



RESOLUCIÓN No. **7062** DE 2023

*"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** en contra de la Resolución CRC 6960 de 2022"*

LA SESIÓN DE COMISIÓN DE COMUNICACIONES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, 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

Por medio de la Resolución CRC 6960 del 12 de octubre de 2022, la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) resolvió la controversia suscitada entre **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, en adelante **COMCEL**, y **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**, en adelante **EMCALI**, relacionada con la contraprestación por la compartición de infraestructura, más exactamente de postes y ductos que son propiedad de **EMCALI**.

La Resolución CRC 6960 de 2022 fue notificada a **COMCEL** por aviso enviado el 24 de octubre de 2022 y a **EMCALI** mediante notificación personal por medios electrónicos el 13 de octubre de 2022, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-. Dentro del término concedido para el efecto, **COMCEL** interpuso recurso de reposición en contra del citado acto administrativo mediante comunicación radicada internamente bajo el número 2022817314 del 8 de noviembre de 2022¹.

Teniendo en cuenta que el recurso de reposición interpuesto por **COMCEL** cumple con lo dispuesto en los artículos 76 y 77 del CPACA, esta Comisión debe admitirlo y proceder con el estudio de fondo.

Finalmente, debe indicarse que, dado que en el presente asunto se está ante la interposición de un recurso de reposición en contra de un acto administrativo que resolvió una controversia surgida entre **COMCEL** y **EMCALI** –asunto que debe definirse 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.

¹ Comunicación con asunto: "Recurso de Reposición en contra de la Resolución CRC No. 6960 del 2022 "Por la cual se resuelve un conflicto surgido entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.".

2. SOBRE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR COMCEL

En su recurso de reposición, **COMCEL** solicitó que se revoque la Resolución CRC 6960 de 2022 y, en atención a tal petición, la CRC:

- *“Analice el evidente desacuerdo entre las partes sobre la forma como se debe aplicar la metodología de cálculo de la tarifa para remunerar los usos de infraestructura de telecomunicaciones por parte de COMCEL a EMCALI, y determine que la metodología que debe aplicar es por el número de apoyo real en postes, independientemente si los mismos son facturados por parte del titular de la infraestructura”.*
- *“Ordene a EMCALI dar aplicación a la metodología establecida en el Artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC No. 5283 de 2017, y determine el factor “n” para postes y para ductos y lo utilice para determinar el valor a remunerar a EMCALI por parte de COMCEL de acuerdo a lo establecido en la cláusula sexta del acuerdo suscrito entre las partes en la “cual la contraprestación mensual económica de compartición se obtiene aplicando la metodología establecida en la Resolución 5283 de 2017”.*

Para sustentar las pretensiones de su recurso, **COMCEL** plantea los argumentos que se presentan a continuación, acompañados de las respectivas consideraciones de esta Comisión.

2.1. Sobre el planteamiento del asunto en controversia y la determinación del factor N incluido en la metodología señalada en el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por el artículo 6 de la Resolución CRC 5283 de 2017

COMCEL manifiesta que la controversia con **EMCALI**, contrario a lo que concluyó la CRC en la Resolución CRC 6960 de 2022, no gira alrededor de si se debe o no aplicar la metodología establecida en el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por la Resolución CRC 5283 de 2017, pues, afirma, sobre ello no hay ninguna duda, debido a que así fue pactado en el acuerdo de compartición suscrito entre las partes. En concepto del recurrente, el conflicto presentado ante la CRC trata sobre la manera en que se debe determinar el factor N incluido en la metodología señalada en el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, en aplicación de lo dispuesto sobre topes tarifarios en el artículo 4.10.3.2 de la misma resolución, con la modificación realizada por la Resolución CRC 5283 de 2017, para efectos de determinar el valor de la remuneración mensual por unidad de compartición.

