RAN aplicables a AVANTEL y Colombia Móvil"*, como a juicio de **AVANTEL** *"afirma falsamente Colombia Móvil y lo acepta equivocadamente la Resolución 5847 recurrida"*; y **ii)** en la Resolución 5847 de 2019 la CRC afirmó que el carácter especial y temporal de los cargos de remuneración por el acceso y uso del RAN para los PRST entrantes se encontraba previsto en las Resoluciones 4420 y 4509 de 2014.

Nada más alejado de la realidad. En primer lugar, porque es falso que las resoluciones 4420 y 4509 de 2014 hubieran fijado criterios de remuneración del acceso y uso del RAN aplicables a **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL**, como se ha señalado arriba. En segundo lugar, porque, entre los considerandos de la resolución 4112 de 2013, la CRC señaló que *"(...) para determinar los valores tope de remuneración para los servicios prestados a través del roaming automático nacional, la CRC utilizó la herramienta del modelo de costos de redes en su componente de redes móviles, que fue actualizada en el año 2012 por la firma Dantzig Consultores Ltda., de manera tal que reflejara condiciones eficientes en términos de elementos de red y todos los costos asociados por la inclusión del tráfico adicional de roaming, costos que resultan adecuados para equilibrar los intereses tanto de los proveedores entrantes como de los establecidos, permitiendo el rápido cubrimiento nacional requerido por el entrante al mercado, e incentivando la inversión en infraestructura."* (NFT)

Bajo esa lógica es que el artículo 4 de tal resolución impuso a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles asignatarios de espectro en bandas IMT definidas por la UIT-R, la obligación de poner a disposición de otros proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles que así lo solicitaran, la instalación esencial de RAN. Sobre decir que, a la entrada en vigencia de la resolución CRC 4112 de 2013, los únicos proveedores asignatarios de espectro en bandas IMT eran los proveedores establecidos (Claro, Movistar y Tigo), mientras se consideraban entrantes, como lo señalaron expresamente las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, aquellos proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que a la entrada en vigencia de la resolución CRC 4112, no fueran asignatarios de espectro en bandas IMT, y que sólo lo fueron con ocasión de la subasta de espectro realizada en el año 2013, como es el caso de **AVANTEL** y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

Cosa diferente es que, en efecto, la Resolución CRC 4112 de 2013 no fijó cargos de RAN diferentes para proveedores entrantes y establecidos, lo cual sólo ocurrió con la expedición de la resolución 4660 de 2014. La CRC nunca ha señalado lo contrario, y ciertamente no lo hizo en la resolución recurrida, como tampoco sostuvo allí que el carácter especial y temporal de los cargos de remuneración por el acceso y uso del RAN para los PRST entrantes se encontraba previsto en las resoluciones 4420 y 4509 de 2014.

Llama especialmente la atención la afirmación de **AVANTEL** en el numeral 20, cuando sostiene que, aunque las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 expresamente señalaron que las partes quedaban sujetas a las modificaciones o cambios regulatorios que se produjeran en el futuro sobre la remuneración del RAN, tal circunstancia *"no implicaba que el reconocimiento del derecho conferido a AVANTEL ni la definición de los criterios de remuneración estuvieran sujetos a temporalidad"*. Al respecto, es destacable, en primer lugar, cómo **AVANTEL** cambia la tesis en que fundó su posición durante la actuación administrativa, según la cual lo dispuesto en tales resoluciones es intangible y sólo puede modificarse por regulaciones posteriores si le benefician, pero no si le afectan; en segundo lugar, la afirmación es insostenible porque las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 no fijaron *"criterios de remuneración"* de los cuales pudiera predicarse (o no) temporalidad alguna; finalmente, si bien las resoluciones 4420 y 4509 de 2014 no sometieron ni podían someter a plazo los valores previstos en la Resolución CRC 4112 de 2013, el hecho de que **AVANTEL** reconozca que las partes quedaban sujetas a las modificaciones o cambios regulatorios que se produjeran en el futuro sobre la remuneración del RAN, supone aceptar que las condiciones de remuneración a las que se remitió la Resolución CRC 4420 de 2014 no eran ni son perpetuas o inmutables (contrario a lo que sostuvo a lo largo de la actuación), y que podían derogarse por regulaciones posteriores, como en efecto ocurrió con la expedición de la Resolución CRC 4660 de 2014.

En los presuntos hechos que describe en los numerales 21 a 27, **AVANTEL** construye una narrativa según la cual las partes han continuado dando cumplimiento a las condiciones y criterios particulares de remuneración previstos en la resolución CRC 4420 de 2014, siempre con sujeción a lo dispuesto en la regulación general, tal y como fue modificada con posterioridad, primero por la resolución CRC 4660 de 2014, y después por la resolución CRC 5107 de 2017. La realidad es otra: i) la resolución CRC 4420 de 2014 no estableció condiciones y criterios particulares de remuneración. Tal resolución se limitó a señalar que los valores de remuneración previstos en la regulación general vigente a ese momento (Resolución CRC 4112 de 2013) consideraban la totalidad de los costos involucrados en la provisión de RAN, incluidos los asociados a los enlaces de transmisión de RAN, por lo que **AVANTEL** no debía pagar a **COLOMBIA MÓVIL** valores adicionales por el uso de RAN; ii) la resolución 4420 fue declarativa y no constitutiva, de manera que las condiciones de remuneración aplicables y aplicadas eran las previstas en la resolución CRC 4112 de 2013; iii) no es que las partes hubieran continuado dando cumplimiento a las condiciones de remuneración adoptadas en la resolución 4420 de 2014, aunque con sujeción a lo dispuesto en la regulación general posteriormente expedida; es, más bien, que, derogadas las condiciones de remuneración inicialmente previstas en la resolución CRC 4112 de 2013, y habiendo decaído en consecuencia la resolución 4420 en lo que concierne a dicha materia, la relación de RAN entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL** ha venido sujetándose en materia de remuneración a la regulación de carácter general y abstracto adoptada con posterioridad: a partir del 31 de diciembre de 2014, a las condiciones de remuneración previstas en la resolución CRC 4660, y a partir del 23 de febrero de 2017, a las condiciones de remuneración previstas en la resolución 5107.

Puesta en evidencia la falacia en la que incurre la narrativa de **AVANTEL**, se hace evidente también la falsedad en la que, a título de hecho, incurre el recurrente en los numerales 28, 29 y 30, cuando sostiene estar demostrando que, una vez adquirió la calidad de PRST establecido, **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL** "*debían continuar cumpliendo*" con las condiciones y criterios particulares de remuneración establecidos en las resoluciones 4420 y 4509 de 2014, "*pero esta vez con sujeción al valor final de las tablas prevista en los artículos 4.7.4.1.1 y 4.7.4.1.2 de la Resolución 5050 de 2016, tal como quedaron modificadas por los artículos 6 y 7 de la Resolución 5107 de 2017.*" Como se ha explicado ya, no es cierto que las resoluciones 4420 y 4509 de 2014 hubieran establecido condiciones y criterios particulares de remuneración de RAN, como tampoco lo es que, en esa materia, dichas resoluciones surtan efectos hoy en día, en tanto el 31 de diciembre de 2014, con la derogatoria de los valores de remuneración de RAN previstos en la resolución CRC 4112 de 2013, se produjo su pérdida parcial de fuerza ejecutoria. Por lo demás, en vigencia de la resolución 5107 de 2017 **AVANTEL** estaba sujeto a las reglas de remuneración de RAN aplicables a proveedores entrantes mientras tuviera tal calidad, y a las reglas de remuneración de RAN aplicables a proveedores establecidos una vez lo fuera por haber transcurrido ya los cinco años desde que quedó en firme el permiso por primera vez para uso del espectro en bandas IMT. En este último caso, el valor tope a costos medios para el servicio de datos solo es aplicable en aquellos municipios donde el PRO haya desplegado para la prestación de sus servicios de datos 3 o menos sectores de tecnología 4G, o no haya desplegado ningún sector en la citada tecnología, mientras en los demás el precio se sujeta, en principio, a la negociación entre las partes.

Nuevamente, se destaca, no se trata, como afirma **AVANTEL** en su narrativa, de que "*la resolución 4420 se ejecute*" conforme las tablas de remuneración previstas en los artículos 4.7.4.1.1 y 4.7.4.1.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016. Lo que ocurre es que la relación de RAN se ha regido por las resoluciones de carácter general y abstracto vigentes en cada momento del tiempo: en vigencia de la resolución CRC 4112 de 2013, se rigió por ésta, habiendo resuelto la CRC la controversia mediante la resolución CRC 4420; en vigencia de la resolución 4660 de 2014 se rigió por ésta, habiendo decaído la resolución 4420 en materia de remisión a valores de RAN por desaparición de su fundamento de derecho; y en vigencia de la resolución CRC 5107 de 2017, se rige por ésta, que establece dos reglas de remuneración de RAN para establecidos: aplicación de valores tope a costos medios en un supuesto de hecho (municipios donde el PRO haya desplegado para la prestación de sus servicios de datos 3 o menos sectores de tecnología 4G), y en principio libre negociación en los demás.

De acuerdo con todo lo anterior, no es cierto que **AVANTEL** hubiera probado que la intención de **COLOMBIA MÓVIL** fuera modificar, desconocer y dar por inexistentes, de manera intempestiva e injustificada, el entendimiento y la forma de cumplir las resoluciones 4420 y 4509 desde 2014 hasta el 13 de noviembre de 2018. Tampoco es cierto que esté probado que **COLOMBIA MÓVIL** sostuvo que las decisiones determinadas por la CRC en las resoluciones 4420 y 4509 de 2014, en especial las relativas "*a los criterios de remuneración por el acceso y uso del RAN*", ya no son aplicables "*por el solo transcurso del tiempo y por el hecho de haber adquirido AVANTEL la calidad de operador*"

*establecido, a partir del 14 de noviembre de 2018". Se reitera: las resoluciones 4420 y 4509 de 2014 no establecieron criterios ni condiciones especiales o particulares de remuneración por el acceso y uso del RAN, y su falta de efectos en materia de remuneración no devino del mero transcurso del tiempo, sino de su decaimiento parcial al desaparecer, por derogatoria, sus fundamentos de derecho. Por ende, tampoco está probado que, para **COLOMBIA MÓVIL**, las resoluciones 4420 y 4509 estén sujetas a plazo, término o a la condición de que **AVANTEL** tenga la calidad de PRST entrante, como tampoco lo está que dicho proveedor pretendía obligar a **AVANTEL** a negociar el valor de una remuneración para el acceso y uso de la instalación esencial de RAN bajo criterios y valores distintos "a los máximos señalados en las Resoluciones CRC 4420 y 4509", pues tales criterios nunca existieron y los valores a los que se remitía perdieron vigencia con la expedición de la resolución 4660 de 2014. Por ende, no se compadece con la realidad, por sustracción de materia, afirmar que **COLOMBIA MÓVIL** ha incumplido con "las condiciones de remuneración establecidas en las Resoluciones imperativas CRC 4420 y 4509 de 2014."*

Por las mismas razones, escapa a la realidad sostener que la Resolución 5847 recurrida modificó las resoluciones 4420 y 4509 de 2014, que por lo demás se ocuparon de resolver una controversia absolutamente distinta a la que ocupa ahora a la CRC, o que modificó "los criterios de remuneración del RAN" que ellas adoptaron (que jamás lo hicieron), o que las revocó sin autorización de **AVANTEL**, como quiera que dichas resoluciones se mantienen vigentes y con fuerza ejecutoria, salvo en aquellas materias en las que han desaparecido sus fundamentos de derecho por la derogatoria parcial de la resolución CRC 4112 de 2013.

Ahora bien, a propósito de lo señalado en los numerales 40 a 42, debe indicarse que, si bien es cierto que la resolución CRC 5847 estableció un valor por megabyte para la prestación de servicios de datos en municipios con más de tres sectores de tecnología 4G, superior al valor por megabyte en municipios con tres sectores o menos de tal tecnología, ello fue fruto de la aplicación, al caso concreto, de la resolución CRC 5107 de 2017, considerando su tenor literal, su finalidad, la lógica económica que subyace a ella y su efecto útil, según expuso en detalle la resolución recurrida.

Por tal razón, no corresponde a la realidad afirmar que con el incremento de los valores de remuneración en tales municipios, el único resultado cierto que se genera es perjudicar directamente a los usuarios de los servicios que ofrece **AVANTEL**, encarecer artificial e ilegalmente el acceso y uso al RAN requerido por **AVANTEL**, beneficiar ilegítimamente a quien se opone a respetar las decisiones regulatorias, a quien cambia abruptamente su conducta, la interpretación y la aplicación de las decisiones de la CRC y, en últimas a quienes ostentan un mayor poder significativo en el mercado de los servicios móviles, las cuales son medidas regulatorias abiertamente anticompetitivas. En realidad, la recurrente sabía desde el 23 de febrero de 2017, que su estructura de costos se encarecería una vez su calidad de entrante mutara a la de establecido, y que para proveedores establecidos el tope de precios del RAN de datos sólo era aplicable en aquellos municipios en los que hubiera desplegado tres sectores o menos de tecnología 4G, o no hubiera desplegado ninguno, sujetándose el precio en los demás municipios, en principio, a la libre negociación, por lo que no puede ahora endosar a la CRC las consecuencias negativas (para sus intereses económicos) de sus propias decisiones empresariales en materia de despliegue de red, ni trasladar a la autoridad que resuelve la controversia en supuesto perjuicio a los usuarios. Si **AVANTEL** no ha desplegado su red 4G ni siquiera en aquellos municipios con mayor densidad, donde tiene desplegados más de 3 sectores de tecnología 4G, entonces la regulación trae como consecuencia el pago de un valor de RAN mayor al tope regulado con base en costos medios incrementales; y si **AVANTEL** no quiere pagar ese valor, entonces tendrá que disminuir el consumo de RAN de datos en tales municipios a través de un mayor despliegue de su red 4G en ellos. En ambos casos es su decisión, y las consecuencias de ella en el mercado son de su resorte, no del regulador.

Por lo demás, **AVANTEL** sabía, por su carácter de profesional y el conocimiento altamente especializado que se presume tiene en materia de regulación de telecomunicaciones, que las resoluciones 4420 y 4509 de 2014 no contenían condiciones ni criterios especiales o concretos en materia de remuneración de RAN, y sin embargo los adujo para escapar del ámbito de aplicación de la resolución CRC 5107; sabía también -o ha debido saber- que las condiciones de remuneración previstas en la resolución CRC 4112 de 2013 fueron derogadas el 31 de diciembre de 2014 por la resolución CRC 4660, por lo que el fundamento de derecho -en esa materia- de las resoluciones 4420 y 4509 había desaparecido desde esa fecha y su decaimiento era inevitable -por ministerio de la Ley-, y sin embargo alegó la fuerza ejecutoria total de las mismas so pretexto de escapar del ámbito de aplicación de la resolución CRC 5107; sabía o debía saber que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, no existen derechos adquiridos de los operadores a la inmutabilidad del régimen jurídico, y sin embargo alegó tenerlos para escapar del

aga

ámbito de aplicación de la resolución CRC 5107; y sabía que las resoluciones 4420 y 4509 de 2014 resolvieron una controversia sustancialmente distinta a la que se resolvió mediante la resolución recurrida, y sin embargo alegó la cosa decidida administrativa y la revocatoria directa ilícita de las mismas por parte de la CRC, también para escapar del ámbito de aplicación de la resolución CRC 5107. No puede un proveedor actuar con tal temeridad jurídica y, cuando los resultados le son adversos, culpar de ello a la autoridad.

Finalmente, no es cierto que la suspensión del acceso y uso de la instalación esencial de RAN a **AVANTEL** por parte de **COLOMBIA MÓVIL** haya sido consentida por acción y por omisión de la CRC en el cumplimiento de sus deberes, pues tal circunstancia no hacía ni hace parte de la controversia resuelta mediante la resolución CRC 5847, ni por ende puede censurarse a ésta no haber resuelto nada sobre ese asunto.

2.2. Segundo cargo: Falta de competencia de la CRC para expedir la Resolución CRC 5847 de 2019

En opinión de **AVANTEL**, la CRC fundamenta la decisión administrativa en dos premisas contrarias a la realidad probada en la actuación, a saber: de una parte, la afirmación según la cual tiene competencia para resolver el supuesto conflicto porque se trata de una situación fáctica distinta y, de otra parte, la aseveración consistente en que la decisión impugnada que adopta no es contraria a lo decidido a través de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014. Para sustentar el cargo en mención, el recurrente expuso los siguientes argumentos.

- **La Resolución 5847 de 2019 versa sobre la misma materia resuelta por las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014**

AVANTEL expone que las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 resolvieron el conflicto relativo al derecho al acceso y uso de la instalación esencial del RAN a favor de sus usuarios y provisto por **COLOMBIA MÓVIL**, incluyendo las condiciones de remuneración que debe reconocerle a este último PRST. Por su parte, sostiene el recurrente, la solicitud de solución de controversia proveniente de **COLOMBIA MÓVIL** tiene como propósito cuestionar las condiciones de remuneración previamente establecidas por la CRC en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014. Así pues, para **AVANTEL**, de la comparación de las materias tratadas por las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 y las resueltas por la Resolución CRC 5847 de 2019 se extrae que existe una identidad de sujetos, objeto y causa en razón a que tienen como fin no solo establecer las condiciones y valores de remuneración del RAN entre las partes sino también suspender la provisión de la mencionada instalación esencial. **AVANTEL** anota que pretender desdibujar esta realidad constituye falsa motivación del acto impugnado por valorar indebidamente las pruebas de la actuación.

AVANTEL reitera que se trata de conflictos que versan sobre asuntos idénticos; entre las mismas partes; con un mismo objeto material, esto es, lo relacionado con el acceso y uso a la instalación esencial de RAN para voz, SMS y datos; y con identidad de causa, a saber, determinar las condiciones y valores de remuneración del RAN. Por lo tanto, en su opinión, la decisión administrativa impugnada comporta desconocer tanto las condiciones como los valores de remuneración fijados en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014.

El recurrente aduce que el acto impugnado afirmó falazmente que la diferencia fáctica en la que se pretende fundamentar la posibilidad de pronunciarse por segunda vez sobre el mismo conflicto es que en esta ocasión se busca determinar un valor para el acceso y uso del RAN luego de que se cumplieron los cinco años siguientes a la firmeza del acto administrativo que por primera vez asignó permisos a **AVANTEL** para el uso y explotación de espectro. Tal aserto, en su entender, es falso y evidencia arbitrariedad administrativa puesto que las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, en primer lugar, nunca estuvieron sujetas a un plazo determinado y, en segundo término, tampoco se sometieron a que **AVANTEL** tuviera la condición de PRST entrante, toda vez que dicho concepto fue producto de la Resolución CRC 4660 de 2014, expedida más de seis meses después de estar ejecutoriadas las resoluciones particulares anotadas.

Para **AVANTEL**, la CRC busca desconocer la existencia del conflicto resuelto en el 2014, en específico, en cuanto a que le otorgó el derecho de acceso y uso del RAN respecto de **COLOMBIA MÓVIL**, de conformidad con la regulación vigente a la fecha, para todo el territorio nacional, de forma automática, sin restricción temporal y definiendo las condiciones y los valores de remuneración que con sujeción a las reglas fijadas en la regulación de carácter general aplicables.

El recurrente expresa que existe una plena coincidencia entre el conflicto suscitado en 2014 y el resuelto por la Resolución CRC 5847 de 2019. Manifiesta que es evidente la ineptitud de la razón esgrimida por esta Comisión para proferir el mencionado acto administrativo pues las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 no limitaron su vigencia a ningún plazo ni a la condición de que ostentara la calidad de PRST entrante.

AVANTEL enfatiza en que la pretensión de la CRC dirigida a fundar la competencia para la adopción del acto impugnado en un supuesto entorno fáctico distinto, no tiene sustento probatorio. Señala que no es cierto el argumento de la CRC cuando, a juicio del recurrente, indica que en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 se decidió que la remuneración del RAN sólo era aplicable a **AVANTEL** como PRST entrante con base en el régimen vigente para el momento en que fueron expedidas. Reitera que lo decidido en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 sobre la remuneración del RAN no fue condicionado por un plazo y tampoco fue limitado a la aplicación de la regulación general vigente al momento en que tales resoluciones fueron expedidas. Dichos actos, en su criterio, en materia de remuneración, remiten al valor final previsto en las tablas que disponga la regulación general que en el futuro la modifique las tablas vigentes al momento de la expedición de las decisiones. Las anotadas decisiones, prosigue, tampoco quedaron condicionadas a que ostentara la calidad de PRST entrante en la medida en que la ley 1341 de 2009 no estableció tal condicionamiento para acceder al RAN.