Para explicar lo anterior, **COMCEL** sostiene que en la cláusula sexta del Acuerdo de Compartición No. 400-GT-CIE-1149-2018 se pactó la aplicación de la metodología señalada en el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificada por la Resolución CRC 5283 de 2017, y se fijaron los topes tarifarios por elemento a compartir. Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.10.3.2 de la misma Resolución CRC 5050 de 2016, para determinar el valor a remunerar a **EMCALI** por unidad de compartición –apoyo en poste o cable en ducto– se debe dividir el valor pactado como tope tarifario por elemento a compartir –poste o ducto–, entre el número de apoyos en poste o cables en ducto, es decir, se debe dividir en el factor N, incluido en la metodología señalada en el artículo 4.10.3.1. En este sentido, el recurrente destaca que en la cláusula sexta del contrato en cuestión se estableció que *“la contraprestación mensual económica de compartición se obtiene aplicando la metodología establecida en la Resolución 5283 de 2017”* y que, a su vez, dicha metodología utiliza el número de apoyos en poste y de cables en ducto (factor N) para la determinación del valor de la contraprestación mensual por cada apoyo y por cada cable. Por esta razón, **COMCEL** afirma que para efectos de definir el valor de la remuneración mensual por cada apoyo en poste y por cada cable en ducto es necesario determinar el número real de apoyos y el número real de cables sobre la infraestructura a compartir.

Para sustentar esta afirmación, **COMCEL** refiere al correo electrónico del 14 de julio de 2021 dirigido a **EMCALI** y aportado con la solicitud de inicio del trámite de solución de controversias presentado ante esta Comisión. En dicho correo, agrega, **COMCEL** expresó que, en reunión sostenida en la misma fecha, las dos partes discutieron acerca de la forma en que se debía determinar el factor N.

El recurrente argumenta que el hecho de que **EMCALI** no se hubiera pronunciado en contra de esta prueba en su contestación sobre el inicio del trámite de controversias, permite concluir

que habría reconocido la necesidad de determinar el factor N incluido en la metodología señalada en el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por el artículo 6 de la Resolución CRC 5283 de 2017. Adicionalmente, **COMCEL** afirma –sin desarrollar argumento alguno al respecto– que la CRC “*desconoció los máximos tarifarios que se pueden recibir por elemento a compartir ya sea poste o ducto establecidos en el artículo 4.10.3.2*”.

Consideraciones de la CRC

Cabe resaltar, en primer lugar, que la premisa inicial del recurso en estudio consiste en señalar que, en criterio de **COMCEL**, la Comisión identificó de manera errada el asunto en controversia por este no versar sobre si hay lugar o no a aplicar la metodología consignada en el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por el artículo 6 de la Resolución CRC 5283 de 2017, como quiera que, añade, no hay duda de que ello fue pactado en el contrato y de que los valores en él fijados corresponden a los topes por elemento a compartir. En concepto de **COMCEL**, el conflicto realmente refiere a la forma en que se debe determinar el factor N previsto en la metodología señalada en el citado artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, teniendo en cuenta lo determinado en el artículo 4.10.3.2 del citado cuerpo normativo en torno a topes tarifarios.

Pues bien, sobre el particular es de recordar que, en el escrito de solicitud de solución de controversias presentado por **COMCEL**, en virtud del cual se dio inicio a la presente actuación, el citado proveedor expuso en el acápite “**I. ANTECEDENTES**”, entre otras cosas, lo siguiente:

“4. Que en virtud de lo anterior, las partes se pusieron de acuerdo en aplicar la metodología de cálculo establecida en la Resolución CRC 5283 de 2017.

5. Que dicha resolución en su artículo 4.10.3.1. determinó el cálculo de la contraprestación económica por la compartición de infraestructura en los siguientes términos indicando: (...)

(...)

11. Que COMCEL en diferentes oportunidades ha solicitado a EMCALI dar aplicación a la metodología de cálculo establecida en dicha resolución (...)

(...)

14. Que EMCALI no está dando aplicación a la metodología establecida en la Resolución CRC 5283 de 2017 (...)

(...)

16. Que no obstante lo anterior, EMCALI NO ha aplicado la metodología de liquidación establecida en la Resolución CRC 5283 de 2017 (...)”.

En el mismo sentido, en el acápite “**III. PUNTOS DE DIVERGENCIA Y PUNTOS DE ACUERDO**” de su escrito, **COMCEL** señaló:

“COMCEL ha puesto de presente en reiteradas oportunidades, tal como arriba se indicó, la necesidad de aplicar la regulación vigente en materia de liquidación para la remuneración de uso de infraestructura de telecomunicaciones, EMCALI continúa aplicando una metodología que no corresponde a la regulada. Esto es, no existe acuerdo respecto de la solicitud de COMCEL de dar aplicación a la metodología de cálculo establecida en la Resolución CRC 5283 de 2017”.

También en el aparte “**IV. PRETENSIÓN**” de su escrito, **COMCEL** manifestó:

“La pretensión de COMCEL radica en que la CRC (...) ordene a EMCALI aplicar la metodología de liquidación establecida en la resolución CRC 5283 de 2017 (...) utilizando el número de apoyos real en postes y el número real de cables en ductos (...)”.

Más adelante señaló en el aparte “**V. OFERTA FINAL**”:

“La oferta final de COMCEL consiste en que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC No. 5283 de 2017, compilada en Resolución CRC No. 5050 de 2016, la CRC ordene a EMCALI a aplicar, desde la fecha de entrada en vigencia de la

Resolución CRC 5283, la metodología de cálculo establecida allí establecida [sic] para calcular la remuneración por parte de COMCEL de la infraestructura de telecomunicaciones de EMCALI”.

En la misma línea, en el acápite “**VI. FUNDAMENTOS DE DERECHO**”, **COMCEL** refirió en varias oportunidades que su solicitud de inicio de controversia contra **EMCALI** pretendía la aplicación de la metodología señalada en el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por el artículo 6 de la Resolución CRC 5283 de 2017, y por esa vía buscaba la definición por parte de la CRC de la manera en que se debía determinar el factor N.

Como se vio, en su escrito de solicitud de inicio del trámite de solución de controversias, **COMCEL** circunscribió sus pretensiones y argumentos a que se aplicara la metodología señalada en el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por el artículo 6 de la Resolución CRC 5283 de 2017, y no a que se aplicara la regla establecida en el artículo 4.10.3.2 de la misma Resolución CRC 5050, modificado por el artículo 7 de la Resolución CRC 5283 de 2017, en virtud de los topes que, ahora afirma, se pactaron en el acuerdo de compartición con **EMCALI**.

Respecto del escrito de solicitud de controversias **EMCALI** se manifestó oportunamente afirmando que los hechos expuestos por **COMCEL** son parcialmente ciertos, toda vez que en “*la Cláusula Sexta del acuerdo de compartición 400-GT-CIE-1149-2018, se estableció lo siguiente: **PRECIO:** “El presente acuerdo es de cuantía indeterminada pero determinable, por lo cual la contraprestación mensual económica por unidad de compartición se obtiene aplicando la metodología establecida en la Resolución CRC 5283 de 2017” (Subrayado de **EMCALI**)*, y continúa su texto con lo siguiente:

“Es importante aclarar que de común acuerdo entre las partes se concilio (sic) bajo ningún tipo de presión el precio unitario por el uso de la infraestructura, quedando convenido los topes máximos permitidos por la disposición regulatoria, tal como se describe a continuación en el siguiente esquema que fue aceptado por TELMEX COLOMBIA S.A. HOY COMCEL, sin ningún tipo de objeción al momento de la firma.

(...)

Ahora bien, TELMEX COLOMBIA S.A. HOY COMCEL no puede pretender desconocer o evadir lo convenido en el párrafo cuarto, de la cláusula sexta del Acuerdo de Compartición 400-GT-CIE-1149 de 2018 que referencia “PAGOS POR USO DE INFRAESTRUCTURA -a) Los usos de infraestructura de la UEN Telecomunicaciones (sic) perteneciente a EMCALI EICE ESP, cuyas tarifas mensuales están especificadas en el cuadro anterior. Los demás elementos de red como cables y otros no especificados se cobrarán de acuerdo con las tarifas definidas en ese mismo cuadro”. (Subrayado **EMCALI**).