El recurrente indica que la CRC reconoció que la vigencia del RAN es atemporal y no está sujeta a plazo o condición, tanto al momento de resolver el recurso de reposición interpuesto por **COLOMBIA MÓVIL** contra la Resolución CRC 4420 de 2014, como al contestar la demanda judicial impetrada en contra de dicho acto y a Resolución CRC 4509 de 2014 por parte este mismo PRST.

Itera que la vigencia de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 no estaba condicionada a que tuviera la calidad de PRST entrante, ya que para el momento en que estas fueron proferidas, la regulación general vigente no establecía un régimen de remuneración para el RAN distinto para los PRST entrantes y para los PRST establecidos sin que ello fuera obstáculo para que las partes aplicaran la regulación vigente. En su opinión, la diferenciación de la remuneración que se debe reconocer por el acceso y uso del RAN en función de si el PRST es entrante o establecido, no surgió en el año 2018, cuando adquirió la calidad de PRST establecido, sino en el 30 de diciembre del año 2014, con la expedición de la Resolución CRC 4660.

En opinión de **AVANTEL**, a la luz de lo decidido por la CRC en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, desde que adquirió la calidad de PRST establecido -es decir, desde el 14 de noviembre de 2018- debe remunerar el servicio de RAN a **COLOMBIA MÓVIL** con el valor final previsto en las tablas de los artículos 4.7.4.1.1 y 4.7.4.1.2 y 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 del 2016, modificados por los artículos 6 y 7 de la Resolución CRC 5107 de 2017 y recientemente por el parágrafo del artículo 1 de la Resolución CRC 5827 de 2019. Dichas disposiciones, continúa, fijan valores máximos de remuneración del RAN en los servicios de voz, SMS y datos a cargo de los PRST establecidos.

El recurrente aduce que el acto impugnado desconoce que desde el año 2014 hasta el 14 de noviembre de 2018 las partes aplicaron las diversas modificaciones que la regulación general introdujo en el tiempo sobre los valores de las tablas establecidas para la remuneración del RAN adoptadas por la CRC, sin que ello representara cambio del entorno fáctico, como ahora lo sostiene la Resolución CRC 5847 de 2019.

AVANTEL considera que la decisión objeto de recurso impone un nuevo criterio de remuneración distinto al ordenado en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, elevando arbitrariamente el precio del acceso y uso del RAN previamente definido. Así mismo, sostiene que la Resolución CRC 5847 de 2019 cambia el criterio de remuneración para el acceso y uso del RAN para el servicio de datos, al punto que deja de aplicar los valores máximos regulados en la tabla prevista en el artículo 4.7.4.2. de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por la Resolución 5107 de 2017, para en su lugar disponer una nueva fórmula y un valor distinto al máximo establecido en la tabla que antes ordenaba aplicar. Con ello, dice el PRST recurrente se afecta a sus usuarios, en beneficio exclusivo de **COLOMBIA MÓVIL**.

El impugnante reafirma que la CRC carece de competencia para para modificar las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 sin contar con su consentimiento escrito, expreso, de tal suerte que, si esta Comisión consideraba que tenía la competencia para tomar dicha decisión de oficio, entonces al inicio del trámite así lo debió manifestar y argumentar.

- **La Resolución 5847 de 2019 transgrede el principio del *non bis in idem* respecto de AVANTEL**

Para **AVANTEL**, la decisión de la CRC de abocar y resolver retroactivamente un supuesto nuevo conflicto sobre una cuestión ya resuelta previamente, constituye una violación al debido proceso, extralimitación de funciones públicas, quebrantamiento de la regulación general aplicable sobre la materia, vulneración de los derechos legítimos, violación del debido proceso y desconocimiento del derecho su derecho de defensa.

Luego de indicar que la Administración tiene vedado resolver nuevamente sobre un asunto ya afrontado, **AVANTEL** manifiesta que el acto administrativo impugnado omite la aplicación de las normas establecidas en la Resolución 5050 de 2016, de una parte, en cuanto a la prohibición de que los actos administrativos que resuelven conflictos puedan ser modificados sin el consentimiento de quien promovió la controversia y, de otra parte, en cuanto a que esta dispone que los actos administrativos que resuelven conflictos solo son susceptibles de ser modificados por la regulación general, cuando los precios fijados en esta son inferiores a los establecidos en los actos particulares.

Según el recurrente, la Resolución CRC 5847 de 2019 desconoce la regulación general y advierte, contradictoriamente, que los valores máximos consignados en tal regulación para la remuneración del RAN, también pueden ser desconocidos.

Señala que la Resolución CRC 5847 de 2019 resuelve dos veces el mismo asunto entre las mismas partes y de manera distinta, con lo cual contraviene la estabilidad jurídica de los actos administrativos, desconoce la presunción de legalidad de la que están revestidos, vulnera el principio de confianza legítima y sus derechos, al tiempo que desconoce los procedimientos establecidos en el CPACA para modificar, revocar o derogar los actos administrativos particulares y concretos ejecutoriados.

- **La Resolución 5847 de 2019, al resolver el conflicto sin tener competencia, vulnera el principio de buena fe**

AVANTEL asegura que el acto impugnado simula un conflicto y desconoce lo resuelto previamente por la misma CRC, lo cual configura una omisión grave de los deberes y las funciones a su cargo, así como una violación al principio de buena fe exigido en toda actuación administrativa. Precisa que, si en gracia de discusión se aceptara que al iniciar la actuación la CRC no tenía elementos de juicio suficientes para constatar la veracidad de lo expuesto por **COLOMBIA MÓVIL**, en todo caso lo reprochable es que al momento de proferir la Resolución CRC 5847 de 2019 omita el examen de las pruebas que obran en el expediente, las cuales acreditan la falsedad de las afirmaciones y de los hechos planteados por dicho PRST.

En criterio del recurrente, la CRC da por sentada la existencia de un conflicto solamente a partir de la manifestación de **COLOMBIA MÓVIL**, sin realizar un análisis y valoración de las pruebas aportadas que demuestran la falsedad de lo afirmado por el peticionario, su intención de desconocer la regulación previamente expedida, así como de suspender el acceso y uso a la instalación de RAN sin que hubiera un pronunciamiento sobre el particular por parte del regulador, aun cuando **AVANTEL** lo puso de presente.

Para **AVANTEL**, la presunción de buena fe en favor de la CRC desapareció por cuenta de la expedición de la Resolución CRC 5847 de 2019, al generar un beneficio ilegítimo en favor de **COLOMBIA MÓVIL** y al omitir el ejercicio de la función de regulación a su cargo en observancia de las responsabilidades que le impone la ley y la regulación general.

El recurrente arguye que la Resolución CRC 5847 de 2019 rompe con la confianza, seguridad y credibilidad que le otorgaron las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, pues dichas resoluciones le reconocieron la certeza de contar con el acceso y uso del RAN a cargo de **COLOMBIA MÓVIL**, sin limitación o condición de tiempo y sometido a unas condiciones de remuneración claras y preestablecidas, mientras que el acto impugnado cambió la condiciones de remuneración establecidas, aun en contravía de los límites máximos regulados actualmente, con lo cual se desconoce sus derechos y garantías constitucionales. Agrega que la CRC omitió exponer las razones por las cuales desestima las pruebas incorporadas al expediente y que demuestran que dicha entidad no podía intervenir. Considera que el acto impugnado impuso una temporalidad a las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 que estos no establecen, tal y como fue afirmado por la Comisión en su contestación

de la demanda, cuando **COLOMBIA MÓVIL** demandó tales actos ante la jurisdicción por no estar limitados en el tiempo.

Es la opinión de **AVANTEL** que el acto objeto de recurso le impone límites temporales las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 y además le confiere a **COLOMBIA MÓVIL** reconocimientos que, precisamente, están en discusión actualmente ante la jurisdicción y que, por tal razón, esta Comisión no tiene facultad o competencia para pronunciarse sobre estos puntos, pues ello solo corresponde al aparato judicial. A la par, manifiesta que la CRC contraría la buena fe al afirmar inicialmente que su decisión es permanente y no está sujeta a plazo, término o condición alguna, para años después, concluir lo contrario.

En sentir del recurrente se quebranta el orden jurídico cuando el regulador modifica situaciones jurídicas consolidadas, asume competencias que perdió por estar el asunto materia de decisión bajo el conocimiento de la jurisdicción y tolera que **COLOMBIA MÓVIL** incumpla sus propios actos.

- **Sobre la remuneración del acceso y uso a RAN entre AVANTEL y COLOMBIA MÓVIL existe cosa decidida administrativa**

En este punto **AVANTEL** cimienta la solicitud de revocatoria de la Resolución CRC 5847 de 2019 reiterando que las condiciones de remuneración del servicio de RAN respecto de **COLOMBIA MÓVIL** fueron fijadas mediante las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014. Agrega que la CRC actuó con falta de carácter, omitiendo el ejercicio de sus funciones y con falsa motivación al no efectuar, ni al inicio al inicio de su actuación administrativa, ni en la decisión definitiva, los análisis suficientes para verificar la certeza de los hechos aducidos por **COLOMBIA MÓVIL**.

Consideraciones de la CRC

De acuerdo con lo expuesto, **AVANTEL** funda el cargo de falta de competencia a partir de los siguientes argumentos: (i) el asunto decidido por la Resolución 5847 de 2019 es el mismo que fue resuelto en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014; (ii) el acto impugnado trae consigo que la CRC haya juzgado dos veces el mismo asunto; (iii) la falta de competencia anotada deriva en la vulneración del principio de buena fe; y (iv) la remuneración del RAN entre las partes es un asunto ya decidido por la CRC, lo que configura la cosa decidida administrativa.

Así las cosas, esta Comisión abordará el presente cargo en el orden propuesto por el recurrente para cada uno de los argumentos que lo fundamentan. De antemano se advierte que el cargo no tiene vocación de prosperidad en la medida que la CRC sí es competente para expedir la Resolución CRC 5847 de 2019.

- **El asunto en controversia decidido en la Resolución CRC 5847 de 2019 es materialmente distinto al encarado en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 y, por lo tanto, la CRC tiene competencia para expedir la Resolución objeto del recurso de reposición**

Como fue expuesto tanto en la Resolución CRC 5847 de 2019 como al evacuar el primer cargo en el presente acto administrativo, en la solicitud de solución de controversias formulada por **AVANTEL** en el 2014 y que derivó en la expedición de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 NO se pretendió establecer las condiciones de remuneración del servicio de RAN entre las partes. Contrario a ello, a decir verdad, la solicitud formulada por **AVANTEL** en el 2014 nada pretendía en cuanto a la fijación del valor de remuneración del RAN, en tanto lo que buscaba era que la CRC resolviera la controversia acerca de si los enlaces de transmisión independientes para soportar el RAN ("rutas roaming") comportaban o no el pago de valores adicionales a los precios de RAN consagrados en la resolución CRC 4112 de 2013 y, de ser el caso, a cuál proveedor le correspondía asumirlos o en qué medida. Mientras que para **AVANTEL** dicho costo estaba incluido en los valores de RAN fijados en la Resolución CRC 4112 de 2013, para **COLOMBIA MÓVIL** eran costos adicionales. Es evidente, entonces, que **AVANTEL** no solicitó a la CRC en el 2014 que estableciera las condiciones de remuneración del RAN -que estaban ya adoptadas en la resolución CRC 4112 de 2013 y que en sí mismas no eran objeto de controversia entre las partes- sino que resolviera el conflicto respecto de los costos asociados a los enlaces de transmisión.

En contraste, en la presente actuación, la controversia que resolvió esta Comisión mediante la resolución recurrida tiene que ver con la remuneración que por el servicio de RAN debe reconocer **AVANTEL** a **COLOMBIA MÓVIL** en vigencia de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificada por

lga

las Resoluciones CRC 5107 de 2017 y 5827 de 2019, luego de que transcurrieron los cinco años posteriores a la firmeza del acto administrativo que le asignó permiso a **AVANTEL** para el uso del espectro -lo cual sucedió el 13 de noviembre de 2018-. Mientras para **COLOMBIA MÓVIL** el precio regulado a costos medios sólo es aplicable en aquellos municipios con 3 sectores o menos desplegados de tecnología 4G, correspondiendo la libre negociación en los demás, para **AVANTEL** lo correcto es remunerar el uso de RAN a los valores regulados a costos medios en todos los municipios del país, sin consideración alguna al número de sectores desplegados de tecnología 4G.

En suma, en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 se reconoció el régimen de remuneración aplicable para el momento en que fueron expedidas, pero, específicamente, para resolver la controversia respecto de si los valores previstos en la Resolución CRC 4112 de 2013 para remunerar el servicio de RAN, incluían los costos asociados a los enlaces de transmisión. El mencionado asunto difiere del resuelto en la actuación que ahora ocupa la atención de la Comisión, pues en éste se está resolviendo la controversia, en vigencia de las condiciones previstas en la resolución CRC 5107 de 2017, sobre la remuneración del servicio de RAN luego de cumplido el plazo de cinco años posteriores a la firmeza del acto administrativo que le asignó permiso a **AVANTEL** para el uso del espectro, asunto sobre el cual, evidentemente, las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 no se pronunciaron por simple sustracción de materia.

De lo expuesto se colige que la solicitud de **COLOMBIA MÓVIL**, lejos está de cuestionar las condiciones de remuneración constatadas en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 con base en la regulación general en vigor para esa época. En consecuencia, la verdad es que la Resolución CRC 5847 de 2019 no se pronuncia sobre asuntos tratados por los actos administrativos de 2014.

Por si fuera poco, es de señalarse que la modificación del régimen regulatorio general alienta la necesidad de que la CRC aborde el presente conflicto, en la medida en que entre las partes surgió una diferencia en lo que respecta al alcance de dicha regulación en cuanto a los valores de remuneración del servicio de RAN a reconocerse luego del 13 de noviembre de 2018. Esto es incuestionable: en la actual actuación administrativa, **COLOMBIA MÓVIL** y **AVANTEL** tienen una interpretación distinta del alcance de la regulación aplicable al régimen de remuneración del servicio de RAN después del 13 de noviembre de 2018, lo cual se erige como un evidente conflicto que debe ser resuelto por la CRC en el marco de sus competencias. Controversia que, vale reiterar, es sustancialmente distinta a la resuelta por las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014.

De ahí que el asunto decidido en la presente actuación no presente identidad fáctica ni jurídica respecto de los abordados en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014. Esto significa que la CRC cuenta con competencia para decidir el asunto contenido en el acto administrativo objeto de recurso de reposición. No hay, entonces, ni identidad de causa ni identidad de objeto entre lo resuelto en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 y lo decidido en la Resolución CRC 5847 de 2019.

Por lo demás, es notorio que, en contravía de lo anotado por **AVANTEL**, la solicitud de solución de controversia radicada por **COLOMBIA MÓVIL** ningún asunto toca relacionado con la suspensión del servicio de RAN. En consonancia, ya fue advertido en el presente acto administrativo que la referida suspensión no hace parte de la controversia resuelta por la Resolución CRC 5847 de 2019.

De otra parte, aun cuando es cierto que las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 no sujetaron -ni se podían sujetar- a un plazo los valores de remuneración previstos en la Resolución CRC 4112 de 2013, a decir verdad, ello no desdibuja, de un lado, el hecho de que la materia decidida en los actos de 2014 es diferente a la afrontada en la Resolución CRC 5847 de 2019 y, de otro lado, que tal y como lo acepta **AVANTEL** en su recurso, las partes quedaron sujetas a las modificaciones regulatorias que se produjeran en el futuro sobre la remuneración del RAN, lo cual implica naturalmente concluir que las condiciones de remuneración fijadas en la Resolución CRC 4112 de 2013, a las que se remitieron las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, no eran perpetuas o inmutables, por cuanto podían ser modificadas por la regulación general posterior, como ocurrió a partir de la expedición de la Resolución CRC 4660 de 2014.

Asimismo, debe ponerse de presente que el acto administrativo objeto de censura nunca afirmó que el valor de remuneración previsto en la Resolución CRC 4112 de 2013, que debía ser reconocido por **AVANTEL**, tuviera como fundamento que este fuera un PRST entrante. Del mismo modo, es de señalarse que la única mención que se hizo en el acto impugnado en relación con la condición de proveedor entrante de **AVANTEL** a la que aludieron las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, tuvo que ver con el hecho de que dichos actos administrativos indicaron que tal PRST, para ese momento, tenía derecho a solicitar acceso a la instalación esencial de RAN y, por lo tanto, **COLOMBIA MÓVIL**

204

tenía la obligación de otorgarle tal acceso, sin que hubiese algún tipo de sometimiento de la obligación a plazo o condición, máxime cuando la automaticidad del RAN estaba precedida por su declaratoria como una instalación esencial. Basta con revisar el numeral 6.1 de la Resolución CRC 4420 de 2014 titulado "**Alcance de la obligación de Roaming Automático Nacional. Condición de proveedor entrante de AVANTEL**" (SFT), para concluir que, contrario a lo expuesto por **AVANTEL**, el mencionado acto administrativo sí hizo referencia a su condición de PRST entrante, aunque, vale aclarar, no para efectos de constatar cuáles eran los valores de remuneración que **AVANTEL** debía reconocer a **COLOMBIA MÓVIL** por el acceso y uso de la instalación esencial de RAN, cuestión definida para todos los PRST en la Resolución CRC 4112 de 2013, y en condiciones diferentes para los PRST entrantes -incluyendo en su momento a **AVANTEL**- en la regulación general, a partir de la Resolución CRC 4660 de 2014. Consecuencia de lo descrito es que el impugnante falta a la verdad cuando indica que en la Resolución CRC 5847 de 2019 la CRC expresó que las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 decidieron que la remuneración del RAN sólo era aplicable a **AVANTEL** como PRST entrante, con base en el régimen vigente para el momento en que fueron expedidas. Nada de eso fue dicho por el acto recurrido.

Así pues, las dos afirmaciones de **AVANTEL** tratadas en este punto -lo relativo a que las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 no se sometieron a un plazo determinado y a que **AVANTEL** tuviera la condición de PRST entrante- no desvirtúan la premisa de la que partió esta Comisión en el acto impugnado, reafirmada en la presente resolución, según la cual la controversia resuelta en la presente actuación no es igual a la evacuada en las decisiones administrativa de 2014. Por consiguiente, no es de recibo el argumento según el cual el acto objeto de recurso revocó o alteró las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014.

Ahora bien, es del caso manifestar que si bien las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 reconocieron, como no podía ser de otra manera, que la remuneración del servicio de RAN estaba determinada por la regulación de carácter general aplicable a la materia -asunto que era necesario poner en evidencia dada la disputa entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL** en lo referente al reconocimiento de costos adicionales-, que para esa época era la Resolución 4112 de 2013, ello no comporta que por siempre y para siempre **AVANTEL** tenga a derecho a reconocer como valor de remuneración el último valor de las tablas que disponga la regulación general, afirmación de la entera cosecha del recurrente. Al respecto, insístase en que las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 no fijaron condiciones y criterios particulares de remuneración del servicio de RAN, en tanto simplemente remitieron y sujetaron el régimen de remuneración de RAN a lo dispuesto en la regulación general, a propósito de una controversia específica, varias veces citada ya: la relacionada con los supuestos costos adicionales asociados a los enlaces independientes de transmisión de RAN que **COLOMBIA MÓVIL**, para la época, consideraba eran adicionales a los valores regulados de RAN; además, en lo que respecta a la tantas veces mencionada remuneración, a partir del 31 de diciembre de 2014, la remisión a la Resolución 4112 de 2013 efectuada en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 perdió su fuerza ejecutoria toda vez que la anotada resolución general fue derogada en lo atinente al régimen de remuneración del RAN, por la Resolución CRC 4660 de 2014.

A la postre, el hecho de que la remuneración de la instalación esencial de RAN esté sometida a la regulación general vigente -algo armónicamente reconocido por las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 y la Resolución CRC 5847 de 2019- significa que, a partir del 14 de noviembre de 2018², **AVANTEL** debe observar el régimen remunerativo previsto en la regulación general hoy vigente -Resolución CRC 5050 de 2016, modificada por las resoluciones CRC 5107 de 2017 y 5827 de 2019- en igualdad de condiciones a como lo deben observar los demás PRST que tengan la condición de establecidos.

Por tal razón, no puede admitirse que *per saecula seculorum* **AVANTEL** pueda reconocer como remuneración los valores finales de las tablas de la regulación general, máxime cuando ello significaría que, de manera injustificada, dicho PRST gozaría de un régimen asimétrico de remuneración del servicio de RAN, en comparación con el que deben acatar todos los PRST establecidos.

Súmese a lo anterior que el reconocimiento de atemporalidad del RAN, como se explicará detalladamente más adelante, no trae de suyo que las condiciones de remuneración por dicho servicio sean inmutables, sino que implica, dada su condición de instalación esencial, que la posibilidad de acceso a esta no puede estar sometida a plazo o término alguno, sino a condición. A

² Luego de transcurridos los cinco años desde que quedó en firme el permiso que por primera vez se le otorgó a **AVANTEL** para uso del espectro en bandas IMT.

ello hizo mención la Resolución CRC 4420 de 2014 y la contestación de la demanda y de su reforma traída a colación por **AVANTEL**³.