Nótese cómo, claramente, tanto los hechos relatados por **COMCEL**, como también su solicitud y su oferta final, se encaminaron a argumentar que la Comisión debía ordenar la aplicación de la metodología dispuesta en el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por el artículo 6 de la Resolución CRC 5283 de 2017, a tal punto que fue sobre ese aspecto que **EMCALI** puso de presente que el contrato firmado entre las partes incluyó el valor de contraprestación.

En atención a lo expuesto por las partes, dentro de lo que se destacan la solicitud y la oferta final de **COMCEL** consistentes en que se ordene a **EMCALI** aplicar la metodología de liquidación establecida en el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por el artículo 6 de la Resolución CRC 5283 de 2017, la Comisión identificó que el asunto en controversia en la presente actuación era, precisamente, el relativo a determinar si debía o no ordenar que en la relación de compartición existente entre las partes se empleara dicha metodología. De ahí que, contrario a lo manifestado por el recurrente, la delimitación del asunto en controversia por parte de la CRC no haya sido en modo alguno equivocada pues, de acuerdo con lo expuesto, esta obedeció a las solicitudes y oferta final de **COMCEL**, así como a lo manifestado por parte de **EMCALI**.

Fue así como, al resolver sobre tal asunto, la Comisión concluyó en el acto recurrido que, toda vez que el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por el artículo 6 de la Resolución CRC 5283 de 2017, establece que la metodología allí dispuesta solo es aplicable de forma supletiva, esto es, ante la falta de acuerdo entre las partes de la relación

respecto de la forma de llevar a cabo la remuneración, en el presente asunto no era posible acceder a la petición que en ese sentido formuló **COMCEL**, al tenerse en cuenta que las partes en efecto había pactado unos valores de remuneración para su relación.

Es de advertir, adicionalmente, que el argumento de **COMCEL** sobre la necesidad de determinar el factor N nunca se basó en la existencia de un acuerdo entre las partes sobre el valor de contraprestación, ni mucho menos se fundamentó en que en el acuerdo de compartición se habían fijado los topes tarifarios por elemento a compartir y que, por tanto, se hacía necesario determinar el número de apoyos en poste o de cables en ducto a que se refiere el artículo 4.10.3.1, en aplicación del artículo 4.10.3.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por el artículo 7 de la Resolución CRC 5283 de 2017 –como ahora sí señala en su recurso–. En realidad, tal petición siempre estuvo enfocada en que la CRC ordenara a **EMCALI** aplicar la metodología establecida en el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050, desde el momento en que entró en vigor la modificación que sobre este artículo se efectuó mediante el artículo 6 de la Resolución CRC 5283 de 2017. Por lo tanto, no resulta procedente que, luego de iniciada la actuación, al momento de interponer el recurso en análisis, **COMCEL** argumente, en contravía de lo sostenido en su solicitud inicial, que su petición tenía por propósito que la Comisión determinara el alcance del artículo 4.10.3.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, cuando la misma claramente fue determinada a lo largo de su escrito y concretada en el acápite de pretensiones y oferta final.

Ello no es procedente ni siquiera por el hecho de que en la comunicación del 14 de julio de 2021 **COMCEL** le haya puesto de presente a **EMCALI** que las partes discutieron respecto de la determinación del factor N, y mucho menos por el hecho de que **EMCALI**, al presentar su escrito de observaciones en este conflicto, no se haya manifestado sobre el contenido de dicha comunicación. En efecto, es claro que si la solicitud de **COMCEL** –sistemáticamente planteada en el escrito de solución de controversias tanto en la oferta final, en sus pretensiones, así como en los puntos de divergencia y de acuerdo, y en los hechos relatados– versaba sobre que la Comisión ordenara la aplicación de la metodología dispuesta en la regulación general, mal puede entenderse que la misma sea distinta por el hecho de aportar una comunicación asociada a la determinación del factor N. Esto por cuanto, si bien las pruebas tienen por propósito fundamental acreditar la materialización de hechos, estas no tienen la vocación de alterar la petición inicial que formule el solicitante, cuya consideración es un elemento esencial para la obligatoria observancia del principio de congruencia por parte del operador jurídico a cargo de la decisión².

De acuerdo con lo expuesto, la delimitación del asunto en controversia tiene como principal insumo la identificación de la petición inicial que materialmente formuló **COMCEL** en este caso, la cual, según se vio, se encaminaba, a la luz de lo esbozado en el escrito de solución de controversias, a que la Comisión ordenara a **EMCALI** la aplicación de la metodología establecida en el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por el artículo 6 de la Resolución CRC 5283 de 2017.

En atención a lo señalado, es evidente que **COMCEL** pretende con su recurso mutar su solicitud inicial al señalar que lo que le corresponde a la Comisión es definir el factor N y determinar el alcance respecto de la aplicación del artículo 4.10.3.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por el artículo 7 de la Resolución CRC 5283 de 2017. Ello no resulta ajustado a derecho, pues el recurso de reposición no es una etapa en la que pueda modificarse la petición que dio lugar al inicio del trámite; petición que, se insiste, sirve de insumo fundamental para la definición del objeto de la actuación. Lo contrario sería violatorio del debido proceso si se tiene en cuenta que fue sobre la solicitud inicial de **COMCEL** que **EMCALI**, dentro del término previsto en el artículo 44 de la Ley 1341 de 2009, se pronunció, de suerte que la alteración de esa petición supone que la Comisión resuelva frente a un asunto

² Cfr. Consejo de Estado. Sentencia del 26 de octubre de 2017, Sección Segunda, exp. 25000-23-42-000-2014-01139-01(2458-15), C.P. César Palomino Cortés. Al explicar el principio de congruencia, el Consejo de Estado manifiesta que la decisión “deberá producirse de acuerdo con los hechos y pretensiones indicados en el libelo demandatorio, así como con las excepciones que sean planteadas por la contraparte o aquellas que resulten debidamente probadas en el transcurso del trámite judicial, a fin de poder condenar al extremo demandado por el objeto solicitado y con base en la causa expuesta en ella”. También en Sentencia del 25 de enero de 2017 (Exp. 11001-03-26-000-2016-00052-00 (56703), C.P. Hernán Andrade Rincón), el Consejo afirmó que “no le es dable ni al juez ni a las partes modificar la causa petendi a través del señalamiento extemporáneo de nuevos hechos, o a través de una sutil modificación de las pretensiones en una oportunidad diferentes a la legalmente prevista para la modificación, adición o corrección de la demanda, respectivamente, so pena de incurrir en violación del principio de congruencia”.

en torno del cual este último proveedor no tuvo la oportunidad de defenderse, de nuevo, porque no fue respecto de lo que **COMCEL** propuso su petición.

De esta manera, no le corresponde a la Comisión pronunciarse en esta actuación sobre el alcance de lo establecido en el artículo 4.10.3.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por el artículo 7 de la Resolución CRC 5283 de 2017, en lo concerniente a determinar el alcance del factor N, como lo persigue **COMCEL** en su recurso.

Concluido lo anterior, y en relación con el argumento según el cual en el acuerdo de compartición celebrado con **EMCALI** se pactó que, para definir el valor de la remuneración mensual a su cargo, se debía aplicar la metodología señalada en el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificada por el artículo 6 de la Resolución CRC 5283 de 2017 –que requiere la determinación del número de apoyos en postes y de cables en ductos (factor N)–, es necesario reiterar que, de acuerdo con el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 en referencia³, la remuneración por la compartición de infraestructura, en principio, podrá ser pactada por las partes y, de no llegarse a un acuerdo, se hace necesaria la aplicación de la metodología allí dispuesta, con el objetivo de calcular la contraprestación económica mensual por unidad de compartición. Lo anterior significa que en caso de que exista acuerdo entre las partes frente al valor de la remuneración mensual por unidad de compartición, no se deberá aplicar la metodología prevista en el citado artículo.