En cuanto a la afirmación del recurrente según la cual la Resolución CRC 5847 de 2019 pasa por alto que, desde el 2014 hasta noviembre de 2018, las partes aplicaron las modificaciones que la regulación general estableció sobre las tablas de remuneración del servicio de RAN sin que ello diera lugar a un conflicto o a modificación del entorno fáctico, debe precisarse que, como fue expuesto arriba, lo sucedido en este asunto no es que las partes cumplieran las condiciones de remuneración adoptadas en la Resolución CRC 4420 de 2014, pero en observancia de lo dispuesto en la regulación general expedida con posterioridad; lo que sucedió fue que, derogadas las condiciones de remuneración inicialmente previstas en la Resolución CRC 4112 de 2013, y habiendo decaído en consecuencia la Resolución CRC 4420 de 2014 en lo referente a tal materia, la relación de RAN entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL** ha venido sujetándose en el aspecto remunerativo a la regulación de carácter general y abstracto adoptada con posterioridad. Pero, en todo caso, tal situación nada tiene que ver con el entorno fáctico delimitado en la Resolución 5847 de 2019 para efectos de determinar que la controversia a resolver en la presente actuación versa sobre el régimen de remuneración de la instalación esencial de RAN aplicable por las partes, en vigencia de la resolución 5107 de 2017, luego de transcurridos los cinco años desde que quedó en firme el permiso que por primera vez le fue otorgado a **AVANTEL** para uso del espectro en bandas IMT. De modo que, para la fijación del asunto en controversia es irrelevante que la forma de cumplimiento de la regulación de carácter general y abstracto vigente en cada momento del tiempo en materia de remuneración no haya suscitado un conflicto con anterioridad al acá resuelto.

Dicho lo anterior, debe resaltarse que el propósito de la resolución objeto de recurso no es imponer un nuevo criterio de remuneración que reemplace el fijado en las resoluciones CRC 4220 y 4509 de 2014, pues es absolutamente claro e indiscutible que estas no establecieron criterio de remuneración alguno. Lo que se limita a hacer la resolución recurrida es resolver el asunto en controversia, esto es, reconocer cuál es el régimen remuneratorio aplicable a la relación de acceso y uso de la instalación esencial de RAN surgido entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL**, , tanto en municipios con 3 sectores o menos de estaciones base desplegados en tecnología 4G, como en los demás, después de que transcurrieron los cinco años desde que quedó en firme el permiso que por primera vez se le otorgó a **AVANTEL** para uso del espectro en bandas IMT, por no haber acuerdo entre las partes sobre ese punto. En síntesis, la Resolución CRC 5847 de 2019 reconoce que la regulación aplicable a dicha materia es la determinada en la Resolución CRC 5050 de 2016, modificada por las resoluciones CRC 5107 de 2017 y 5827 de 2019 y, en fin, toda regulación general que a futuro se expida relacionada con el asunto, conforme las reglas adoptadas por ellas para ciertos supuestos fácticos determinados en función del despliegue de sectores de estaciones base en tecnología 4G. Si ello trae consigo un aumento en los valores de remuneración, tal situación no deviene en arbitraria pues tiene razón de ser, como no podría ser de otra manera, en la aplicación de la regulación general en vigor, de tal suerte que dicho PRST sabía, especialmente a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CRC 5107 de 2017, que su estructura de costos se encarecería una vez se convirtiera en PRST establecido, con lo cual, si en gracia de discusión se aceptara que existe alguna afectación a los usuarios de **AVANTEL**-que no en manera alguna está probada, dicho sea de paso- esta sería únicamente imputable al actuar de dicho PRST, en tanto no adecuó su estrategia comercial a la regulación que sabía le sería aplicable, pese a contar casi con 2 años para hacerlo, y no al acto administrativo objeto de reproche.

Corolario de todo lo descrito es que la decisión inserta en la Resolución 5847 de 2019 no debía estar precedida del consentimiento expreso de **AVANTEL** por no contener ella una revocación de lo decidido en las CRC 4220 y 4509 de 2014. Por lo demás, debe recalarse que, contrario a lo expuesto por **AVANTEL**, la CRC no tomó de oficio la decisión contenida en la Resolución CRC 5847 de 2019, de forma nada había que argumentar al respecto al inicio de la actuación.

- **En la medida en que el asunto resuelto por la Resolución CRC 5847 de 2019 es diferente al decidido en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, el acto impugnado no transgrede el principio *non bis in idem***

³ Memoriales presentados por la CRC dentro del proceso 250002341000-2015-00138-00, tramitado ante la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El *non bis in ídem* es un principio que por antonomasia tiene cabida en asuntos de orden sancionatorio⁴ -y es claro que la presente actuación no ostenta esa naturaleza-. Con todo, es lo cierto que el principio *non bis in ídem* se erige como una garantía que rige tanto en actuaciones judiciales como en las administrativas, en la medida en que es desarrollo del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la CP⁵.

En el ámbito sancionatorio administrativo, el anotado principio "*tiende a garantizar la seguridad jurídica, a través de la intangibilidad o inalterabilidad de las decisiones de la administración que han definido una situación jurídica favorable o desfavorable al administrado*"⁶. Por manera que, "*definida por la administración una situación jurídica particular, salvo la posibilidad excepcional de la revocación directa del acto administrativo, no le es permitido a ésta volver de nuevo sobre la cuestión que ha sido decidida*".

Si en gracia de discusión se aceptara que el principio *non bis in ídem* tiene plena cabida en la presente actuación, es de mencionar que, por ninguna razón, en esta se configura una vulneración de la referida garantía respecto de **AVANTEL** como PRST regulado. En efecto, de acuerdo con lo acreditado y argumentado ampliamente en la Resolución CRC 5847 de 2019 y en el presente acto administrativo, lo cierto es que la materia del conflicto acá resuelto es sustancialmente diferente al asunto analizado en la actuación administrativa que dio lugar a la expedición de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014.

Por consiguiente, nada permite señalar que **AVANTEL** fue "*juzgado*" administrativamente en dos ocasiones por la misma situación puesto que, en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, la CRC decidió sobre los costos asociados a los enlaces de transmisión que soportaban el servicio de RAN, para lo cual reconoció que los valores de remuneración de RAN previstos en la Resolución CRC 4112 de 2013 incluían todas las facilidades requeridas para la efectiva materialización de tal instalación esencial, entretanto que, en la presente actuación, este regulador se vio abocado a resolver respecto del régimen remuneratorio aplicable a la relación de acceso y uso del RAN después del 13 de noviembre de 2018. Tampoco es cierto, por lo tanto, que la decisión impugnada vulnera los demás derechos y principios citados por **AVANTEL** al confeccionar el cargo acá evacuado.

Por lo demás, debe reiterarse, ante la insistencia argumentativa de **AVANTEL**, que el acto administrativo objeto de impugnación se limitó a reconocer la aplicación de la regulación general vigente a la relación de RAN habida entre las partes, sin que ello se constituya como una alteración de las condiciones prevista en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 que requiriera el consentimiento de expreso del ahora recurrente, ni mucho menos una variación del régimen de remuneración precisado en la Resolución CRC 5050 de 2016; de hecho, se trata de todo lo contrario: del reconocimiento de ese régimen de remuneración teniendo en consideración que **AVANTEL** a partir del 14 de noviembre de 2018 ya no tiene la condición de PRST entrante a la que refiere la misma regulación general.

⁴ Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-162 de 1998, señala lo siguiente:

"Conforme a lo anterior, es posible afirmar que el principio de non bis in ídem constituye la aplicación del principio más general de cosa juzgada al ámbito del ius puniendi, esto es, al campo de las sanciones tanto penales como administrativas. Ciertamente, la prohibición que se deriva del principio de la cosa juzgada, según la cual los jueces no pueden tramitar y decidir procesos judiciales con objeto y causa idénticos a los de juicios de la misma índole previamente finiquitados por otro funcionario judicial, equivale, en materia sancionatoria, a la prohibición de "someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta", que se erige en el impedimento fundamental que a jueces y funcionarios con capacidad punitiva impone el principio de non bis in ídem".

⁵ **CP. ARTÍCULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

⁶ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-214 de 1994.

⁷ Ibidem.

821

- **En la medida en que el asunto resuelto por la Resolución CRC 5847 de 2019 es diferente al decidido en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, el acto impugnado no transgrede el principio de buena fe**

La buena fe es un postulado constitucional⁸ que demanda tanto de los particulares como de las autoridades *"ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (vir bonus)"*⁹, lo que significa que *"la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos"*¹⁰.

Como tal, de un lado, la buena fe se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades y esa *"presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente"*¹¹ y, de otro lado, desde la perspectiva del funcionamiento de la Administración la buena fe orienta el ejercicio de sus facultades discrecionales¹².

Al descender al cargo formulado, debe advertirse que no le asiste la razón a **AVANTEL** cuando aduce que la CRC permitió que **COLOMBIA MÓVIL** simulara un supuesto conflicto y cuando afirma que la Resolución CRC 5847 de 2019 desconoce lo resuelto previamente por esta misma Comisión. Tanto en el presente acto como en la resolución impugnada, se da plena certeza de que el asunto en controversia que fue decidido por vía del acto administrativo objeto de recurso dista del resuelto en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 y, adicionalmente, es notorio que la Resolución CRC 5847 de 2019 registró lo previsto en la regulación general aplicable al caso en controversia. A partir de lo indicado, se descarta que la CRC haya desconocido lo resuelto previamente en el conflicto de 2014; al ser dos asuntos distintos, la Resolución 5847 de 2019 no tuvo ningún efecto sobre las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014.

Cosa diferente es que los efectos de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 hubieren decaído parcialmente en lo que respecta a la remisión que efectuaron a los valores previstos para la remuneración del servicio de RAN inicialmente previsto en la Resolución 4112 de 2013, lo cual no fue fruto de la expedición de la Resolución CRC 5847 de 2019, sino de la derogación que, en esa materia, efectuó, de la Resolución CRC 4112, la Resolución CRC 4660 de 2014.

Desvirtuada la afirmación del recurrente según la cual en el presente asunto se simuló un conflicto y se desconoció lo resuelto en anteriores actuaciones, cabe concluir que la CRC no incurrió en vulneración alguna del principio de la buena fe, pues lo cierto que la Resolución CRC 5847 de 2019 da *cabal, honesto y leal cumplimiento* a la regulación general que rige en el asunto en controversia.

Realmente, la CRC atentaría contra la buena fe si avalara, con base en tesis jurídicas erradas, que **AVANTEL** se adjudicara un régimen de remuneración del servicio de RAN distinto y más favorable que el que debe ser aplicado por todos los PRST que están en su misma condición, esto es, como proveedores establecidos. Eso desconocería la conceptualización del principio de buena fe dibujada por la jurisprudencia citada, en la medida en que abandonaría el criterio según el cual, aplicado al caso concreto, esta Comisión debe reconocerle a la regulación general los mismos efectos *que ordinaria y normalmente esta produciría en casos análogos*.

De hecho, si algún proceder es cuestionable a la luz del principio de la buena fe, es el de **AVANTEL**, quien de manera recurrente invocó ante esta Comisión, durante 5 años, la aplicación prevalente de la regulación de carácter general y abstracto cuando fue favorable a sus intereses, y súbitamente, llegado el momento de aplicar reglas de tal naturaleza, que a su juicio no le eran tan favorables, se desentendió de las mismas invocando una supuesta intangibilidad de los actos administrativos que resolvieron la controversia del año 2014, así como un derecho adquirido a la inmutabilidad del régimen jurídico que, a su juicio, le blindaría de la aplicación de la regulación de carácter general y abstracto que tantas veces invocó en su favor. Resulta completamente contrario al principio de la buena fe que alguien invoque la validez, eficacia y prevalencia del régimen jurídico cuando le es favorable a sus intereses, pero reniegue del mismo cuando considera que su aplicación le es desfavorable, como lamentablemente ocurre en esta oportunidad.

⁸ CP. Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

⁹ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-1194 de 2008.

¹⁰ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-131 de 2004.

¹¹ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-253 de 1996.

¹² Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-131 de 2004.

Ega

En lo demás, debe resaltarse que, conforme con lo expuesto a lo largo en el presente acto administrativo, en la Resolución CRC 5847 de 2019 la CRC no omitió el examen probatorio que tenía el deber de efectuar. No existe un solo hecho que fuera pertinente para resolver la controversia que nos ocupa, que no hubiera sido valorado por esta Comisión. Cosa distinta es que la recurrente hubiere fundado sus pretensiones en premisas fácticas que no existieron o cuyo alcance fue evidentemente deformado por la manera en que fue presentado, como se demuestra en el numeral 2.1 de este acto administrativo. Correspondía a **AVANTEL** probar la existencia de los supuestos de hecho de las normas jurídicas invocadas en su defensa, de manera que su fracaso en hacerlo no es imputable a la autoridad que resuelve la controversia, como tampoco lo es la invocación como ciertos de hechos que jamás existieron o que fueron evidentemente deformados en su presentación por parte de la recurrente. En realidad, lo que sucede es que el examen probatorio que la recurrente echa de menos no encontró probados los hechos por ella invocados y en consecuencia, arroja como resultado lo decidido en el acto administrativo objeto de impugnación, esto es, entre otras cosas, que en la presente actuación la CRC está resolviendo un conflicto en atención a las competencias fijadas en el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009; y que la solicitud de solución de controversias no envolvía la intención de **COLOMBIA MÓVIL** de resistirse a cumplir la regulación vigente en materia de RAN, ni tampoco la intención de suspender el acceso y uso a dicha instalación esencial -por ser la suspensión un asunto que nada tiene que ver con la presente actuación-.

Adicionalmente, cabe señalar que yerra el impugnante al alegar que la Resolución CRC 5847 de 2019 rompe con la confianza y seguridad que supuestamente le otorgaron las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, en tanto estas le dieron la certeza de contar con el acceso y uso del RAN respecto de **COLOMBIA MÓVIL** sin limitación y sometido a unas condiciones de remuneración "*claras y preestablecidas*". Como se expone a lo largo de la presente resolución, de un lado, la Resolución CRC 5847 de 2019 en nada modifica las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 pues en lo tocante a la remuneración del servicio de RAN jamás fijaron condiciones y criterios especiales de remuneración de RAN, sino que la remisión que efectuaba a los valores previstos la resolución 4112 de 2013 perdió fuerza ejecutoria por la derogatoria de las condiciones de remuneración establecidas en ésta por parte de la resolución 4660 de 2014. De otro lado, aun cuando las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 constataron, a partir de la regulación general aplicable en ese momento, el derecho de **AVANTEL** a acceder a RAN sin limitación en el tiempo, tal decisión se basó en el hecho de que el RAN es una instalación esencial, pero de ninguna manera tal reconocimiento significa que las condiciones de remuneración previstas en la Resolución CRC 4112 de 2013, que fueron reconocidas en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 a propósito de una controversia específica varias veces descrita en esta resolución, tuvieran el carácter de inmodificables, como tampoco significa que la recurrente tenga o pueda tener un derecho adquirido a la inmutabilidad del régimen jurídico regulatorio, pues dichas condiciones han estado siempre sometidas a las modificaciones que se realicen de la regulación general.

De otra parte, como será explicado en detalle al resolver el cargo pertinente, ningún defecto en el análisis probatorio es atribuible a la Resolución CRC 5847 de 2019, entre otras razones, porque dicho acto administrativo ningún efecto, ni siquiera en materia de temporalidad, concede a las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, como erradamente asevera el recurrente.

Asimismo, cabe expresar que la Resolución CRC 5847 de 2019 no le otorga ningún tipo de reconocimiento a **COLOMBIA MÓVIL** de los que se discuten en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que este PRST propone un juicio de legalidad respecto de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014. En el mencionado proceso judicial **COLOMBIA MÓVIL**, a la par de pretender que se anulen las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014¹³, busca, a título de restablecimiento del derecho que (i) se declare que **AVANTEL** no tiene derecho al servicio de RAN¹⁴; (ii) se declare que **COLOMBIA MÓVIL** no está en la obligación de otorgar acceso a RAN a **AVANTEL**¹⁵; (iii) se condene a la CRC al pago de las sumas de dinero que considera **COLOMBIA MÓVIL** que se causaron a título de daño emergente y lucro cesante, este último, en lo que dice el demandante que dejó de percibir por cuenta de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014¹⁶; y (iv) que se condene a la CRC al pago de las cosas y agencias en derecho¹⁷.

¹³ Segunda pretensión.

¹⁴ Tercera pretensión.

¹⁵ Cuarta pretensión.

¹⁶ Quinta pretensión.

¹⁷ Sexta pretensión.

Como es apenas notorio, ninguna de estas pretensiones tiene como objeto que la jurisdicción de lo contencioso administrativo resuelva sobre el régimen de remuneración del servicio de RAN entre las partes y, lógicamente, mucho menos que se resuelva sobre el régimen de remuneración de tal servicio, luego de que transcurrieron los cinco años desde que quedó en firme el permiso que por primera vez se le otorgó a **AVANTEL** para uso del espectro en bandas IMT, asunto sobre el cual versa la Resolución CRC 5847 de 2019. De hecho, a todas esas pretensiones, así como a los argumentos en que se soportan, se opuso la **CRC** en la contestación de la demanda, y no hay un ápice de la resolución recurrida que resulte contraria a la posición asumida por la Comisión en dicho proceso.

En consecuencia, es de concluir que la demanda citada por **AVANTEL** no enerva la competencia de la CRC para resolver la controversia de que trata la Resolución CRC 5847 de 2019 y lo decidido en esta tampoco implica que la CRC haya concedido a **COLOMBIA MÓVIL** lo que este PRST no ha podido obtener ante la jurisdicción.

A la par, no puede pasarse por alto que **AVANTEL** insiste en afirmar, erradamente, que la Resolución CRC 5847 de 2019 alteró o revocó las condiciones previstas en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 sin su consentimiento y tiene como propósito que **COLOMBIA MÓVIL** desacate sus propios actos, asunto sobre el cual ya se ha vertido la argumentación suficiente a fin de advertir que el acto impugnado no revoca lo decidido en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, toda vez que el contenido de estas siempre ha estado sometido a la regulación general, incluyendo lo relativo al régimen de remuneración de la instalación esencial de RAN, sin dejar de lado sobre ese punto que las mencionadas resoluciones no definieron reglas especiales o concretas de remuneración que pudieran haber sido objeto de revocatoria por parte de la resolución recurrida. Por tanto, ningún consentimiento debía obtenerse de **AVANTEL** para expedir la Resolución CRC 5847 de 2019.

- **En la medida en que el asunto resuelto por la Resolución CRC 5847 de 2019 es diferente al decidido en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, el acto impugnado no transgrede la cosa decidida administrativa respecto de los anotados actos particulares de 2014**

La cosa decidida administrativa es una institución según la cual, una vez concluidas todas las etapas para el procedimiento administrativo, el acto administrativo fruto de este no puede cuestionado sino en sede judicial¹⁸. Por ende, el desconocimiento de la cosa decidida se materializa cuando la Administración se pronuncia en acto administrativo posterior sobre el mismo objeto, respecto de las mismas partes y por la misma causa que fueron objeto de tratamiento en un acto administrativo anterior.

El panorama oteado en la Resolución CRC 5847 de 2019 y en la presente resolución, permite evidenciar que las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 versan sobre un asunto diferente al tratado en el acto administrativo recurrido, de manera que no se identifica una identidad en el objeto y la situación fáctica tratada en estas y la asumida en aquella. Por esta razón, no hay lugar a afirmar que, con la expedición del acto impugnado, la CRC desconoció la cosa decidida administrativa en tanto garantía que se posa sobre las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, como quiera que la modificación del régimen de remuneración al que aludieron dichas resoluciones tiene génesis en la regulación general que legítimamente ostenta la vocación para alterar todo esquema remunerativo sujeto a la facultad de intervención del Estado, como sucede con el aplicable a la instalación esencial de RAN.

En cuanto al supuesto error endilgado por **AVANTEL** a la CRC consistente en que al inicio de la actuación administrativa no realizó los análisis suficientes para verificar la certeza de lo aducido por **COLOMBIA MÓVIL**, debe reiterarse que en dicha etapa no era procedente llevar a cabo el estudio al que alude el recurrente pues este debe darse al momento de proferir la decisión de fondo como en efecto sucedió, lo cual encuentra apoyo normativo en el artículo 42 del CPACA el cual reza que “[l]a decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos”. La posición de la CRC, valga mencionarlo de nuevo, fue respaldada tanto por el Juzgado 44 Administrativo del Circuito de Bogotá¹⁹ como por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca²⁰, al resolver la

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de abril de 2013, rad. 1163-12.

¹⁹ Juzgado 44 Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Cuarta, Sentencia AT 42 – 2019, del 26 de abril de 2019.

²⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2019, exp. 2019-00102-01.

201

acción de tutela impetrada por **AVANTEL**, con la que pretendía que la CRC resolviera desde el inicio sus peticiones en la presente actuación sin agotar el procedimiento dispuesto por el legislador para el trámite de solución de controversias. En efecto, tanto el juzgador de primera instancia como del de segunda, arribaron a la conclusión de que, dado el procedimiento especial previsto en la Ley 1341 de 2009, no se configuraba la vulneración del derecho de petición ni del debido proceso de **AVANTEL** por la no respuesta de sus solicitudes de manera preliminar, pues la etapa precedente para que ello ocurriera era una vez se resolvieran las peticiones de fondo como efectivamente ocurrió con la expedición de la Resolución CRC 5847 de 2019. Debe entonces preguntarse, ¿cómo es posible afirmar que el proceder de la CRC relativo a abstenerse de decidir al inicio de la actuación sobre las peticiones planteadas por **AVANTEL** se constituye como "falta de carácter", "omisión de funciones" y "falsa motivación" como reseña en su recurso el mencionado PRST, si los jueces constitucionales de tutela consideraron que dicho actuar además de no vulnerar ningún derecho fundamental, se ajusta a las previsiones adjetivas de la Ley 1341 de 2009 y del CPACA?

Ahora bien, en criterio de este regulador, los vicios a los que alude **AVANTEL** tampoco son predicables de la Resolución CRC 5847 de 2019 pues, de acuerdo con lo expuesto en este acto administrativo y contrario a lo expuesto el impugnante, la CRC realizó una adecuada valoración de los elementos de hecho y de derecho relacionados con la controversia puesta a su consideración, sin que ninguno de los argumentos ofrecidos en el recurso de reposición dé lugar a reconsiderar tal afirmación.

2.3. Tercer cargo: La Resolución CRC 5847 de 2019 incurre en falsa motivación de los hechos que la CRC tuvo en cuenta como motivo determinante que no fueron debidamente probados

Señala **AVANTEL** que le resulta curioso que la CRC no se pregunte las razones por las cuales no existió conflicto entre las partes por un supuesto cambio de las condiciones fácticas cuando años atrás la misma CRC expidió normas generales aplicables a **AVANTEL** como operador entrante, que fueron inmediatamente obedecidas y acatadas por **COLOMBIA MÓVIL** e incorporadas al cumplimiento de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014.

Advierte que la solicitud de servicio de RAN solicitado por **AVANTEL** a **COLOMBIA MÓVIL** en el 2013 no era como PRST entrante, ni para un plazo fijo de 5 años "(...) como ahora equivocadamente lo aduce la CRC". Lo anterior, indica, por cuanto las condiciones de remuneración del RAN según la CRC estaban previstas en la Resolución CRC 4112 de 2013 y, como es obvio, para esa fecha no había sido expedida la Resolución CRC 4660 del 30 de diciembre de 2014.

Añade que, en el 2014, cuando **COLOMBIA MÓVIL** pretendió argumentar la temporalidad del derecho al servicio de RAN, la propia CRC en la Resolución CRC 4509 del 2014, al resolver el recurso, fue explícita en afirmar que el derecho al RAN otorgado mediante la Resolución CRC 4420 no estaba sometido a un plazo. Concluye, entonces, que es completamente falso afirmar, como lo hace la CRC en la Resolución CRC 5847 de 2019 que el motivo para pronunciarse sobre las peticiones radica en que se trata de materias distintas.

Consideraciones de la CRC

Señala **AVANTEL** que echa de menos análisis de la CRC respecto del por qué razón no existió conflicto entre las partes por un supuesto cambio de las condiciones fácticas cuando años atrás la misma CRC expidió normas generales aplicables a **AVANTEL** como operador entrante, que fueron inmediatamente obedecidas y acatadas por **COLOMBIA MÓVIL** e incorporadas al cumplimiento de las Resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014.

En relación, con esto, cabe resaltar que no se entiende a qué normas generales expedidas por la CRC y que fueron obedecidas por **AVANTEL** se refiere este último. Como se ha explicado en acápites anteriores, la Resolución CRC 5847 de 2019 en parte alguna afirmó que el derecho de **AVANTEL** al pago de los valores de remuneración previstos en la Resolución CRC 4112 de 2013 se diera en función de ser un operador entrante, aunque se reitera, ciertamente lo era para el momento de su expedición, según se expuso tanto en la resolución CRC 4420 como en la 4509, ambas de 2014.

Ahora bien, lo que sí es cierto, y quedó demostrado, es que el objeto de la actuación resuelta en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, habida consideración de la controversia planteada en ese momento por **AVANTEL**, es diametralmente distinto al que se resolvió mediante la Resolución CRC

5847 de 2019, hoy recurrida, en tanto que las decisiones de 2014 no tuvieron como finalidad establecer condición alguna de remuneración por el uso de RAN para los servicios de voz, SMS y datos, sino que, frente al conflicto relacionado con los costos de los enlaces de transmisión, se limitó a declarar que los valores de remuneración de RAN previstos en la Resolución CRC 4112 de 2013 incluían todos los costos asociados a la provisión de dicha instalación esencial, entre ellos los costos asociados a los enlaces de transmisión que soportaban el RAN, razón por la cual no había lugar al pago de valores adicionales, tal y como lo pretendió **COLOMBIA MÓVIL**.

En ese sentido, saca de contexto **AVANTEL** la referencia que hizo la CRC en el 2014 a la intemporalidad del RAN, en tanto a que ésta no se refiere, como lo quiere hacer ver **AVANTEL**, a la inmutabilidad de las condiciones que rodean el uso y remuneración del acceso al RAN, sino al criterio objetivo que soporta la existencia del RAN como instalación esencial, en el entendido de que su sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico, luego el carácter atemporal del RAN no lo es por cuenta de que las condiciones para su prestación y remuneración se establezcan a perpetuidad y en favor especial de un determinado agente económico, sino por cuenta de que, como instalación esencial considerada, su replicabilidad resulte técnica o económicamente inviable.

En conclusión, la presunta falsa motivación alegada carece de todo sustento, pues estriba en un entendimiento errado de **AVANTEL** respecto del régimen regulatorio que rige las instalaciones esenciales en sentido amplio y por consiguiente del RAN como especie de éstas.

2.4. Cuarto cargo: La Resolución CRC 5847 de 2019 incurre en defecto fáctico en el decreto, práctica, falta de valoración del acervo probatorio y valoración defectuoso del mismo

Luego de poner de presente las que a su juicio son las características que la Corte Constitucional ha atribuido al derecho constitucional al debido proceso en materia probatoria e invocar el artículo 42 del CPACA y el artículo 176 del Código General del Proceso -CGP-, **AVANTEL** sostiene que en la presente actuación administrativa aportó y solicitó la práctica y valoración de una serie de pruebas que consideró pertinentes, conducentes y fundamentales en aras de defender sus derechos y, además, probar la falsedad de las aseveraciones provenientes de **COLOMBIA MÓVIL**. Aun cuando la valoración y análisis de estas pruebas era obligatorio para esta Comisión, lo cierto es, continúa el recurrente, que la CRC omitió decretar y practicar las pruebas solicitadas.

En este punto, **AVANTEL** menciona que la CRC dejó de tramitar inexplicablemente la prueba de imputación que exigió oportunamente, al tiempo que omitió valorar las distintas pruebas aportadas al expediente y valoró de manera defectuosa otras, con lo cual vulneró su derecho al debido proceso y de defensa.

Añade que en el acto impugnado no existe algún tipo de referencia que permita inferir que hubo un adecuado análisis y valoración de las pruebas que permitiera tener por acreditados, entre otros, los siguientes hechos:

- (i) Que las Resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 fueron expedidas y quedaron en firme antes de la vigencia de la Resolución CRC 4660 de 2014.
- (ii) Que las Resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 nunca sujetaron su aplicación a plazo o condición alguna.
- (iii) Que las Resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 jamás reconocieron el derecho de **AVANTEL** a tener acceso y hacer uso del RAN sujeto a que se tratara de un PRST entrante.
- (iv) Que solo hasta la promulgación de la Resolución CRC 4660 de 2014 la regulación general dispuso un régimen diferencial de remuneración para el acceso y uso al RAN para los PRST entrantes y establecidos.
- (v) Que las partes dieron cumplimiento y ejecutaron en el tiempo las órdenes impartidas en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 y, adicionalmente, que **COLOMBIA MÓVIL** cobró la remuneración por el acceso y uso del RAN desde 2014 hasta el 13 de noviembre de 2018, pese a los continuos cambios del régimen general.

su

(vi) Que el hecho de que **COLOMBIA MÓVIL** hubiese demandado ante la jurisdicción contenciosa las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 tenía consecuencia sobre el presente trámite.

(vii) Que **COLOMBIA MÓVIL** confesó ante la jurisdicción contenciosa que las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 no estaban sujetas a un término o plazo de ejecución.

(viii) Que la correspondencia cursada entre las partes, da cuenta de que **AVANTEL**, a partir del 14 de noviembre de 2018, instó a **COLOMBIA MÓVIL** a cumplir, para efectos de la remuneración del RAN, lo establecido en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, conforme a lo previsto en los valores finales dispuestos en las tablas consignadas en los artículos 4.7.4.1.1, 4.7.4.1.2 y 4.7.4.2 de la Resolución 5050 de 2016, modificados por los artículos 6 y 7 de la Resolución 5107 de 2017, normas que gobiernan los cargos máximos aplicables al acceso y uso del RAN para los PRST establecidos.

(ix) Que **COLOMBIA MÓVIL**, con sus comunicaciones y facturas, pretendió exigir a **AVANTEL** el pago de la remuneración por el acceso y uso del RAN a precios superiores a los máximos establecidos en la regulación general vigente.

(x) Que **COLOMBIA MÓVIL** anunció la suspensión del acceso y uso del RAN a **AVANTEL**, con anterioridad a la fecha de expedición del acto recurrido y antes de resolverse el supuesto conflicto.

Dicho lo anterior, **AVANTEL** reitera que la CRC interpretó erróneamente la prueba de sus mismos actos administrativos, la prueba de la correspondencia cruzada y aportada y la prueba de los documentos contables y financieros aportados en el curso de la actuación, de tal manera que no es cierta la afirmación de esta Comisión según la cual en la actuación no se vulneró ningún principio de la función administrativa.

Consideraciones de la CRC

Lo primero que debe señalarse es que esta Comisión nunca ha desconocido que las Resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 fueron expedidas y quedaron en firme antes de la vigencia de la Resolución CRC 4660 de 2014, ni que lo establecido en ellas nunca se sujetó a plazo o condición, ni que jamás reconocieron el derecho de **AVANTEL** a tener acceso y hacer uso del RAN en función de que se tratara de un PRST entrante, ni que solo hasta la promulgación de la Resolución CRC 4660 de 2014 la regulación general dispuso un régimen diferencial de remuneración para el acceso y uso al RAN para los PRST entrantes y establecidos. Lo que ocurre, como se ha señalado, es que de tales hechos no se desprenden como ciertos o correctos, respectivamente, los hechos y consideraciones jurídicas en que **AVANTEL** ha amparado su defensa en este trámite, cuales son en esencia i) que las Resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 adoptaron condiciones y criterios de remuneración de RAN; ii) que las mismas tienen actualmente fuerza ejecutoria en materia de remuneración de RAN, y que por ende, iii) **AVANTEL** tiene el derecho adquirido a remunerar RAN a los topes tarifarios previstos en la regulación de carácter general y abstracto, sólo si son favorables a sus intereses económicos. Nada de ello es cierto como hecho ni correcto como argumento jurídico, como se expuso en la resolución recurrida y se ha señalado a lo largo del presente acto, consideraciones a las cuales se remite esta Comisión.

Tampoco es cierta, según se explicó en el numeral 2.1 del presente acto administrativo, la narrativa de **AVANTEL** según la cual, en materia de remuneración del RAN, las partes dieron cumplimiento y ejecutaron en el tiempo las órdenes impartidas en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, pese a los continuos cambios del régimen general. Como ya se explicó, la realidad es otra: derogadas las condiciones de remuneración inicialmente previstas en la resolución CRC 4112 de 2013, y habiendo decaído en consecuencia la resolución 4420 en lo que concierne a dicha materia, la relación de RAN entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL** ha venido sujetándose en materia de remuneración a la regulación de carácter general y abstracto adoptada con posterioridad: a partir del 31 de diciembre de 2014, a las condiciones de remuneración previstas en la resolución CRC 4660, y a partir del 23 de febrero de 2017, a las condiciones de remuneración previstas en la resolución 5107.

En ese sentido, se enfatiza que no es cierto que está probado o debió tenerse probado que las relaciones entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL** "fueron determinadas y siempre han estado sujetas a lo ordenado e impuesto por la CRC en las Resoluciones 4420 y 4509 de 2009" (sic). Lo que sí es cierto, es que la relación de RAN entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL** ha estado sujeta a

fsa

varias resoluciones en los últimos 6 años: inicialmente, a lo previsto en la Resolución CRC 4112 de 2013, de carácter general y abstracto, y a las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, que resolvieron, a la luz de aquella, la controversia inicial entre ambos proveedores. Posteriormente, a la resolución CRC 4660 de 2014, también de carácter general y abstracto, expedida el 31 de diciembre de 2014, que derogó parcialmente la resolución CRC 4112 de 2013, en especial en cuanto a las condiciones de remuneración del uso de RAN, y que rigió la relación de RAN – previa compilación en la resolución CRC 5050 de 2016- hasta la expedición de la Resolución CRC 5107 del 23 de febrero 2017, que modificó las condiciones de remuneración de RAN previstas en la resolución 5050 mencionada.

Por tales razones, el hecho de que **COLOMBIA MÓVIL** hubiere aceptado y cobrado la remuneración por el acceso y uso del RAN desde 2014 hasta el 13 de noviembre de 2018, pese a los continuos cambios del régimen general, así como las pruebas asociadas al comportamiento e historial de pagos entre ambas empresas hasta el 13 de noviembre de 2018, y el cruce de comunicaciones y facturas entre una y otra para este periodo, lo único que evidencia es la sujeción de dicho proveedor a la regulación de carácter general y abstracto que con posterioridad a las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 expidió esta Comisión, pese a que ello suponía el cobro de un menor cargo de RAN en comparación con aquel vigente en el momento de la expedición de dichas resoluciones, sin que esta Comisión pueda recordar que **AVANTEL** hubiere alegado la intangibilidad de las condiciones de remuneración que a su juicio la **CRC** fijó en aquellas, seguramente porque los cambios regulatorios le beneficiaban económicamente.

Por lo demás, en lo que a la presente controversia respecta, la conducta de las Partes en relación con la remuneración de RAN, verificada hasta el 13 de noviembre de 2018, no era tema de prueba, precisamente porque la divergencia entre ellas giraba en torno a las reglas de remuneración a partir de esa fecha. La resolución fue clara en todo momento en señalar el objeto de la divergencia, no por capricho del regulador, sino porque este fue el asunto sometido a su consideración por cuenta de la oferta final del solicitante (**COLOMBIA MÓVIL**) y una vez recibidos los descargos de la parte convocada (**AVANTEL**).

Así quedó expresado en la Resolución CRC 5847 de 2019 cuando se dijo que:

*“Así pues, en atención a la posición de las partes y los argumentos que estas esbozaron, a la CRC le corresponde (i) determinar cuál es el régimen regulatorio aplicable y de este modo cuál es (ii) la fuente normativa que define las condiciones de remuneración por el uso de la instalación esencial de RAN en voz, SMS y datos entre **COLOMBIA MÓVIL** y **AVANTEL**, a partir del 14 de noviembre de 2018, esto es, habiendo transcurrido cinco años desde la firmeza de los actos administrativos que asignaron espectro IMT a **AVANTEL**. Al dilucidar dicho aspecto, se podrá determinar, de una parte, si hay lugar a identificar los valores con los que **AVANTEL** debe remunerar el acceso a la instalación esencial de RAN para los servicios de voz, SMS y datos tanto en aquellos sitios donde aplican los valores regulados y los lugares donde aplican los valores negociados y de otra parte, si **AVANTEL** debe entregar o no la información solicitada por **COLOMBIA MÓVIL** en cuanto a los sitios donde ha desplegado sectores de tecnologías 2G, 3G y 4G y, de otra parte”.*

Tampoco era relevante el hecho de que en la demanda instaurada ante la jurisdicción contenciosa por **COLOMBIA MÓVIL** en contra de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, dicho proveedor hubiere reconocido que tales resoluciones no estaban sujetas a término o plazo de ejecución, pues no hubiera podido señalar algo contrario. Lo relevante, en realidad, es que cuando la CRC efectuó tales señalamientos, se refería expresa e inequívocamente a la obligación de **COLOMBIA MÓVIL** de proveer acceso a RAN, y no, como equivocadamente lo sostiene **AVANTEL**, a que dichas resoluciones le hubieren conferido un derecho adquirido a la perpetuidad de las condiciones de remuneración, cosa que, como se ha demostrado, no es cierta. De hecho, en relación con la afirmación asociada a la falta de pronunciamiento de esta Comisión respecto de las demandas contencioso-administrativas presentadas por **COLOMBIA MÓVIL** en contra de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, y que de ellas se derivan unas consecuencias no advertidas por el regulador, debe ponerse de presente que en la resolución objeto de impugnación se explicó, básicamente, que dicha demanda no tiene incidencia en esta actuación ya que ninguna variación, alteración o modificación de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 es atribuible a la Resolución CRC 5847 de 2019.

En línea con lo anterior, el ejercicio de valoración probatoria que adelantó la CRC se fundamentó – y no podría haber sido otro – en los extremos de la controversia descrita líneas atrás en suma con los juicios fácticos y jurídicos planteados tanto por solicitante como parte convocada, en atención a las reglas de la sana crítica en los términos del artículo 176 del CGP. Cosa distinta es que las aseveraciones planteadas por **AVANTEL** a lo largo de la actuación no fueran acogidas por esta Comisión, situación que en modo alguno puede restarle mérito o rigor al estudio de las pruebas

pertinentes, conducentes y útiles que componen el expediente, así como al análisis interpretativo de la regulación realizado frente a la divergencia suscitada entre los proveedores.

Y es que **AVANTEL** pretende estructurar un argumento de ausencia de valoración o deficiencia de valoración probatoria apoyado en sus propias afirmaciones, es decir, no solo da por cierta una serie de hechos que no existieron o no tienen el alcance que el proveedor les atribuye, sino también da por correcta la manera que él, *motu proprio*, considera que se debe aplicar la regulación, situación que lo lleva a construir todo un imaginario respecto del régimen remuneratorio de la instalación esencial de RAN, luego, en derecho, la diferencia de criterio entre el regulador y el sujeto regulado no puede servir de base para argumentar deficiencias en el ejercicio probatorio de la autoridad que dirime la controversia.

Ahora bien, es evidente cómo a lo largo de la Resolución 5847 de 2019, esta Comisión realizó un detallado análisis del régimen regulatorio aplicable²¹ a la materia, que pasó por hacer un recuento de los hechos y consideraciones que sirvieron de fundamento para expedir las decisiones particulares de 2014, así como de las demás decisiones de carácter general que incidieron en la relación de acceso particular entre **COLOMBIA MÓVIL** y **AVANTEL**, y el efecto que esto tuvo en relación con la fuente normativa que define las condiciones de remuneración por el uso de la instalación esencial de RAN en voz, SMS y datos entre **COLOMBIA MÓVIL** y **AVANTEL**, a partir del 14 de noviembre de 2018, esto es, habiendo transcurrido cinco años desde la firmeza de los actos administrativos que asignaron espectro IMT a **AVANTEL**.

Luego no queda en duda que todos los actos administrativos que fueron objeto de mención tanto por **AVANTEL** como por **COLOMBIA MÓVIL** fueron tenidos en cuenta y analizados por la CRC a lo largo del acto administrativo hoy cuestionado. Situación distinta es que el entendimiento dado a estas normas por **AVANTEL** no coincida con el de la **CRC**, mucho menos cuando el entendimiento de aquel parte de la inaplicación de la resolución 5107 de 2017, y el supuesto derecho adquirido a la inmutabilidad del esquema regulatorio que a su juicio fue determinado por la **CRC** en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014.

Adicionalmente, señala que la CRC omitió decretar y practicar las pruebas solicitadas a partición de parte, afirmación que reduce a una sola prueba, esto es, la denominada prueba de imputación "*exigida oportunamente y dejada de tramitar inexplicablemente por la CRC*". En relación con esto, es importante recordar que la prueba de imputación a la que se refiere **AVANTEL** para este asunto²² fue solicitada a esta Comisión (al margen de esta actuación) mediante radicado 2019302308 del 16 de julio de 2019, para los cargos por acceso y uso de la instalación esencial de RAN de **COLOMBIA MÓVIL**. Frente a esta solicitud, esta Comisión señaló mediante radicado de salida 2019517653 del 24 de julio de 2019 lo siguiente al referirse a la práctica de dicha prueba:

"(...) es de recordar que, de conformidad con el artículo 4.3.2.19 de la Resolución CRC 5050 de 2016, la prueba de imputación para cargos de acceso se realiza o bien de oficio, o bien a solicitud de parte siguiendo para el efecto el procedimiento del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En otras palabras, la actuación administrativa encaminada a realizar la prueba de imputación puede iniciar por decisión de la CRC, por ser la autoridad competente para efectuar la prueba, o por petición de alguna de las partes de la relación de acceso y/o interconexión en la que se produce el cobro de los cargos de acceso. En consecuencia, tal precepto excluye la posibilidad de que alguien ajeno a la mencionada relación de acceso y/o interconexión pueda solicitar la prueba de imputación.

*En ese sentido, esta Comisión le solicita que aclare el alcance y objeto de su solicitud de intervención, dado que la prueba de imputación solicitada por **AVANTEL**, está encaminada a que se constaten los valores a costos eficientes que **COLOMBIA MÓVIL** se imputa a sí mismo por el acceso y uso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional (RAN) para sus propios servicios de voz, SMS y datos, y luego, contrastarla con el resultado obtenido con el valor que **COLOMBIA MÓVIL** convino con **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** y con **COMCEL S.A.** por el uso de la Instalación de Roaming Automático Nacional (RAN Datos 2G/3G y 4G, RAN Voz y RAN SMS)".*

Finalmente, dicha comunicación le advirtió la consecuencia de no pronunciarse respecto de la aclaración solicitada en los términos del artículo 17 del CPACA, esto es, el desistimiento de la solicitud.

²¹ Página 21 y siguientes de la Resolución 5847 de 2019.

²² También fueron solicitadas pruebas de imputación respecto de **COMCEL S.A. E.S.P.** y **COLOMBIA MÓVIL. S.A. E.S.P.**

4581

Así las cosas, es de resaltar también que esta Comisión nunca recibió comunicación aclaratoria de parte **AVANTEL**, por lo que la consecuencia normativa viene prescrita por la propia Ley, esto es, el desistimiento de lo pedido.

En conclusión, no queda demostrado cómo esta Comisión incurrió en la indebida valoración probatoria o defectuosa valoración alegada, pues como quedó visto, se acogieron todos los medios de prueba disponibles y legalmente admisibles, y sobre estos hubo pronunciamiento detallado, claro y suficiente.

2.5. Quinto cargo: La Resolución CRC 5847 de 2019 incurre en error en la interpretación de los fundamentos legales y jurisprudenciales invocados

AVANTEL indica que analizados los fundamentos legales y jurisprudenciales citados por la CRC en la resolución objeto de recurso, se advierte un flagrante error de interpretación y una aplicación indebida de los fundamentos invocados en el acto recurrido.

Apoya su argumento en que la CRC invoca inexacta y equivocadamente los pronunciamientos judiciales para pretender sustentar que la regulación de servicio público *"impide concluir que los contratos y actos administrativos en materias de competencia de la CRC son intangibles y no pueden ser modificaciones por la regulación expedida por esta Comisión con posterioridad a los mismos"*.

En este punto relata que *"[c]on la anterior afirmación la CRC pretende tergiversar y extender el alcance de lo dicho por la jurisprudencia sobre los contratos de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones para aplicarlo, extenderlo indebidamente y sin fundamento alguno a los actos administrativos expedidos por la CRC ante la ausencia de acuerdos entre los operadores. La Comisión debe saber distinguir entre un contrato celebrado entre particulares y un acto administrativo de contenido particular y concreto, así el propósito de uno y otro pueda ser el acceso y uso de una instalación esencial como el RAN, pues corresponden a actos jurídicos de naturaleza absolutamente distinta no solo por las normas a las que se sujetan sino también por los efectos que de cada Uno de ellos se deriva" (sic).*

Argumenta que resulta *"improcedente, antijurídico e ineficaz"* equiparar lo dicho por la jurisprudencia sobre las facultades de la CRC frente de los contratos, a las facultades que ostenta esta Comisión respecto de los actos administrativos de carácter particular y concreto que profiere.

Explica que lo que la jurisprudencia invocada por la CRC no establece y jamás ha señalado es que la regulación pueda modificar los actos administrativos que reconocen situaciones jurídicas particulares y concretas previamente establecidas, es decir, que la jurisprudencia colombiana no ha reconocido ni conceptualizado que por vía de regulación se pueda desconocer el principio de inmutabilidad de los actos administrativos, además de que la propia jurisprudencia de tiempo atrás confirma la naturaleza distinta que tienen los actos administrativos particulares y concretos, su estabilidad jurídica y las condiciones para que puedan ser modificados.

Concluye que la CRC también omite a sabiendas que, aun en materia de modificación de los contratos por vía de regulación, el Consejo de Estado recientemente modificó su posición pues al referirse concretamente al incumplimiento de un contrato de interconexión, a su modificación y al valor a pagar por los cargos de interconexión, esa Corporación precisó que la fuerza obligatoria para la aplicación de los cargos regulados estriba en el acuerdo de las partes y no en la regulación que los contiene. También es pertinente para el presente recurso señalar que el citado fallo reconoce que el régimen de pagos regulado prevé dos elementos diferenciados: la modalidad o condiciones de liquidación por una parte y por otra los valores específicos.

En relación con lo anterior señala que lo mismo puede predicarse de los actos administrativos particulares, donde claramente se distingue entre la modalidad o condiciones de liquidación, que en el caso de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 es la aplicación del valor final de las tablas previstas en la regulación vigente, y los valores específicos, que son los valores que de tiempo en tiempo la CRC en ejercicio de sus competencias está llamada a definir o regular como máximos aplicables, y que en el caso específico hace alusión al valor monetario que aparece consignado como valor final en dichas tablas.

Indica que la modalidad, condiciones o criterios están previamente definidos en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, de modo que resultan inmodificables sin su consentimiento. En cambio, los

5/21

valores monetarios señalados en dichas tablas son susceptibles de ser modificados por la CRC en cualquier momento, como de hecho siempre ha ocurrido.

Consideraciones de la CRC

Respecto del cargo anterior, debe señalarse, en primer lugar, que fue la recurrente y no la CRC quien hizo equivalentes los contratos de acceso, uso e interconexión celebrados entre los PRST, y los actos administrativos de carácter particular y concreto mediante los cuales el regulador resuelve una controversia, cuando afirmó que los contratos y los actos administrativos son intangibles y que la sola expedición de la regulación general no genera automáticamente su modificación, salvo cuando los valores convenidos o determinados previamente por la CRC fueren superiores a los máximos autorizados en la nueva regulación general.

Fue frente a esa novedosa tesis, según la cual el regulador debe pedir permiso a los regulados para adoptar regulaciones que adopten valores superiores a los convenidos o determinados previamente por la CRC, que esta Comisión invocó la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa que de manera tajante ha rechazado, por inconstitucional, la tesis según la cual lo pactado en los contratos de los PRST prevalece sobre la regulación estatal de un servicio público por parte de las comisiones de regulación.

Ahora bien, es cierto que la jurisprudencia citada se refiere a los contratos entre los PRST, y no a los actos administrativos de carácter particular y concreto que hubieren resuelto una controversia entre ellos, y esto por una razón: a nadie se le había ocurrido, en la historia de esta Comisión, la peregrina tesis de que, cuando la CRC resuelve una controversia entre dos proveedores a la luz de la regulación general y abstracta vigente a ese momento, el acto administrativo de carácter particular y concreto en el que se adopta la decisión genera en los proveedores el derecho adquirido a nunca más ser regulados en esa materia, aún si las circunstancias tecnológicas o económicas del mercado o del servicio así lo aconsejen.

Dicha tesis, sobra decirlo, es absolutamente contraria a las normas constitucionales y legales que ilustran la intervención del Estado en la economía y que constituyen la base de esas decisiones judiciales, así como resulta contraria también a los elementos que según la jurisprudencia definen y caracterizan la regulación de los servicios públicos como tipo normativo autónomo de intervención del Estado en la economía, citados en la resolución recurrida.

En relación con lo anterior, debe recordarse que la resolución recurrida señaló que:

"(...) tanto la jurisprudencia constitucional como contencioso administrativo, la regulación de un servicio público a cargo de una comisión de regulación constituye una modalidad de intervención del Estado en la economía de conformidad con el artículo 334 de la Constitución Política.

Tal naturaleza, de suyo, impide concluir que los contratos y actos administrativos en materias de competencia de la CRC sean intangibles y no puedan ser modificados por la regulación expedida por esta Comisión con posterioridad a los mismos. Así, la Corte Constitucional ha señalado que la regulación tiene carácter imperativo, que los proveedores estén obligados a cumplirla, que puede versar sobre distintos aspectos de la actividad de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, de conformidad con el marco normativo fijado por la misma ley, y restringe o limita la autonomía de la voluntad privada y la libertad económica de tales proveedores."

Dicha interpelación, estuvo apoyada ciertamente en amplia jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional de la Colombia, en todos los casos, ilustrativas de la válida mutabilidad de las condiciones regulatorias que rigen un determinado escenario en un momento del tiempo y que ceden ante la necesidad de intervención del Estado en la economía, lejos de centrar la discusión en si las condiciones fueron fijadas por medio de acuerdo privado de las partes o mediante acto administrativo, pues en un caso o en otro, el efecto es el mismo: el quebrantamiento (proporcional y razonable) de aquello que gobernaba una determinada relación jurídica.

Resulta por lo demás inconsistente y por ello inaceptable, que la recurrente reconozca expresamente no estar cuestionando la jurisprudencia que define y caracteriza el alcance de la regulación de los servicios públicos, y al mismo tiempo sostenga una tesis que, como la de la intangibilidad de los actos particulares que resuelven controversias entre proveedores, impediría a la CRC expedir nueva regulación conforme tales elementos definitorios y característicos.

Jga

Téngase presente, adicionalmente, que la situación jurídica particular y concreta de que dan cuenta las resoluciones 4420 y 4509 de 2014, se limitó a la resolución, en favor de **AVANTEL**, de una controversia surgida con **COLOMBIA MÓVIL** respecto del alcance de la resolución CRC 4112 de 2013, de carácter general y abstracto, respecto de los costos asociados a los enlaces de transmisión de RAN que a juicio de **COLOMBIA MÓVIL** debían ser remunerados por **AVANTEL** en adición a los valores previstos en dicho acto administrativo, cuestión que elementalmente no aborda ni podría abordar la resolución recurrida.

Por lo tanto, una cosa es que esta Comisión no pueda señalar, en un acto administrativo posterior a la ejecutoria de las resoluciones 4420 y 4509 de 2014, que en vigencia de la resolución CRC 4112 de 2013 **AVANTEL** sí debía reconocer a **COLOMBIA MÓVIL** los costos asociados a los enlaces de transmisión de RAN, en adición a los valores previstos en la resolución CRC 4112, lo cual sería evidentemente una revocatoria de lo decidido sin autorización de tal proveedor. En otras palabras, el único derecho reconocido a **AVANTEL** en esa materia por las resoluciones 4420 y 4509, fue el derecho a no pagar a **COLOMBIA MÓVIL** por el acceso y uso de RAN, valores adicionales a los previstos en la resolución CRC 4112, en vigencia de dicha resolución y a propósito de los costos asociados a los enlaces de transmisión de RAN.

Otra cosa, muy distinta y jurídicamente inadmisibles, es que, por haber resuelto esa controversia específica en favor de **AVANTEL**, dicho proveedor adquirió el derecho a nunca más ser regulado sin su autorización en materia de acceso y uso de RAN, salvo que la regulación posterior lo beneficie, tesis que, además de oportunista y sesgada, pone en jaque el principio de intervención del Estado en la economía previsto en el artículo 333 de la Constitución.

Por lo demás, la tesis de **AVANTEL** impediría que una norma jurídica de carácter general y abstracto emanada de esta Comisión regulara la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones con posterioridad a su entrada en vigencia, lo cual naturalmente contraviene el principio de retrospectividad de las normas jurídicas, definido como *"un efecto connatural a todas las regulaciones jurídicas y versa sobre su aplicación respecto de asuntos que, si bien estaban regulados por la ley derogada, no generaron situaciones consolidadas ni derechos adquiridos, sino que se mantienen a la entrada en vigencia de la nueva ley, por lo que se incorporan integralmente a dicha regulación, sin importar el estado en el que se encuentran. En este orden de ideas, la retrospectividad implica una simple modificación de las situaciones jurídicas no consolidadas al amparo de una ley, como consecuencia de un tránsito normativo."*²³ (NFT)

La retrospectividad de la regulación en materia de servicios públicos ha sido destacada por la doctrina en Colombia:

*"La regulación debe actuar prontamente y bajo un continuo análisis de la actividad que supervisa, y dentro del marco de respeto al principio de jerarquía normativa. Esta potestad puede afectar la libertad económica de los operadores, en la medida en que resulte necesario, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad"*²⁴ (...).

*Esta afectación no podrá comprender los derechos adquiridos, pero sí el carácter retrospectivo o de retroactividad impropia para las situaciones jurídicas que se consoliden después de la vigencia de la norma regulatoria. Se trata de una actividad sujeta a la norma vigente en cada momento, si se dan los requisitos para la intervención regulatoria (...)"*²⁵ (NFT)

Lo propio señala autorizada doctrina extranjera en esa materia, tanto respecto del derecho continental como del derecho anglosajón:

"Lo primero que conviene aclarar es que, en general, el cambio normativo no plantea un problema de retroactividad, aunque a veces se emplea una terminología que induce a confusión. La retroactividad comporta la aplicación de los efectos de una norma a actuaciones o situaciones ya concluidas en el momento de su entrada en vigor. En cambio, en la sucesión de normas, la regulación se aplica a partir del momento de su entrada en vigor (modificación de tarifas eléctricas, etc.). Lo que ocurre es que, en muchos casos, la nueva norma se proyectará sobre situaciones que tienen su origen en el pasado, pero que aún no han concluido (retroactividad impropia o apparent retroactivity). En este sentido, la jurisprudencia europea aclara que el principio de confianza legítima²⁶, con carácter general, no puede impedir que una nueva normativa se aplique a los efectos futuros de

²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-068 de 2013

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-616 de 2001

²⁵ GONZÁLEZ LÓPEZ, E. Comentarios a Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Universidad Externado de Colombia. Noviembre de 2010. Pág. 642

²⁶ Jiménez Piernas y Pascual Vives 2015, 73-162.

*situaciones surgidas bajo la normativa anterior²⁷. Por su parte, la jurisprudencia española **no considera «retroactividad prohibida» los cambios normativos que no tienen efectos sobre el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), sino que despliegan su eficacia hacia el futuro, aunque ello suponga incidir en relaciones o situaciones jurídicas sostenidas en el tiempo iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor²⁸.***

(...)

*Lo mismo sucede con la jurisprudencia de EEUU, que solo considera retroactividad en sentido estricto la alteración de las consecuencias jurídicas de actuaciones pretéritas²⁹. En cambio, **no puede considerarse que tenga efectos retroactivos una norma que se aplica desde su promulgación, aunque afecta a situaciones jurídicas nacidas en el pasado («secondary» retroactivity)**³⁰. No obstante, conviene hacer notar que en EEUU, salvo en materia penal, se acepta con normalidad la aprobación de leyes con (ciertos) efectos retroactivos, al menos hasta la fecha en que se hace pública la propuesta de nueva regulación («to the date when a congressional committee first publicly considered making the change»)³¹. Es habitual que el Congreso confiera efectos retroactivos a la regulación económica y a las normas fiscales, por razones prácticas³². En otro caso, los interesados aprovecharían el período de tramitación normativa para acelerar las conductas o hacer cambios para beneficiarse de la nueva situación, lo que disminuiría la eficacia de la nueva normativa. Lo mismo ocurre con las normas reglamentarias, aprobadas por las agencias («effects retroactive to the date of the notice of proposed rulemaking»)³³. Solo en algunos casos los tribunales niegan la eficacia retroactiva de las normas, cuando no está justificada o no es razonable (unjustified and unfair).*

La empresa ha de sujetarse a las condiciones que en cada momento establezca la normativa vigente, cualquiera que haya sido su forma de acceso al mercado o el título jurídico con el que opere (comunicación, declaración responsable, autorización³⁴ o concesión). En algunos casos, la propia normativa explícitamente advierte de la necesidad de adaptación. En este sentido, de manera reiterada, la jurisprudencia destaca que los principios de confianza legítima y seguridad jurídica «no suponen una congelación del sector normativo en concreto, sin que pueda esgrimirse un supuesto derecho al mantenimiento de una concreta regulación vigente en un momento dado»³⁵.³⁶ (NFT)

Para el caso concreto, debe reiterarse, no se trata, como lo afirma **AVANTEL**, de que "la resolución 4420 se ejecute" conforme las tablas de remuneración previstas en los artículos 4.7.4.1.1 y 4.7.4.1.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016. Lo que ocurre es que la relación de RAN se ha regido por las resoluciones de carácter general y abstracto vigentes en cada momento del tiempo: en vigencia de la resolución CRC 4112 de 2013, se rigió por ésta, habiendo resuelto la CRC la controversia de los enlaces mediante la resolución CRC 4420; en vigencia de la resolución 4660 de 2014 se rigió por ésta, habiendo decaído la resolución 4420 en materia de remisión a valores de RAN por desaparición de su fundamento de derecho; y en vigencia de la resolución CRC 5107 de 2017, se rige por ésta, que establece dos reglas de remuneración de RAN para establecidos: aplicación de valores tope a costos medios en un supuesto de hecho (municipios donde el PRO haya desplegado para la prestación de sus servicios de datos 3 o menos sectores de tecnología 4G), y en principio libre negociación en los demás.

Así las cosas, puede concluirse que todos los cambios regulatorios afectan las condiciones económicas de los proveedores de redes y servicios, toda vez que, bajo la teoría de la retrospectividad o retroactividad impropia, se permite la aplicación *ipso iure* de una norma de orden público que afecta toda relación jurídica en curso al momento de su entrada en vigencia, sea que esa relación se originó en un contrato vigente, o en un acto administrativo de carácter particular y concreto que resolvió una controversia entre las Partes. Sin embargo, debe precisarse también que los cambios regulatorios no vienen por cuenta de la resolución hoy recurrida como lo quiere hacer ver **AVANTEL**. Las modificaciones efectuadas por el regulador con posterioridad a la expedición de las resoluciones particulares de 2014, y que produjeron su decaimiento en torno a la remisión a los valores previstos en la Resolución CRC 4112 de 2013, se hicieron efectivas a través de regulación de carácter general y abstracto, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento por parte de todos los agentes del mercado destinatarios de los efectos de estas normas.

²⁷ Asunto 278/84, República Federal de Alemania v. Comisión, marg. 36; asunto C-168/09, Flos Spa.

²⁸ STS de 12.4.2012 (RJ 2012, 5275) STS de 19.4.2012 (RJ 2012, 5248); STS de 13.12.2012 (RJ 2013, 781), FJ 4º.

²⁹ Bowen v. Georgetown University Hospital, 488 U.S. 204 (1988).

³⁰ Breyer, y otros 2011, 496.

³¹ Davis y Pierce 1994, 255.

³² Davis y Pierce 1994, 255.

³³ Davis y Pierce 1994, 255.

³⁴ STS de 14.7.1995 (RJ 1995, 5999); STS de 19.1.1996 (RJ 1996, 286).

³⁵ STS de 3.6.2014 (RJ 2014, 3629).

³⁶ LAGUNA DE PAZ, J. Derecho Administrativo Económico. 1ª edición (2016) Pág. 268-271

Jgm

Por si fuera poco, acoger la extraña tesis de **AVANTEL** según la cual, la regulación de carácter general que expide la CRC solo tiene la posibilidad de intervenir respecto de los contratos privadamente celebrados por los PRST, pero de manera alguna respecto de las resoluciones que ella misma expide cuando soluciona controversias entre los proveedores, conduce indefectiblemente a contrariar uno de los más básicos principios que rigen el Derecho. De acuerdo con el aforismo *QUI POTEST PLUS, POTEST MINUS* (quien puede lo más, puede lo menos) si la Comisión de Regulación de Comunicaciones, de acuerdo con la cláusula de intervención del Estado en la economía, puede, como lo reconoce **AVANTEL**, modificar las condiciones pactadas y acordadas libremente por las partes y plasmadas en un vehículo negocial como lo es el contrato; ¿qué podría impedirle modificar sus propias decisiones regulatorias, cuando tal modificación no afecte derechos adquiridos? La respuesta se cae de su propio peso. Ciertamente nada le impide a esta Comisión modificar las condiciones regulatorias que rigen en un determinado momento y una determinada temática sujeta precisamente a su potestad, pues en ello estriba la facultad irrenunciable del Estado - representado en esta oportunidad a través de una comisión reguladora - de intervenir en la economía a fin de asegurar la correcta y debida prestación de los servicios públicos y en procura de la satisfacción del interés general.