En el presente caso, esta Comisión evidenció que en el contrato 400-GT-CIE-1149-2018, en relación con el valor de la contraprestación por el acceso y uso de la infraestructura, **COMCEL** y **EMCALI** acordaron el precio por unidad de compartición al señalar lo siguiente en la cláusula sexta:

*“SEXTA: PRECIO. El presente acuerdo es de cuantía indeterminada, pero determinable, por lo cual la contraprestación mensual económica de compartición se obtiene aplicando la metodología establecida en la Resolución 5283 de 2017. **En el siguiente cuadro se encuentra el tipo de infraestructura, el precio unitario según las tarifas establecidas por EMCALI EICE ESP y aceptadas por TELMEX COLOMBIA S.A., como las unidades de medida:***

| CONCEPTO | DESCRIPCIÓN | UNIDAD | TARIFA 2018 |
|----------|------------------------|-----------------------|-------------|
| | Espacio en poste de 8 | Por apoyo de elemento | \$4.723,01 |
| | Espacio en poste de 9 | Por apoyo de elemento | \$5.432,76 |
| | Espacio en poste de 10 | Por apoyo de elemento | \$6.142,52 |

³ "Artículo 4.10.3.1. Metodología de cálculo de la contraprestación económica por la compartición de infraestructura. El proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones o el propietario de infraestructura de los postes y ductos utilizados en la prestación de servicios de telecomunicaciones, televisión o radiodifusión sonora tienen derecho a recibir una contraprestación económica razonable por el uso de dicha infraestructura, **la cual será determinada por las partes.**

En caso de no llegar a un acuerdo se aplicará la siguiente metodología para calcular la contraprestación económica mensual por la compartición de dicha infraestructura por unidad de compartición:

(...)

PARÁGRAFO. El proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones o el propietario de infraestructura podrán negociar libremente con el proveedor solicitante de compartición una contraprestación adicional por el acceso a espacio adicional en postes y ductos, debido a la instalación en dicha infraestructura pasiva de equipos o elementos de red diferentes a los técnicamente necesarios y relacionados con el apoyo en el poste o con el cable en el ducto para la prestación de servicios de telecomunicaciones o televisión.

A falta de acuerdo, las partes directamente y dentro de los cinco (5) días siguientes a la finalización de la etapa de negociación directa de que trata el artículo 42 de la Ley 1341 de 2009 deberán aplicar la metodología presentada en el presente artículo para calcular la contraprestación económica mensual adicional a reconocer por parte del proveedor u operador solicitante de compartición con el proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones o el propietario de infraestructura.” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

| CONCEPTO | DESCRIPCIÓN | UNIDAD | TARIFA 2018 |
|----------|-------------------------------|---|----------------|
| | Espacio en poste de 11 | Por apoyo de elemento | \$6.217,08 |
| | Espacio en poste de 12 | Por apoyo de elemento | \$6.291,64 |
| | Espacio en poste de 14 | Por apoyo de elemento | \$7.215,50 |
| | Ductos (mts por uso de ducto) | Mts lineales por uso de ducto por cable | \$1.603,98 |
| | Gabinetes telefónicos | Uso por c/elemento | \$5.317,51 |
| 4704 | Amplificador | Cantidad | \$9.741,14 |
| 4716 | Fuentes de Potencia (1 KV) | Cantidad | \$2.261.243,45 |
| 4752 | Multitap | Cantidad | \$8.500,74 |
| 4794 | TAP | Cantidad | \$7.638,07 |
| 4884 | Reserva | Cantidad | \$3.293,53 |
| 4885 | Derivadores o Divisores | Cantidad | \$9.741,37 |

* Los precios anteriores no incluyen IVA, por lo tanto, su valor será adicionado al momento de emitir la factura. Cada inicio de año calendario, estos valores serán ajustados anualmente a partir del primero de enero de cada año de acuerdo con el índice de precios al productor IPP de oferta interna del año anterior determinado por el DANE, lo anterior de conformidad con lo establecido en la Resolución 5283 de 2017. Solo serán considerados para cobro aquellos elementos que se encuentren directamente instalados sobre la infraestructura de propiedad de EMCALI EICE ESP.

PARÁGRAFO PRIMERO: Una vez concluido el inventario de la infraestructura objeto de competición, las partes revisarán la contraprestación mensual económica por unidad de compartición, para lo cual acuerdan aplicar la metodología establecida en la Resolución 5283 de 2017 y/o cualquier norma que la modifique o sustituya.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Si los entes reguladores, en particular, la Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC, establecen nuevos precios máximos que se refieran al objeto del presente contrato en especial al alquiler de infraestructura de postes y ductos, se ajustarán a los topes máximos establecidos por el ente regulador, siempre y cuando exista en dicha regulación la obligación expresa de reajustar las respectivas tarifas. No obstante lo anterior, en caso de reajuste de tarifas se deberá dar siempre aplicación a la metodología de remuneración que prevea o disponga la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

PARÁGRAFO TERCERO: La estimación de la cuantía fijada en esta cláusula es de OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$80.000.000) M/CTE, suma que será la base para efectos de expedición de pólizas y determinación de la cláusula penal pecuniaria, sin embargo, se aclara que la cuantía real puede ser inferior o superior a lo aquí establecido.

PARÁGRAFO CUARTO: PAGOS POR USOS DE INFRAESTRUCTURA – a) Los usos de infraestructura se cobrarán por cantidad de cada elemento de red según su tipo instalados en la infraestructura de la UEN Telecomunicaciones perteneciente a EMCALI EICE ESP, cuyas tarifas mensuales están especificadas en el cuadro anterior. Los demás elementos de red como cables y otros no especificados, se cobrarán de acuerdo con las tarifas definidas en este mismo cuadro. **b)** Los usos en ductos de UEN Telecomunicaciones de EMCALI EICE ESP ingresados a ellos de manera anti-técnica deberán ser retirados y/o normalizados de conformidad con lo dispuesto en el punto 1 del parágrafo primero de la Cláusula Quinta del presente contrato, pero se cobrará su uso de la manera ya establecida” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De este modo, si bien es cierto que en algunas partes de la citada cláusula contractual se hace referencia a la aplicación de la metodología establecida en la Resolución CRC 5283 de 2017, modificatoria del artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, como afirma **COMCEL**, no lo es menos que en la misma cláusula sexta, literalmente, y con total claridad, se pactó el valor a pagar por unidad de compartición. Como se vio en el cuadro incluido dentro de la cláusula presentada antes, en esta disposición contractual se fijó con precisión “el precio

*unitario según las tarifas establecidas por EMCALI EICE ESP y aceptadas por TELMEX COLOMBIA S.A. [hoy **COMCEL**]* que se deberá pagar por concepto de la compartición.

Así las cosas, a pesar de que en la cláusula sexta se hace referencia a que el valor de la contraprestación mensual de compartición se determinará a través de la metodología señalada en la Resolución CRC 5283 de 2017, modificatoria del artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, los valores definidos en el cuadro contenido en dicha cláusula excluyen la posibilidad de aplicación de la metodología en cuestión por cuenta de una orden proveniente de la Comisión. Estos valores son muestra de que **COMCEL** y **EMCALI** acordaron el valor de la contraprestación con ocasión de la compartición, escenario previsto en el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por el artículo 6 de la Resolución CRC 5283 de 2017, cuando dicho artículo establece que dicha remuneración "*será determinada por las partes*".

De ninguna manera podría la CRC ignorar la existencia de los valores pactados en la cláusula sexta del Acuerdo de Compartición 400-GT-CIE-1149-2018, pues con ello estaría desconociendo la regulación antes explicada, en tanto que es con sustento en ella que dicha remuneración mensual por unidad de compartición pudo ser acordada entre **COMCEL** y **EMCALI**.

Se recuerda que en ese sentido se pronunció **EMCALI** en su contestación a la solicitud de controversia presentada por **COMCEL** al manifestar que "*las partes acordaron los precios unitarios según la tarifa establecida por EMCALI EICE ESP y aceptada por TELMEX COLOMBIA S.A. hoy COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL – COMCEL S.A.*" y que la liquidación de los valores cobrados se realizó "*conforme a lo acordado por las partes dentro del acuerdo de compartición firmado en el año 2018*". Esto significa, contrario a lo afirmado por el recurrente, que **EMCALI** en su contestación no habría reconocido la necesidad de aplicar la metodología señalada en el artículo 4.10.3.1 de la Resolución CRC de 2016, modificado por el artículo 6 de la Resolución CRC 5283 de 2017.