Adicionalmente lo sugerido por el recurrente es que las relaciones de acceso y/o interconexión incluyendo el uso de instalaciones esenciales o valores de remuneración por el acceso y/o interconexión que hayan sido aplicadas en una actuación administrativa de solución de controversias en los términos del procedimiento del Título V de la Ley 1341 de 2009 no pueden ser modificadas por la autoridad regulatoria, es decir, pasan a ser perpetuas, pues la manera de plasmar dichas decisiones es a través de actos administrativos de carácter particular, tesis inaceptable que, de prosperar, amenaza todo el entramado constitucional y legal de intervención del Estado en los servicios públicos. No será esta Comisión, sin duda, la que se preste a ello.

El argumento propuesto por **AVANTEL** no solo escapa a toda lógica jurídica, sino que conlleva a una interpretación de *REDUCTIO AD ABSURDUM* o de reducción al absurdo, fórmula interpretativa que debe evitarse a toda costa, pues invita a que todos los proveedores - a sabiendas de que la regulación interpretada para dirimir conflictos inter-partes y declarada en actos administrativos de carácter particular es "inmodificable" - se nieguen a suscribir entre ellos contratos de acceso e interconexión. Tal escenario es inadmisibles desde cualquier punto de vista.

Más allá de lo anterior, se reitera, por enésima vez, que las resoluciones 4420 y 4509 de 2014 no establecieron condiciones y criterios especiales de remuneración de RAN; que la remisión que en las mismas se efectuó a los valores de remuneración de RAN previstos en la resolución CRC 4112 perdió fuerza ejecutoria con la derogatoria que de aquellos hizo la resolución CRC 4660 de 2014; y que a partir de ese momento la relación de RAN entre los proveedores se ha regido, en esa materia, por la regulación de carácter general y abstracto expedida, incluyendo la resolución 5107, actualmente vigente y con plena fuerza ejecutoria.

Finalmente, **AVANTEL** sostiene que el Consejo de Estado modificó recientemente su posición sobre la viabilidad de que la regulación modificara los contratos de interconexión, haciendo referencia a una providencia³⁷ en la que, a su juicio, dicha Corporación precisó, al referirse concretamente al incumplimiento de un contrato de interconexión, a su modificación y al valor a pagar por los cargos de acceso de interconexión, *"que la fuerza obligatoria para la aplicación de los cargos regulados estriba en el acuerdo de las partes y no en la regulación que los contienen."*

Como es ya la regla en el recurso que se resuelve, eso no es cierto. En primer lugar, la controversia decidida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en primera instancia mediante sentencia del 8 de julio de 2013, rechazando las pretensiones de la demanda, y confirmada en segunda instancia por la Sección Tercera del Consejo de Estado, no se ocupaba de decidir si la regulación de carácter general y abstracto emitida por una comisión de regulación de servicios públicos como modalidad del Estado en la economía aplica o no a relaciones de interconexión en curso al momento de su entrada en vigencia.

Dicha controversia versaba sobre la fecha a partir de la cual entró a regir la modificación contractual entre Edatel y Telecom, producto de **la expedición y entrada en vigencia de la Resolución**

³⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 05001-23-31-000-2005-05378-01(48611)A.

CRT 463 de 2001, aplicable a la relación de interconexión entre tales operadores, la cual, a su turno, había establecido la obligación, a cargo de los operadores telefónicos, de ofrecer a los operadores que les demandaran interconexión las opciones de cargos de acceso por minuto y cargos de acceso por capacidad, y cuyo artículo 5 había dispuesto que los operadores de TMC y TPBCLD que así lo desearan podían mantener las condiciones y valores vigentes en las interconexiones existentes a la fecha de expedición de tal resolución o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en ésta para todas sus interconexiones.

Edatel afirmaba que Telecom (posteriormente sustituida en la relación contractual por Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P -Coltel-) incumplió el contrato al negarse a reconocer la liquidación de los cargos de acceso por minuto entre el 1 de mayo de 2003 y 31 de septiembre de 2004, ya que a su juicio el cambio en la modalidad de liquidación de los cargos de acceso -de minutos a capacidad- solo operó a partir del 1 de octubre de 2004, fecha del contrato modificatorio, mientras Coltel sostenía que la modificación entró a regir a partir del 1 de marzo de 2002, por haber sido esa la fecha a partir de la cual las partes empezaron a conciliar bajo el esquema de capacidad, previo acogimiento de Coltel a dicha opción, derecho que le confería la regulación. Tanto el Tribunal Administrativo de Antioquia como el Consejo de Estado concedieron la razón a Coltel y resolvieron que no había incumplimiento contractual de su parte.

Lo anterior evidencia que el problema jurídico resuelto por el Consejo de Estado no era si la regulación de carácter general y abstracto aplica o no a relaciones de interconexión en curso al momento de su entrada en vigencia; todo lo contrario, la sentencia, en primera y segunda instancia, parte del supuesto de que así es, al punto que en su pronunciamiento, la alta Corporación reconoció, lejos de lo afirmado por **AVANTEL**, que [El contrato] "[e]n cuanto, a los cargos de interconexión, incorporó un acuerdo entre las partes, sin perjuicio de que observó **la obligatoriedad de acogerse a la regulación vigente o a la que se expidiera en el futuro, (...)**", concluyendo más adelante que, "[c]omo consecuencia teniendo en cuenta que el contrato de interconexión se rigió por el derecho privado, eran válidos los acuerdos entre las partes para determinar los valores a pagar de conformidad con los costos, **sin perjuicio de la obligación de respetar a la regulación de la CRT.**" [DTF]

Líneas adelante, el fallo destaca que "[e]l contenido del acta **se explica en que para las partes era evidente que la regulación de la CRT había introducido una modificación a los contratos de interconexión**, dado que estableció que todo operador debía ofrecer la interconexión al menos bajo una de dos modalidades de liquidación de los cargos: i) por capacidad y ii) por minutos, lo cual daba paso a una opción para todo operador interconectado, con independencia de que se hubiera acordado en el contrato la liquidación de los cargos por minutos." [DTF]

Debe notarse adicionalmente que el Consejo de Estado invoca y acata, como no podría ser de otra manera, la sentencia de interpretación prejudicial 82-IP-2017 proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la cual se adopta una distinción basada en la controversia sometida a juzgamiento, según ella se trate de i) materias de orden público, derecho de imperio del Estado o funciones regulatorias, cuya solución debe ser dirimida por la CRC, y ii) asuntos relacionados con derechos disponibles, esto es, es decir, aquellos que pueden ser objeto de renuncia, cesión, modificación o extinción.

El Consejo entiende, correctamente, que la controversia entre Edatel y Coltel no tiene que ver con materias de orden público, derecho de imperio del Estado o funciones regulatorias, sino con asuntos que involucran derechos disponibles que pueden ser objeto de renuncia, cesión, modificación o extinción por las partes, por lo cual se considera competente para resolverla. En especial dice esa Corporación:

*"Por ello, siguiendo tal interpretación, para este caso concreto se puede observar que la controversia sub lite **no versa sobre la legalidad** de un acto administrativo de **carácter regulatorio ni sobre el alcance del mismo.***

El litigio que ahora se somete al conocimiento de la Sala se refiere al supuesto incumplimiento del contrato, a la fecha de su modificación y al valor a pagar por los cargos de interconexión pactados entre las partes para el período transcurrido entre mayo 1º de 2002 y 31 de septiembre de 2004.

Se puntualiza que esos asuntos sin duda corresponden a derechos disponibles y conciliables entre las partes, que en este caso no fueron sometidos a arbitraje, por cuanto la cláusula compromisoria pactada en el respectivo contrato estableció un requisito particular, que no se dio.

40 301

Por ello, siguiendo la interpretación 82 IP 2017 se establece que la controversia en este proceso, según el derecho andino que se integra al derecho nacional, corresponde a una de aquellas que debe ser resuelta ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al desatar la presente acción contractual.” (NFT)

Si la controversia resuelta en la sentencia no tiene que ver con materias de orden público, derecho de imperio del Estado o funciones regulatorias, entonces mal puede invocarse por **AVANTEL** para argumentar que la CRC no puede modificar las condiciones de una relación de interconexión en curso, cosa que, en parte alguna, por sustracción de materia, aparece en el fallo citado.

No desconoce esta Comisión que en la providencia en comento se señala, a propósito de la derogatoria de la Resolución 463 de 2001 por parte de la resolución 469 de 2002, que “[a]unque en este proceso no se plantearon divergencias sobre la vigencia de la Resolución 463 de 2001 – la cual se invocó en la modificación al contrato, junto con las Resoluciones 489 y 505 de 2002, - no sobra precisar que en el *sub lite* la fuerza obligatoria para la aplicación de los cargos por capacidad se deriva del acuerdo al que llegaron las partes y no estriba en la citada Resolución (...)”, afirmación en la cual **AVANTEL** edifica su argumento, pero que no obedece, en absoluto, a que el Consejo de Estado haya cambiado su jurisprudencia al considerar que la CRC no puede modificar relaciones de interconexión en curso, sino a que “dicha regulación [la resolución CRT 463 de 2001] no imponía una modalidad única para los cargos de interconexión y solo refería al derecho y a la obligación de conceder al menos dos opciones de liquidación de los cargos correspondientes.”

De hecho, en el pie de página No 84, después de describir la evolución regulatoria en la materia con ocasión de las resoluciones CRT 469 y 489 de 2002, así como la anulación parcial de esta última por parte de la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 21 de agosto de 2008, precisó esa Corporación:

*“Este recuento de la regulación **no afecta la forma en que se resuelve la controversia contractual en el presente proceso**, toda vez que **el debate no versa sobre los actos administrativos expedidos en desarrollo de la resolución eventualmente derogada ni de la resolución anulada.**”*

*Se resalta que en este caso las partes acordaron la modificación en forma directa, a partir del 1º de marzo de 2002, lo cual se permitía por la ley y por la regulación, toda vez que se originó en el acuerdo entre las partes sobre la modalidad de liquidación, **aunque hubiese sido motivado por una Resolución de la CRT que todas las partes y la propia CRT entendían como vigente.**” (NFT)*

En resumen, cuando el Consejo de Estado afirma que en el *sub lite* la fuerza obligatoria para la aplicación de los cargos por capacidad se deriva del acuerdo al que llegaron las partes y no en la citada Resolución, no se refiere a que considere, en contravía de su propia jurisprudencia, que la CRC no puede modificar relaciones de interconexión en curso, ni a que prevalezca la voluntad de los prestadores de servicios públicos sobre la voluntad del Estado, sino a que la resolución CRT 463 de 2001, en concreto, no imponía una modalidad única para los cargos de interconexión, y **había motivado y permitido** a las partes acordar la modificación en forma directa a partir del 1º de marzo de 2002, lo cual, contrario a lo afirmado por **AVANTEL**, presupone reconocer que la regulación de carácter general era aplicable y efectivamente rigió, a partir de su entrada en vigencia, una relación de interconexión en curso originada con anterioridad a ella, al punto que motivó la modificación forzosa del contrato.

Conforme con lo expuesto, es palmario que la tesis propuesta por **AVANTEL** nuevamente queda sin piso jurídico, pues el fallo del Consejo del Estado revalida el carácter intervencionista de la regulación en las relaciones jurídico-económicas privadas.

2.6. Sexto cargo: La CRC en la Resolución CRC 5747 de 2019 desconoce su propio concepto previo en clara violación del principio de buena fe, de los principios de la función administrativa y el debido proceso

AVANTEL señala que la CRC en la Resolución CRC 5847 de 2019, para justificar su decisión, argumenta que los actos administrativos particulares y concretos — como son las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014— pueden ser modificadas por la misma CRC en cualquier momento. El recurrente considera que dicha posición contradice abiertamente la posición propia de la CRC

26

expuesta en concepto aprobado por el Comité de Comisionados el 7 de diciembre de 2018 con ocasión de una consulta formulada, relacionada con la naturaleza y estabilidad jurídica de los actos mediante los cuales la CRC resuelve conflictos. Indica en resumen que en dicha oportunidad la CRC conceptuó lo siguiente:

"1. Que los actos debidamente ejecutoriados mediante los cuales la CRC resuelve controversias entre operadores de telecomunicaciones, impone[n] servidumbres de acceso, uso e interconexión y fija[n] condiciones de acceso, uso e interconexión tienen el carácter de actos administrativos.

2. Además, específicamente respecto de la función de resolución de controversias a cargo de la CRC, señalada en el artículo 22-9 de la Ley 1 341 de 2009, la jurisprudencia constitucional y administrativa han concluido que se trata de una función administrativa y que los actos que resuelven tales controversias son actos administrativos. (...)

3. Que por la naturaleza y carácter administrativo que ostentan los actos por los cuales la CRC resuelve controversias entre operadores de telecomunicaciones su firmeza está gobernada por el artículo 87 del CPACA.

4. El acto por medio del cual la CRC resuelve controversias entre operadores de telecomunicaciones queda en firme al día siguiente de la notificación de la decisión que resuelve los recursos interpuestos, en el evento de haber sido interpuestos.

5. La fecha de firmeza del acto administrativo puede ser distinta para un operador respecto de otro, dependiendo del momento en que se lleve a cabo la diligencia de notificación.

6. Por la naturaleza y carácter administrativo de los actos por los cuales la CRC resuelve controversias entre operadores de telecomunicaciones, tales actos administrativos están revestidos de la presunción de legalidad en los términos señalados en el artículo 88 del CPACA.

7. Explica que de acuerdo con el artículo 88 del CPACA, una vez en firme los actos se presumen legales y, según el artículo 89 del mismo CPACA, una vez en firme los actos administrativos resultan obligatorios, reglas que son aplicables a los actos administrativos de la CRC, toda vez que no existe norma legal que los excluya de tales.

8. Por la naturaleza y carácter administrativo de los actos por los cuales la CRC resuelve controversias entre operadores de telecomunicaciones dichos actos tienen carácter ejecutorio en los términos señalados en el artículo 89 del CPACA.

9. Por la naturaleza y carácter administrativo de los actos por los cuales la CRC resuelve controversias entre operadores de telecomunicaciones, dichos actos únicamente pierden ejecutoriedad en los casos y bajo las condiciones señaladas en el artículo 91 del CPACA.

10. Por la naturaleza y carácter administrativo de los actos por los cuales la CRC resuelve controversias entre operadores de telecomunicaciones las decisiones adoptadas por la CRC en tales actos son generadoras de derechos y obligaciones para cada uno de los operadores de telecomunicaciones involucrados en la respectiva actuación administrativa.

(...)

*11. Por la naturaleza y carácter administrativo de los actos por los cuales la CRC resuelve controversias entre operadores de telecomunicaciones están gobernados por el artículo 97 del CPACA. Para sustentar la anterior conclusión, debe recordarse que el artículo 97 del CPACA consagra positivamente el principio de estabilidad de los actos administrativos favorables, esto es, aquellos actos administrativos que han creado o reconocido derechos, principio que **se concreta en la prohibición general para la autoridad pública de revocar tales actos administrativos sin haber obtenido previamente el concepto expresa y por escrito del titular del derecho creado o reconocido por el correspondiente acto administrativo** (...).*

Adiciona que en concordancia con lo expresado en este concepto, los actos de la CRC no pueden ser revocados por parte esta sino está presente (i) una causal de revocación de las señaladas en el artículo 93 del CPACA, y (ii) el consentimiento previo, expreso y por escrito del PRST titular del derecho creado o reconocido por parte de la CRC, luego, sostiene que si la CRC quiere eliminarlo del ordenamiento jurídico, deberá demandar su propio acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho.

Concluye en este acápite que "[e]l anterior concepto proferido por la propia Comisión de Expertos de la CRC en sesión formal, es prueba suficiente del entendimiento que la misma entidad tiene

rga

respecto de sus actos y demuestra la ilegalidad de la motivación de la Resolución CRC 5847 de 2019 (...):

Consideraciones de la CRC

En primer lugar, el referido concepto, proferido bajo el radicado 2018534408 del 7 de noviembre de 2018, se rindió con los efectos que el artículo 28 del CPACA le da a este tipo de pronunciamientos emanados de la administración en tanto no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, tal y como allí aparece advertido.

En segundo lugar, dado que el concepto solicitado por la ciudadana Pulido Garzón, partió de una serie de planteamientos generales y abstractos, en esa misma medida fueron resueltas cada una de las inquietudes, es decir, de manera general y abstracta, sin entrar a dilucidar aspectos particulares por encontrarse estos asuntos desmarcados de los pronunciamientos vía concepto.

Por lo demás tampoco entiende esta Comisión la manera en la que **AVANTEL** arriba a las conclusiones formuladas en su escrito impugnatorio, cuando el concepto aportado como prueba no se refiere en modo alguno a la "*naturaleza y estabilidad jurídica de los actos mediante los cuales la CRC resuelve conflictos*" sino a la aplicación y cumplimiento de la Resolución CRC 5107 de 2017.

Así las cosas, las aseveraciones a la naturaleza de los actos administrativos por medio de los cuales se resuelven los conflictos, su firmeza, la presunción de legalidad de la que están revestidos y otras particularidades no fueron tratados en el concepto invocado y aportado por **AVANTEL**.

No obstante, y en aras de encontrar sustento a las afirmaciones de **AVANTEL** (pese a que solo refiere a un concepto sin mayores detalles) esta Comisión procedió a revisar los documentos emitidos en la fecha indicada por **AVANTEL**³⁸ y otras fechas cercanas que fueron aprobados por el Comité de Comisionados sin encontrar alguno que guarde relación con lo argumentado por la recurrente.

En ese sentido, no es posible, por sustracción de materia, resolver el cargo formulado en este punto, sin perjuicio de señalar que, si en gracia de discusión, estuviere probado que un concepto previamente autorizado por el Comité de Expertos hubiere hecho las afirmaciones que describe la recurrente, relacionadas con los actos administrativos mediante los cuales la CRC resuelve conflictos, nada de lo allí expuesto habría sido transgredido por la Resolución 5847 de 2019, que en manera alguna revocó las resoluciones 4420 y 4509 de 2014, las cuales, como se ha explicado en detalle en la presente resolución, i) continúan vigentes y con fuerza ejecutoria, salvo la remisión efectuada a los valores de remuneración previstos en la resolución CRC 4112 de 2013, que decayó por la derogatoria que de éstos hizo la resolución CRC 4660 de 2014, y ii) en parte alguna determinaron o adoptaron condiciones, esquemas o criterios especiales de remuneración susceptibles de ser revocados por esta Comisión.

2.7. Séptimo cargo: La Resolución CRC 5847 de 2019 revoca, modifica y desconoce ilegalmente las condiciones, modalidades y criterios de remuneración del RAN y los pagos efectuados en debida forma por AVANTEL desde el 14 de noviembre de 2018

Considera **AVANTEL** que la Resolución CRC 5847 de 2019 tiene como intención o efecto revocar, modificar y desconocer las "*condiciones de remuneración*" inicialmente establecidas, así como los pagos efectuados en debida forma por **AVANTEL** desde el 14 de noviembre de 2018.

Expone que lo anterior es producto de lo decidido en la Resolución CRC 4420 de 2014, concretamente en el numeral 6.4. que estableció las condiciones en que **AVANTEL** tenía que remunerar a **COLOMBIA MÓVIL** por el acceso y uso al RAN, lo que constituye un derecho adquirido o situación jurídica particular respecto de la modalidad, condiciones o criterios de remuneración establecidos en el acto administrativo.

Ese derecho, sostiene, es una proposición que no indica un valor específico, toda vez que la CRC claramente entendía que dicho precio podría ser susceptible de modificaciones en el futuro. En su

³⁸El 7 de diciembre de 2018 correspondió a un sábado, fecha en la cual la Comisión de Regulación de Comunicaciones no genera documentación por tratarse de un día no hábil.

SEM

lugar, resolvió la controversia mediante la remisión expresa a los artículos 8 y 9 de la Resolución CRC 4112 de 2013.

Considera que "(...) *el derecho particular y concreto a favor de AVANTEL y sus usuarios no se manifiesta sobre los valores señalados en las tablas previstas en dichos artículos —como equívocamente interpreta la CRC que AVANTEL lo sostiene—, sino sobre la condición, modalidad o criterio que fija (sic) de manera explícita la CRC en las [r]esoluciones 4420 y 4509 de 2014 para remunerar el RAN: cualquier sea (sic) el valor que la regulación vigente establezca en las tablas dispuestas para el acceso y uso al RAN, AVANTEL DEBE REMUNERAR SIEMPRE CON BASE EN EL VALOR FINAL DE LA TABLA (sic), tanto para el acceso y uso del RAN empleado para servicios de voz como para servicios de SMS". "En cambio, para la remuneración del RAN destinado a los servicios de datos el criterio, modalidad o condición de remuneración es la aplicación de los valores que fije la tabla, según el año momento en que se hace uso del RAN."*

Indica que para ambos casos, los valores de la remuneración pueden variar, como de hecho está comprobado que ha sucedido a lo largo de la ejecución de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, pero independientemente de que ello suceda las condiciones, modalidades y criterios de la remuneración son y han sido inalterables tanto para voz, SMS y datos, por lo que considera que para el RAN de voz y SMS siempre se debe remunerar con base en los precios fijados en la regulación general que figuren como valor final en la tabla, independientemente de la fecha en que se haga uso del acceso y uso de la instalación. Para el acceso y uso del RAN en datos siempre se remunera con base en el precio determinado en la tabla, en función del momento en que se utilice la instalación esencial.

A su juicio, lo que hace la Resolución CRC 5847 de 2019 es modificar las condiciones, modalidades y criterios fijados en las resoluciones de 2014, con el objeto de imponerle el tener que pagar el acceso y uso del RAN para voz y SMS no en función del valor final de la tabla, sino en función de los valores máximos fijados para la fecha del uso al RAN.

De otra parte y al referirse al RAN en datos, indica que la Resolución CRC 5847 de 2019 inexplicablemente también entra a modificar dicho criterio y en lugar de mantener la remuneración del RAN en función de valores máximos regulados a la fecha de uso, la sustituye por una nueva fórmula especialmente determinada para este caso, que comporta que deba remunerar el uso del RAN para datos a un precio superior del máximo regulado por la propia CRC evidentemente para asegurar a **COLOMBIA MÓVIL** un mayor ingreso.

Con el objetivo de sustentar el cargo acá recogido, **AVANTEL** expuso los siguientes argumentos adicionales.

- **Es un derecho de AVANTEL mantener inalteradas las "[c]ondiciones, modalidades y criterios de remuneración" establecidos para el acceso y uso del RAN para voz en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014**

Para **AVANTEL**, la Resolución CRC 4420 de 2014 dispuso específicamente que la remuneración del RAN para los servicios de voz de **COLOMBIA MÓVIL** se haría siempre y en todos los casos con base en el valor final de la Tabla 3 de que trata el artículo 1 de la Resolución 3136 de 2011, que modificó la tabla del artículo 8 de la Resolución CRT 1763 de 2007. De modo que, sin importar el año en que **AVANTEL** utilice el RAN para servicios de voz la remuneración siempre tiene como tope el valor final establecido en la Tabla 3.

Por lo anterior, expone que la situación jurídica consolidada que hoy está siendo desconocida y revocada ilegalmente a través de la Resolución CRC 5847 de 2019 es el derecho adquirido a pagar como remuneración del servicio de RAN para comunicaciones de voz y SMS "**SIEMPRE Y DE MANERA OBLIGATORIA**" (sic) con base en la condición, modalidad y criterio de sujetarse al valor final determinado o regulado por la CRC en la última columna de la Tabla 3 o de aquella que la modifique o sustituya en el futuro.

Concluye que "*[e]sa condición económica no puede ser variada unilateralmente por la CRC ni siquiera bajo el pretexto de conocer de una supuesta nueva controversia.*"

- **Es un derecho de AVANTEL mantener inalteradas las "[c]ondiciones, modalidades y criterios de remuneración" establecidos para el acceso y uso de RAN para servicios de SMS**

CSA

En este punto **AVANTEL** relata que "[c]uando la regulación general de remuneración del RAN de servicios de SMS hace mención a valor final de la tabla del artículo 8B, también se refiere al valor establecido en la última columna de dicha tabla, que contiene el valor tope o máximo por SMS cursado, pues si la remisión hubiere sido a los valores tope previstos para cada anualidad en dicha tabla, no tampoco se habría referido en singular a todos ellos y tendría que haber señalado que se trataban de los valores máximos previstos para cada anualidad, circunstancia que no ocurrió en este supuesto. (...)".

A su juicio, ello implica que la Resolución CRC 4420 de 2014 dispuso específicamente por remisión que la remuneración del RAN para los servicios de SMS no podría superar y estaría siempre limitada con base en el valor final de la tabla del artículo 8B de que trata el artículo 1 de la Resolución CRC 3500 de 2011, que adicionó el artículo 8 de la Resolución CRT 1763 de 2007.

Por cuenta de lo anterior, remata este argumento considerando que la remuneración de RAN para el servicio de SMS siempre será de acuerdo con en el valor final regulado por la CRC en la última columna de la Tabla del artículo 8B de la Resolución CRC 3500 de 2011 o de aquella que la modifique o sustituya en el futuro, sin consideración de la anualidad en que se lleve a cabo el acceso y uso de la instalación esencial.

- **Es un derecho de AVANTEL mantener inalteradas las "[c]ondiciones, modalidades y criterios de remuneración" establecidos para el acceso y uso del RAN para servicios de datos**

AVANTEL señala que en materia de remuneración del RAN para datos, las Resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 le otorgaron el derecho a que el acceso y uso del RAN se remunerara en función de un valor máximo regulado y predeterminado de manera general, objetivamente inalterado y, en el peor de los casos, en función del momento o fecha de uso de la instalación esencial.

Adicionalmente, expone que la resolución recurrida modifica sustancialmente las condiciones, modalidades y criterios de remuneración del acceso y uso del RAN empleado para datos, a tal punto que la CRC no solo cambió lo resuelto en los actos iniciales sino que además fijo una fórmula particular y distinta aplicable únicamente para **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL**, que implica además un incremento injustificado y superior a los precios máximos autorizados para la remuneración del RAN de datos, establecidos en la regulación general vigente.

- **Efectos e impacto de la regulación general posterior sobre los derechos adquiridos por AVANTEL por las Resoluciones 4420 y 4509**

AVANTEL arguye que no hay evidencia ni prueba alguna que demuestre que ha renunciado a los derechos adquiridos u otorgado el consentimiento expreso para que la CRC modifique arbitrariamente las condiciones que le fueron reconocidas para la remuneración del acceso y uso al RAN. Por tal razón, considera que la CRC no puede invocar o aducir la aplicación del artículo 4.1.7.4 de la Resolución CRC 5050 de 2016, para justificar su proceder y decisión.

De otra parte, explica que "(..) siempre ha reconocido que la intangibilidad en materia de la estabilidad de la Resolución CRC 4420 y 4509 de 2014 (sic) tiene una modulación particular previamente definida por la regulación general vigente antes de la fecha de expedición de tales actos administrativos particulares y concretos, en que la regulación general impone que los nuevos valores en materia de cargos de acceso se apliquen directa y automáticamente sobre los actos particulares que resuelven conflictos, pero solamente cuando los nuevos valores determinados por la CRC en la regulación general, sean inferiores a los máximos previamente autorizados o determinados en los actos particulares anteriores".

Para sustentar lo anterior, **AVANTEL** reproduce el texto del artículo 4.3.2.21 de la Resolución CRC 5050 de 2016 relativo a la aplicación de los cargos de acceso máximos, y señala que, en consecuencia "(...) las modificaciones de los valores máximos regulados introducidos con posterioridad las Resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 (sic), solo pueden ser cobrados a AVANTEL por concepto de remuneración del RAN de manera directa o automáticamente con motivo de la sola expedición de regulaciones posteriores, cuando los nuevos cargos sean inferiores a los establecidos en los actos administrativos particulares y concretos (...)"

32

Seguidamente argumenta que "[I]o que resulta inaceptable es que COLOMBIA MÓVIL considere que las Resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 hayan decaído o perdido fuerza vinculante con motivo o por la sola expedición de la regulación general expedida (sic) por la CRC, en particular por lo señalado en la Resolución 5107 de 2017 (...)".

Consideraciones de la CRC

Como se ha explicado de manera detallada y suficiente en el presente acto, la Resolución CRC 4420 de 2014, confirmada por la Resolución CRC 4509 del mismo año, no determinó o adoptó condiciones, esquemas o criterios especiales de remuneración de RAN para la relación entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL**, sino que se limitó a declarar que los valores de remuneración de RAN previstos en la Resolución CRC 4112 de 2013 incluían todos los costos asociados a la provisión de dicha instalación esencial, entre ellos los costos asociados a los enlaces de transmisión que soportaban el RAN, razón por la cual no había lugar al pago de valores adicionales, como lo solicitaba **COLOMBIA MÓVIL**, por lo que **AVANTEL** debía remunerar a ésta por concepto de RAN los valores previstos en los artículos 8 y 9 de la Resolución CRC 4112 de 2013, habiendo decaído dicha remisión, por lo demás, por la derogatoria que de tales valores hizo la resolución CRC 4660 de 2014.

En consecuencia, esta Comisión se remite a todas las consideraciones expuestas, a ese respecto, a lo largo del presente acto administrativo, añadiendo simplemente, en lo que respecta a la definición de un valor adicional al determinado en la regulación general vigente relativo a la remuneración del RAN de datos, que la recurrente desconoce que dicha decisión también se constituye en la aplicación de la regulación general vigente en dicha materia. En efecto, el párrafo del artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050, adicionado por la Resolución CRC 5107, contempló de manera expresa que "La remuneración por el uso del Roaming Automático Nacional para el servicio de datos, a los valores contemplados en la tabla del numeral 4.7.4.2.1 del artículo 4.7.4.2 del Capítulo 4 Título VII de la Resolución CRC 5050 de 2016, **solo será aplicable en aquellos municipios donde el Proveedor solicitante de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, es decir el Proveedor de Red Origen, haya desplegado para la prestación de sus servicios de datos 3 o menos sectores de tecnología 4G, o no haya desplegado ningún sector en la citada tecnología**", correspondiendo aplicar, en los demás municipios, en principio, la libre negociación entre las partes.

Habiendo ocurrido, como efectivamente ocurrió, que **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL** no lograron llegar a un acuerdo en esa materia, correspondía a esta Comisión, a efectos de resolver la controversia, adoptar un precio, considerando el tenor literal de la resolución CRC 5107 de 2017, su finalidad y la lógica económica que subyace a ella, y su efecto útil, según expuso en detalle la resolución recurrida.

En efecto, el tenor literal de la Resolución CRC 5107 de 2017 limita expresamente la aplicación de los topes regulados a costos medios, a aquellos municipios donde el PRO hubiere desplegado para la prestación de sus servicios de datos 3 o menos sectores de tecnología 4G, o no hubiere desplegado ningún sector en la citada tecnología, por lo que no existe en la regulación general ningún otro supuesto de hecho en el que tales topes puedan aplicarse.

Dicha norma tenía por finalidad incentivar el uso de RAN entre proveedores establecidos como instrumento de promoción de la competencia en aquellos municipios con menor densidad, que son por regla general aquellos en los que el PRO ha desplegado 3 o menos sectores de tecnología 4G, o de hecho no ha desplegado ninguno en esa tecnología, a la vez que promover el despliegue de red con tecnología 4G por parte del PRO, disminuyendo así la dependencia de RAN, en los municipios más densos, que suelen ser aquellos en los que el PRO ha desplegado más de 3 sectores de tecnología 4G.

¿Cuál es la lógica económica que subyace a tal finalidad? Básicamente, aquella que induce al PRO a efectuar una mayor inversión en el despliegue de su red 4G en los municipios que por tener mayor densidad ofrecen mayor potencial de ingresos, so pena de pagar, en aplicación del principio de eficiencia dinámica, precios de RAN mayores a los regulados a costos incrementales medios, que en principio deben ser el producto de la libre negociación entre el PRO y el PRV, y, como instancia dirimente, por la CRC.

De ahí que esta Comisión haya llamado la atención acerca del efecto útil de las normas jurídicas como principio de interpretación, en el entendido de que la regla de aplicación de los topes regulados a

4/8/19

costos medios para aquellos municipios donde el PRO hubiere desplegado para la prestación de sus servicios de datos 3 o menos sectores de tecnología 4G, o no hubiere desplegado ningún sector en la citada tecnología, resultaría absolutamente banal e inocua si, ante el desacuerdo de las partes en los demás municipios, el regulado aplicara los topes regulados que limitó a los primeros.

Por eso la resolución recurrida señaló que la regla de la libre negociación debe producir efectos adicionales a la mera posibilidad de que las partes negocien un valor de remuneración diferente al regulado a costos medios, lo cual conlleva concluir que, en caso de que se produzca un desacuerdo entre el PRV y el PRO en torno al valor de remuneración que inicialmente debía ser producto de la negociación directa, la solución de la controversia por parte de la CRC no puede consistir en la simple aplicación del valor de remuneración regulado en los municipios con un despliegue de más de 3 sectores de tecnología 4G.

¿Qué sentido económico y regulatorio tendría definir la regla de los 3 sectores o menos, para aplicación de los topes, si, en instancia de solución de controversias, el regulador simplemente la desconociera e impusiera, para todos los municipios -sin importar el nivel de despliegue de infraestructura- el valor regulado en la regulación general para los municipios con bajo despliegue de infraestructura?

Por esta razón el valor fijado en la resolución objeto de recurso, reconoce y aplica las reglas contenidas en la regulación general vigente que incentivan el despliegue de infraestructura propia por parte de **AVANTEL**, bajo el concepto de eficiencia dinámica, tomando en cuenta la proporción de tráfico que este cursa por el acceso a la instalación esencial frente al agregado total del tráfico de este PRST, como se detallará más adelante. Esta decisión lejos de desconocer las reglas bajo las cuales **AVANTEL** tiene derecho a acceder a la instalación esencial de RAN, las aplica.

Por las razones antes expuestas, el cargo presentado por el recurrente no tiene vocación de prosperar.

2.8. Octavo cargo: Los artículos 2, 3 y 4 de la Resolución 5847 de 2019 confieren efectos retroactivos a las decisiones de la CRC

Según **AVANTEL**, de la motivación del artículo 2 de la Resolución CRC 5847 de 2019 se desprende que los valores de remuneración del RAN para los servicios de voz y datos no corresponden al valor final establecido en las tablas de Resolución CRC 5050 de 2016 aplicables a la materia, sino con base en los valores máximos regulados aplicables a la fecha de uso del RAN. Esto demuestra, en su sentir, que se están variando las condiciones, modalidades y criterios de remuneración señalados en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 y, peor aún, se están imprimiendo efectos retroactivos a la decisión prevista en el artículo 1 del acto recurrido, puesto que si es inadmisibles concluir que la regulación general puede modificar las condiciones particulares y concretas consignadas en dichas resoluciones, mal puede concluirse que la decisión de dar efectos retroactivos proviene de la aplicación de la regulación general -la Resolución CRC 5107 de 2017- toda vez que esta no tiene esas consecuencias.

AVANTEL agrega que la Resolución CRC 5847 de 2019 pretende imprimir efectos retroactivos a los cambios sobre las condiciones, modalidades y criterios de remuneración para el acceso y uso del RAN con efectos a partir del 14 de noviembre de 2018, contraviniendo los principios básicos que gobiernan los actos administrativos, que por regla general son irretroactivos y solo rigen a partir de su ejecutoria, con lo cual, prosigue, se vulneran los artículos 6 y 58 de la Constitución Política y las previsiones señaladas en el CPACA que imponen los requisitos y condiciones para que las decisiones administrativas cobren vigor sobre los destinatarios.

En lo que respecta al artículo 3 de la Resolución CRC 5847 de 2019, **AVANTEL** enfatiza en que su motivación se fundamenta en que en la remuneración del acceso y uso de la instalación esencial de RAN para servicios de datos está sujeta al despliegue de infraestructura, condición inexistente en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014. Con tal proceder, opina **AVANTEL**, la CRC le confiere efectos retroactivos a los valores con los que se debe remunerar el uso del RAN para datos y, además, adiciona que el valor de remuneración de tal servicio no es solo es el de la tabla del numeral 4.7.4.2.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, sino también el señalado en el artículo 4 del acto administrativo objeto de reproche.

[Handwritten signature]

El recurrente expone que los artículos cuestionados, al imprimir efectos retroactivos a lo decidido, tiene como propósito establecer el 14 de noviembre de 2018 como fecha de causación de las nuevas condiciones de remuneración distintas a las que le correspondía pagar con sujeción a lo dispuesto en las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014 aplicadas en concordancia con lo dispuesto en la regulación general vigente. Enfatiza en que las decisiones insertas en la Resolución CRC 5847 de 2019, aun cuando se denominen constataciones, solamente tienen vigor a partir de la fecha de su ejecutoria.

Después de referir a las que considera son las características y fundamentos normativos, doctrinales y jurisprudenciales de la irretroactividad de los actos administrativos, reconocidos según su criterio por la CRC en el conflicto resuelto mediante la Resolución 5156 de 2017 -REDEBAN MULTICOLOR S.A. Y OTROS vs. **COLOMBIA MÓVIL-**, **AVANTEL** afirma que la Resolución CRC 5847 de 2019 solo puede surtir efectos hacia futuro a partir de su fecha de ejecutoria, máxime, cuando esta trae consigo la modificación y desconocimiento de las resoluciones CRC 4420 y 4509 de 2014, que solamente perderían fuerza vinculante a partir de la fecha de la ejecutoria del acto administrativo impugnado.

Para finalizar el cargo, **AVANTEL** aduce que los artículos 2, 3 y 4 de la Resolución CRC 5847 de 2019 también quebrantan las normas procesales de orden público que determinan los requisitos y condiciones que deben satisfacerse para que el acto administrativo sea vinculante y obligatorio, en tanto estas disposiciones fijan el instante a partir del cual el acto queda ejecutoriado, sin que sea posible otorgarle efectos con anterioridad a ese momento.

Consideraciones de la CRC

Debe recordarse que la irretroactividad es un fenómeno jurídico en virtud del cual una norma jurídica expedida en un determinado momento solo puede regir para los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia y hacia el futuro, de modo que, naturalmente, dicha disposición no puede producir efectos hacia el pasado³⁹. Concordantemente, la retroactividad significa que una determinada norma puede tener efectos hacia el pasado, esto es, regulando situaciones y hechos producidos y consolidados antes de su vigencia. Al respecto el Consejo de Estado ha expresado "la ley tiene efectos de retroactividad cuando se aplica a situaciones jurídicas subjetivas consolidadas antes de su vigencia. Salvo casos excepcionales las leyes no pueden ser aplicadas en esta modalidad (...)"⁴⁰.

Resulta indiscutible que, de tiempo atrás, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha determinado que de los actos administrativos se predica, por regla general, el principio de irretroactividad, de modo que estos no pueden surtir efectos con anterioridad a su vigencia, ya que ello solo podría ocurrir siempre que exista autorización legal para el efecto⁴¹.

No obstante, es de advertir que los artículos 2, 3 y 4 de la Resolución CRC 5847 de 2019 no tienen los efectos retroactivos que equivocadamente **AVANTEL** les adjudica. Para que pueda atribuirse a una norma jurídica efectos retroactivos es preciso que dicha norma i) sea *constitutiva*, es decir, que sea fuente de un derecho, de un deber o una obligación, y ii) que tenga efectos hacia el pasado. Es así como resulta determinante que de la norma nazca el derecho, deber u obligación con miras a evaluar si, una vez esa norma hace parte del ordenamiento jurídico, está o no produciendo efectos en situaciones consolidadas con anterioridad a su promulgación o expedición.

En el caso del acto administrativo, si este no es constitutivo de un derecho, un deber o una obligación, sino que es declarativo, es decir, simplemente reconoce lo que una norma anterior y superior determinó como derecho, deber u obligación, entonces a éste -el acto administrativo declarativo- no puede endilgársele efectos retroactivos pues estrictamente lo único que está haciendo es reconocer lo que una norma anterior dispuso. Esto significa que el acto administrativo declarativo *constata* lo que la norma anterior aplicable impone como un derecho, deber u obligación, de tal suerte que es esta norma la fuente del derecho, deber u obligación. En consonancia, el acto *declarativo*, el cual solo reconoce lo expresado en la norma general anterior que aplica a una situación concreta, no es la fuente del derecho ni de la obligación correlativa al mismo y, por lo tanto, a este no se le pueden asignar efectos retroactivos. Se insiste, lo único que el acto declarativo hace es reconocer lo que una norma anterior ya estableció a efectos de resolver un caso específico.

³⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-619 de 2001.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 31 de octubre de 1995, rad. 1438.

⁴¹ Cfr. Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 11 de diciembre de 2006, rad. 02199-01.

Handwritten signature

Descendiendo a la situación concreta, se tiene que los artículos 2 y 3 de la Resolución CRC 5847 de 2019 tienen un evidente efecto declarativo, pues se limitaron a reconocer la regulación general aplicable a la situación de conflicto entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL**, a partir del momento señalado en dicha regulación.

Es así como, de un lado, el artículo 2 se limitó a aplicar lo ya establecido por la Resolución CRC 5050 de 2016 -acto administrativo regulatorio de carácter general-, con todas sus modificaciones, en cuanto a que **AVANTEL** debe remunerar a **COLOMBIA MÓVIL** por el uso del RAN para los servicios de voz y SMS, atendiendo las reglas previstas en las tablas de los numerales 4.7.4.1.1 y 4.7.4.1.2 del artículo 4.7.4.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016 o aquella que las modifique o sustituya, a partir del 14 de noviembre de 2018, es decir, una vez se cumplieron los cinco (5) años desde que quedó en firme el acto administrativo mediante el cual a **AVANTEL** 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.

De otro lado, el artículo 3 se limitó a aplicar, para los servicios de datos, que en los municipios donde **AVANTEL** haya desplegado para la prestación de sus servicios de datos tres o menos sectores de tecnología 4G, o no haya desplegado ningún sector en la citada tecnología, de conformidad con el valor fijado en la tabla del numeral 4.7.4.2.1 del artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016 o aquella que la modifique o sustituya, también, a partir del 14 de noviembre de 2018, es decir, una vez se cumplieron los cinco (5) años desde que quedó en firme el acto administrativo mediante el cual a **AVANTEL** 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.

Lo descrito, cabe aclarar, dado que entre **COLOMBIA MÓVIL** y **AVANTEL** se configuró una controversia, resuelta por la resolución recurrida, en torno al régimen de remuneración para el acceso y uso a la instalación esencial de RAN aplicable luego de que ésta adquirió la calidad de PRST establecido.

A partir de lo anterior es claro que la fuente de la obligación de remuneración a cargo de **AVANTEL** respecto de **COLOMBIA MÓVIL** no es la Resolución CRC 5847 de 2019, como quiera que lo es la regulación de carácter general -la Resolución CRC 5050 de 2016 modificadas por la Resolución CRC 5107 de 2017, por la Resolución CRC 5827 de 2019 y aquellas que en el futuro la modifiquen-. Como la Resolución CRC 5847 de 2019 no es fuente de la obligación de remuneración en tanto solo reconoce lo ya fijado por la regulación general, no es posible atribuirle los efectos retroactivos a los que refiere el recurrente.

La obligación de **AVANTEL** según la cual, a partir del 14 de noviembre de 2018, debe reconocer los valores de remuneración del servicio de RAN conforme a los valores fijados en los artículos 4.7.4.1 y 4.7.4.2 -como lo debe hacer cualquier otro proveedor establecido- nació, precisamente, en vigencia de la Resolución CRC 5107 de 2017 y una vez acaecida la condición a que estaba sujeta, cual era el haber transcurrido cinco (5) años desde que quedó en firme el acto administrativo mediante el cual a **AVANTEL** 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.

A la par, la obligación de **AVANTEL** consistente en remunerar el tráfico de voz y SMS terminado en la red del Proveedor de Red Visitada -la de **COLOMBIA MÓVIL**- haciendo uso del RAN, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 4.7.4.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por la Resolución CRC 5827 de 2019, surgió con la entrada en vigencia de ésta última.

Por consiguiente, tales obligaciones NO surgieron a la vida jurídica con la Resolución CRC 5847 de 2019, la cual solamente se limitó a resolver la controversia entre las partes, en aplicación de lo ya establecido en la regulación general. Ello refuerza la conclusión de que el acto objeto de impugnación no tiene efectos retroactivos, sino simplemente declarativos de lo que la regulación con carácter general había establecido como derechos, deberes y obligaciones de los sujetos regulados.

Ahora bien, frente al artículo 4 de la Resolución CRC 5847 de 2019 debe hacerse la siguiente precisión. Como fue explicado en el acto administrativo impugnado, de conformidad con el párrafo del artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050, el valor de remuneración regulado (\$11,87) expresado en la tabla del numeral 4.7.4.2.1 del artículo 4.7.4.2 de la misma resolución solo es aplicable en aquellos municipios donde el PRST solicitante del RAN -el Proveedor de Red Origen-, haya desplegado para la prestación de sus servicios de datos 3 o menos sectores de tecnología 4G,

o no haya desplegado ningún sector en la citada tecnología, por suerte de lo cual, en aquellos municipios donde el solicitante del RAN haya desplegado para la prestación de sus servicios de datos más de 3 sectores de tecnología 4G, el valor de remuneración debe ser negociado entre las partes.

En el presente asunto, **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL** no llegaron a un acuerdo sobre ese valor de remuneración, que en principio -se insiste- debía ser negociados por dichos PRST. Por lo tanto, ante la ausencia de acuerdo, le correspondía a la CRC determinar el anotado valor de remuneración, por supuesto, observando las reglas y principios regulatorios aplicables a la materia, según se explicó en la resolución recurrida y se ha acaba de reiterar arriba. Así fue como, previas las consideraciones vertidas en el numeral 3.2.2.2 de la Resolución CRC 5847 de 2019, esta Comisión en el artículo 4 de la misma decisión fijó el valor de remuneración que **AVANTEL** debe reconocer a **COLOMBIA MÓVIL** por el acceso a la instalación esencial de RAN para el servicio de datos, en los municipios donde **AVANTEL** haya desplegado para la prestación de sus servicios de datos más de tres sectores de tecnología 4G. En la medida en que la Resolución CRC 5050 de 2016 modificada por la 5107 de 2017 no incluyó dentro del ámbito de aplicación de los topes regulados a costos medios el acceso a RAN en municipios en los que el PRO hubiere desplegado más de 3 sectores de estación base en tecnología 4G, el artículo 4 de la Resolución CRC 5847 de 2019, a efectos de resolver el desacuerdo entre las partes, *sí ordenó una condición nueva* -que no existía antes de la mencionada resolución- que debe aplicarse por las partes a su relación de acceso y uso de la instalación esencial de RAN, lo cual, por la naturaleza constitutiva de dicho artículo, sólo puede ocurrir una vez se encuentre ejecutoriada la decisión que pone fin a la presente actuación administrativa.

Por lo demás, lo explicado en la Resolución CRC 5156 de 2017 "Por medio de la cual se resuelve un conflicto entre REDEBAN MULTICOLOR S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE Y BANCO CAJA SOCIAL S.A., por una parte, y **COLOMBIA MÓVIL** (...)", traída a colación por el recurrente, no es incompatible con la postura acá expuesta, pues reitérese que no cabe duda de que, por regla general, los actos administrativos no tienen efectos retroactivos -algo que se dijo en la Resolución CRC 5156 de 2017 y se reitera en el presente acto administrativo-; lo que sucede es que, evidentemente, a partir de lo explicado, es natural concluir que los artículos 2, 3 y 4 de la Resolución CRC 5847 de 2019 no tienen los efectos retroactivos que el recurrente le atribuye.

De hecho, lo disertado en la Resolución CRC 5156 de 2017 es concordante con lo expuesto en la presente resolución. En efecto, en el caso de 2017 existía una divergencia entre las partes en conflicto en relación con el momento desde el cual comenzaba a regir la remuneración aplicable por elementos adicionales del servicio de Banca Móvil no considerados en el valor del cargo de acceso regulatoriamente establecido por vía general. Al desatar el conflicto, la CRC explicó que dicha remuneración adicional no se encontraba contenida en la regulación general vigente en la época, de modo tal que la controversia sometida a esta Entidad dio lugar al surgimiento de un derecho -y su correlativa obligación- que no existía, y que, en consecuencia, *se constituía* a partir de la situación fáctica que se resolvía con el acto administrativo de carácter particular y concreto que decidió el conflicto, y entraba en vigencia a partir de la ejecutoria del mismo.

Se insiste, en todo caso, que respecto de los artículos 2 y 3 de la Resolución CRC 5847 de 2019, no es posible afirmar que produzcan efectos retroactivos, en la medida en que estos se circunscribieron a declarar lo que la regulación general ya establecía.

2.9. Noveno cargo: Los perjuicios causados a AVANTEL

AVANTEL manifiesta que las condiciones de remuneración de red para el uso del RAN, según lo establecido en la Resolución CRC 5107 de 2017, y su modificación mediante la Resolución CRC 5827 de 2019, tienen las siguientes consecuencias en el mercado actual de telecomunicaciones móviles de Colombia y, en particular, en las condiciones de actuación del operador Avantel:

- *Generan un subsidio efectivo y material en beneficio de los operadores establecidos, que cuentan con redes de servicios 2G/3G.*

Refiere que, en las mencionadas resoluciones, el monto a pagar por concepto de uso del RAN por tráfico de voz saliente equivale a \$21,77 por minuto. Este valor es sustancialmente mayor que los costos que el operador de la red visitada debe afrontar, que la CRC determina en \$11,43.

- *Distorsionan los precios minoristas, en detrimento de las condiciones competitivas y promoviendo la formación artificial de precios por debajo de costos*

281

Plantea que, según las resoluciones mencionadas, un operador como **AVANTEL** que curse tráfico saliente utilizando los servicios de RAN deberá abonar, solo en concepto de interconexión, la suma de \$33,20, valor ya superior al precio minorista promedio del mercado, que corresponde a \$30,00 por minuto, y muy superior a los precios de planes pospago, con precios efectivos que llegan hasta los \$10 por minuto.

- *Crean incentivos a la competencia desleal*

Deduca que los operadores establecidos, con redes 2G y 3G, las cuales no pueden ser desplegadas por **AVANTEL** por condición de su licencia y por razones de mercado, generan planes de voz que no pueden ser replicados por este PRST, y, por tanto, dejan a este último privado de la posibilidad de una oferta competitiva.

- *Desalientan el uso eficiente de infraestructura y distorsionan la inversión.*

Agrega que el establecimiento de valores de RAN a \$21,77, muy por encima del valor determinado según costos eficientes de \$11,43, originan incentivos para asignar recursos al despliegue de tecnologías obsoletas (2G y 3G), en detrimento de las nuevas tecnologías de datos (4G y 5G).

Consideraciones de la CRC

En relación con este asunto cabe señalar que los argumentos de **AVANTEL** se dirigen a cuestionar los efectos producidos por los actos administrativos de carácter general contenidos en las Resoluciones CRC 5107 de 2017 "Por la cual se actualizan las condiciones generales para la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional y se dictan otras disposiciones" y 5827 de 2019 "Por la cual se adiciona un párrafo al artículo 4.7.4.1 y se modifican los numerales 4.16.2.1.1 y 4.16.2.1.3 del artículo 4.16.2.1 del título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016".

En ese sentido y atención a lo establecido por el artículo 75 del CPACA, que señala que **"[n]o habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa"** [DTF] no se dará trámite a tales cuestionamientos por exceder el ámbito de competencia por el cual se expide este recurso, revelando además que en la actualidad el medio de control establecido en la Ley para perseguir la nulidad de los actos administrativos de carácter general ya fue incoado por **AVANTEL** en la actuación contencioso-administrativa que se sigue con el número de proceso 2018-348 ante la Sección Primera del Consejo de Estado.

2.10. Décimo cargo: La CRC está indebidamente integrada y, en consecuencia, no es legal que su Sesión haya adoptado la Resolución CRC 5847 de 2019.

AVANTEL cimienta este cargo en la aseveración según la cual el Decreto 1530 de 2019, con el cual el señor Presidente de la República realizó encargo al señor Camilo Alberto Jiménez Santofimio como comisionado de la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la CRC, es ilegal por violar la Ley 1978 de 2019.

Tal encargo, dice el recurrente, es temporal tal como lo ordena el artículo 2.2.5.5.45 del Decreto 1083 de 2015 -citado en los considerandos del Decreto 1530 de 2019-, aspecto que riñe con lo ordenado por el numeral 4 del párrafo transitorio del artículo 20.2 de la Ley 1978 de 2019, que expresamente ordena que dentro del mes siguiente a la entrada en vigencia de dicha Ley, se elegirá y posesionará un Comisionado de que trata el literal b) del numeral 20.2, para un período fijo institucional de tres (3) años no reelegible.

Para **AVANTEL** es evidente que la designación del señor Camilo Alberto Jiménez Santofimio es provisional y no en propiedad, no obstante, en los considerandos del Decreto 1530 de 2019 se invoca que el nombramiento en cuestión se realiza para cumplir con lo ordenado en el numeral 4 del párrafo transitorio del artículo 20.2 de la Ley 1978 de 2019. A partir de lo anterior, **AVANTEL** estima que si la Comisión no está debidamente conformada y sus decisiones, incluida la Resolución CRC 5847 de 2019, están viciadas.

Consideraciones de la CRC

En relación con este asunto caben tres consideraciones:

(i) Como se evidencia del desarrollo del cargo, éste se dirige, no contra la resolución recurrida, que no encargó al Doctor Jiménez Santofimio como experto comisionado de la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la CRC, sino contra el Decreto 1530 del 26 de agosto de 2019, por lo cual mal puede aquel prosperar en esta instancia.

(ii) El Decreto 1530 del 26 de agosto de 2019 es un acto de naturaleza administrativa, al cual le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 88 del CPACA, el cual establece que "[l]os actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (...)". Hasta el momento la CRC no ha sido notificada o ha tenido conocimiento de que el referido Decreto haya sido anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, motivo por el cual, resulta obligatoria su ejecución y observancia.

(iii) El Decreto 1530 del 26 de agosto de 2019, corresponde a un acto administrativo expedido por el señor Presidente de la República en el ejercicio de las facultades legales de las que está investido. Así las cosas, no corresponde pronunciarse en el sentido de emitir juicios o análisis respecto de actos que no fueron proferidos por la propia Comisión.

En consecuencia, no tendrá vocación de prosperar el argumento planteado por **AVANTEL** y por el contrario deberá tener en cuenta que a la fecha se tiene por integrada la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones de que trata la Ley 1978 de 2019.

2.11. La prueba de imputación solicitada por AVANTEL

En el acápite que denominó de pruebas y anexos, **AVANTEL** señaló que la CRC, sin justificación, se abstuvo, en el curso de la presente actuación administrativa, de dar inicio al trámite administrativo dirigido a ordenar la práctica de la prueba de imputación que solicitó formalmente y con el lleno de los requisitos legales.

Anota que la prueba de imputación solicitada es necesaria para determinar el valor que **COLOMBIA MÓVIL** se imputa a sí misma por concepto del uso de la instalación de RAN para sus propios servicios de voz, SMS y datos. Recalca en que esta fue oportunamente requerida y resulta fundamental para sustentar y confrontar la validez técnica y económica de las decisiones insertas en el acto impugnado.

Reitera que la Resolución CRC 5847 de 2019 tiene como fin modificar los criterios de remuneración del RAN reconocidos a su favor, contrariando sus derechos y los de sus usuarios en beneficio de **COLOMBIA MÓVIL**.

A partir de lo anterior, **AVANTEL** solicita que dentro de los plazos señalados en la Ley 393 de 1997 y como condición para resolver el recurso de reposición, ordene, trámite y practique una prueba de imputación a **COLOMBIA MÓVIL** para determinar el valor que dicho PRST se imputa a sí mismo debido al uso de la instalación esencial de RAN para sus propios servicios de voz, SMS y datos.

Finalmente, advirtió **AVANTEL**, invocando el artículo 87 de la Constitución Política y la Ley 393 de 1997, que en caso de persistir la renuencia de la CRC a la práctica de la prueba de imputación solicitada sobre **COLOMBIA MÓVIL**, tendría tal situación como la acreditación de los requisitos para interponer en contra de la CRC una acción constitucional de cumplimiento.

Consideraciones de la CRC

Frente a la solicitud de prueba de imputación a la que hace referencia **AVANTEL**, debe reiterarse que tal solicitud fue elevada a esta Comisión como lo acepta el recurrente al margen de la presente actuación mediante comunicación del 16 de julio de 2019 -radicado 2019302309-, respecto de los cargos de acceso y uso de la instalación esencial de RAN de **COLOMBIA MÓVIL**.

Contrario a lo expuesto por el recurrente, la CRC sí le dio trámite a la mencionada solicitud. En efecto, esta Comisión, por vía de la comunicación del 24 de julio de 2019 con radicado 2019517654,

recordó que de conformidad con el artículo 4.3.2.19 de la Resolución CRC 5050 de 2016⁴², la prueba de imputación para cargos de acceso se realiza de oficio o por solicitud de parte, siguiendo para ello el procedimiento del CPACA. Así las cosas, el trámite de la llamada prueba de imputación puede ser iniciada por la CRC o *por petición de alguna de las partes de la relación de acceso y/o interconexión en la que se produce el cobro de los cargos de acceso*. Así pues, este regulador advirtió que la norma regulatoria en cuestión **"excluye la posibilidad de que alguien ajeno a la mencionada relación de acceso y/o interconexión pueda solicitar la prueba de imputación"** (NFT).

En ese orden, la CRC advirtió que **AVANTEL** solicitaba que vía prueba de imputación se constataran los costos que **COLOMBIA MÓVIL** se imputa a sí mismo por el por el acceso y uso a la instalación esencial de RAN para sus servicios de voz, SMS y datos, para luego comparar el resultado obtenido con el valor que este acordó con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y COMCEL S.A. por el uso de la instalación esencial de RAN. Esto preliminarmente significaba que **AVANTEL** estaba solicitando una prueba de imputación en relaciones de acceso en las cuales no era parte, lo cual riñe con lo preceptuado en la regulación que indica que la mencionada prueba de imputación puede iniciarse de oficio -por la CRC- o por solicitud de parte, es decir, en tratándose de relaciones en las que son partícipes **COLOMBIA MÓVIL**, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y COMCEL S.A., solo a ellos correspondería solicitar la tantas veces mencionada prueba de imputación.

Con todo, con el objeto de garantizar al máximo el derecho de petición de **AVANTEL**, esta Entidad le solicitó que aclarara *"el alcance y objeto de su solicitud de intervención"*, para lo cual, en todo caso se advirtió que, si **AVANTEL** no se pronunciaba sobre el requerimiento, era de entender que dicho PRST había desistido de su solicitud, en concordancia con el artículo 17 del CPACA. Como ya fue anunciado, **AVANTEL** no respondió el requerimiento de la CRC, con lo cual es claro que esta sociedad desistió de su solicitud.

Con fundamento en lo descrito, varias precisiones deben exponerse de cara a lo expresado por **AVANTEL** en su recurso a fin de concluir que por este cargo tampoco hay lugar a reponer la Resolución CRC 5847 de 2019 y mucho menos a iniciar el trámite administrativo para aplicar una prueba de imputación.

En primer lugar, es de mencionarse que la prueba de imputación es una herramienta constatación económica realizada en observancia del procedimiento administrativo general previsto en el CPACA. Por lo tanto, a la solicitud de **AVANTEL** no había que imprimirle el trámite de una solicitud probatoria, máxime, cuando el recurrente mismo reconoce que tal petición la efectuó al margen de la presente actuación.

De todas maneras, no puede pasarse por alto que la CRC buscó al máximo garantizar los derechos de **AVANTEL** solicitando que aclarara su petición, con miras a determinar si era posible iniciar la actuación administrativa encaminada a realizar la prueba de imputación. No obstante, **AVANTEL** no contestó el requerimiento de la CRC y, lógicamente, no ofreció oportunamente argumentos que desvirtuaran el razonamiento preliminar exhibido por la CRC en la comunicación del 24 de julio de 2019 -y tampoco los ofrece en su recurso de reposición- según el cual, dicho PRST por ser ajeno a las relaciones de interconexión y/o acceso habidas entre **COLOMBIA MÓVIL**, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y COMCEL S.A., no estaba legitimado para solicitar la prueba de imputación a la que hacía referencia su comunicación.

En virtud de lo expuesto,

⁴² La prueba de imputación, a partir de la Resolución CRC 5826 del 24 julio de 2019, fue adicionado a la Resolución CRC 5050 de 2016 en el artículo 4.3.2.16, el cual señala lo siguiente:

"Con el fin de promover la competencia, proteger los derechos de los usuarios y garantizar el cumplimiento de los principios y obligaciones regulatorias establecidas en el artículo 4.3.1.1 del Capítulo 3 del Título IV, la CRC de oficio o a solicitud de parte, adelantará una actuación administrativa según las reglas de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la cual se aplicará una prueba de imputación cuyos resultados serán de obligatorio cumplimiento. Con este fin, la CRC en cualquier momento podrá solicitar información a todos los proveedores de telecomunicaciones".

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **AVANTEL S.A.S.**, en contra de la Resolución CRC 5847 del 18 de septiembre de 2019.

ARTÍCULO SEGUNDO. Negar todas las pretensiones de **AVANTEL S.A.S.** por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución y, en consecuencia, confirmar en todas sus partes la Resolución CRC 5847 del 18 de septiembre de 2019.

ARTÍCULO TERCERO. Notificar personalmente la presente resolución a los representantes legales de **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** y a **AVANTEL S.A.S.**, 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

06 DIC 2019

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



SERGIO MARTÍNEZ MEDINA
Presidente



ZOILA VARGAS MESA
Directora Ejecutiva (E. F.)

Expediente 3000-86-40

S.C. 06/12/19 Acta 378

Aprobado por: Carlos Lugo Silva y Sergio Martínez Medina

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

Elaborado por: Víctor Andrés Sandoval Peña y Fabio Andrés Restrepo Bernal