Por todo lo anterior, el argumento de **COMCEL** no puede prosperar, pues la aplicación de la metodología señalada en el artículo 4.10.3.1. de la Resolución CRC de 2016, modificado por el artículo 6 de la Resolución CRC 5283 de 2017 –y en consecuencia también la necesidad de determinar el factor N–, **se vio excluida desde el momento en que las partes de la relación de compartición pactaron el valor de la unidad de compartición** que debía pagar **COMCEL** a **EMCALI**, todo en virtud de la regulación misma, tal y como quedó demostrado en el aparte 3.2.1. de la Resolución CRC 6960 de 2022. En otras palabras, el hecho de que en el acuerdo entre **COMCEL** y **EMCALI** se hayan pactado los valores de remuneración por unidad de compartición excluye la posibilidad de que la CRC se pronuncie sobre la forma como se aplica la metodología señalada en el artículo 4.10.3.1. de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por el artículo 6 de la Resolución CRC 5283 de 2017.

Dicho esto, como ya se advirtió, es claro para la Comisión que el acuerdo entre las partes consideró "*(...) el precio unitario según las tarifas establecidas por EMCALI EICE ESP y aceptadas por TELMEX COLOMBIA S.A. [ahora **COMCEL**] como las unidades de medida (...)*", y de ninguna manera es cierto que la CRC haya desconocido topes tarifarios puesto que, de hecho, en el acto recurrido se advirtió expresamente que, en cualquier caso, bajo la aplicación de lo pactado, las partes no pueden sobrepasar los topes establecidos en el ya mencionado artículo 4.10.3.2 de la Resolución CRC 5050⁴.

Es por lo expuesto en esta sección que la argumentación vertida por **COMCEL** en su recurso de reposición no tiene vocación de generar la alteración de la decisión contenida en la Resolución CRC 6960 de 2022.

En mérito de lo expuesto,

⁴ En el acto recurrido, la Comisión indicó lo siguiente sobre el particular:

*"En efecto, en la cláusula sexta del contrato 400-GT-CIE-1149-2018, las partes acordaron los valores unitarios de remuneración por la compartición de infraestructura que **EMCALI** provee a **COMCEL**, de suerte que, en consideración a lo preceptuado en el artículo 4.10.3.1, no resulta procedente que la Comisión intervenga vía solución de controversias, con el objetivo reconocer la aplicación de la metodología en este indicado, como quiera que es el mismo artículo 4.10.3.1 el que privilegia el arribo a ese tipo de acuerdos, por supuesto, siempre que sean posteriores a la expedición de la regulación que los sustenta, como sucede en este caso, y que se respeten los topes establecidos en el artículo 4.10.3.2. [de la Resolución CRC 5050 de 2016]"* (SFT).

RESUELVE

ARTÍCULO 1. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** en contra de la Resolución CRC 6960 de 2022.

ARTÍCULO 2. Negar las pretensiones formuladas en el recurso de reposición presentado por parte de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** en contra de la Resolución CRC 6960 de 2022 y, en consecuencia, confirmar en todas sus partes el citado acto administrativo.

ARTÍCULO 3. Notificar la presente Resolución personalmente a los representantes legales de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** y **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**, o a quienes hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, advirtiéndoles que contra la misma no procede ningún recurso.

Dada en Bogotá D.C., a los **8 días del mes de febrero de 2023.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LINA MARÍA DUQUE DEL VECCHIO
Presidente



PAOLA BONILLA CASTAÑO
Directora Ejecutiva

Expediente N° 3000-32-13-43

C.C.C. 13/01/2023 Acta 1393

S.C.C. 08/02/2023 Acta 443

Elaborado por: Camilo Alfredo Bustamante, Oscar Javier García

Revisado por: Víctor Andrés Sandoval Peña - Coordinador de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias